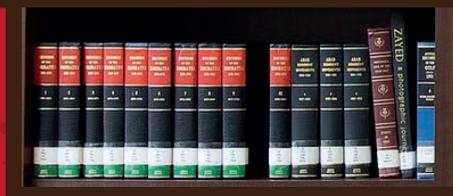




UNIVERSIDAD
DE PAMPLONA



La función notarial en Colombia:

Facultades otorgadas a los notarios
a través de la legislación colombiana

Carlos Alberto Jaimes Fernández



**La función
notarial
en Colombia:**
facultades otorgadas
a los notarios a través
de la legislación
colombiana

La función notarial en Colombia: Facultades otorgadas a los notarios a través de la legislación colombiana

Carlos Alberto Jaimes Fernández



Formando líderes para la construcción de un nuevo país en paz

La función notarial en Colombia: facultades otorgadas a los notarios a través de la Legislación colombiana/ Carlos Alberto Jaimes Fernández -- Pamplona: Universidad de Pamplona. 2024.

147 p. ; 17 cm x 24 cm.

ISBN (digital): 978-628-7656-39-0

© **Universidad de Pamplona**

Sede Principal Pamplona, Km 1 Vía Bucaramanga-
Ciudad Universitaria. Norte de Santander, Colombia.
www.unipamplona.edu.co
Teléfono: 6075685303

La función notarial en Colombia: facultades otorgadas a los notarios a través de la legislación colombiana

Carlos Alberto Jaimes Fernández

ISBN (digital): 978-628-7656-39-0
Primera edición, octubre de 2024
Colección Ciencias Sociales y Humanas
© Sello Editorial Unipamplona

Rector: Ivaldo Torres Chávez Ph.D

Vicerrector de Investigaciones: Aldo Pardo García Ph.D

Jefe Sello Editorial Unipamplona: Caterine Mojica Acevedo

Corrección de estilo: Andrea del Pilar Durán Jaimes

Diseño y diagramación: Laura Angelica Buitrago Quintero

Hecho el depósito que establece la ley. Todos los derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin permiso del editor.

Agradecimientos

Agradezco a mi familia, quienes me han acompañado y apoyado en mi formación profesional, por su comprensión al privarlos de tiempo que ha demandado los compromisos académicos, especialmente en la consolidación de esta obra; siempre han sido mi mayor motivación de superación personal.

Agradezco a mi alma mater Universidad Libre - seccional Cúcuta, por las enseñanzas impartidas en mi formación como abogado y especialista en Derecho Notarial, los conocimientos impartidos por tan ejemplares maestros, han sido plasmados en esta obra.

Finalmente, elevo una acción de gracias a Dios por la vida, salud, familia y bendiciones derramadas en mi ejercicio profesional.

Índice

Presentación	11
--------------------	----

CAPÍTULO I

Conceptualización de la función notarial	13
1.1 Evolución histórica y fundamentos de la función notarial	15
1.2 Aproximación conceptual al notariado	22
1.3 Autonomía del derecho notarial	23
1.4 Definiciones históricas del derecho notarial	25
1.5 Contenido del derecho notarial	26
1.6 Fuentes del derecho notarial	28
1.7 La función notarial en el derecho comparado	29

CAPÍTULO II

De los notarios y su responsabilidad	35
2.1 Del régimen laboral de los notarios	37
2.1.1. Naturaleza de los notarios	37
2.1.2. Ingreso al servicio público	39
2.1.3. La carrera notarial	41
2.1.4. Situaciones administrativas	42
2.1.5. Retiro del servicio	46
2.2 La responsabilidad de los notarios	46
2.2.1. Responsabilidad civil de los notarios	48
2.2.2. Responsabilidad penal de los notarios	54
2.2.2.1. Responsabilidad penal en el registro civil	54

2.2.2.2. Responsabilidad penal en la autenticación de firmas	55
2.2.2.3. Responsabilidad penal en la administración de recursos privados y públicos	56
2.2.2.4. Responsabilidad penal en la escrituración	58
2.2.3. Responsabilidad disciplinaria de los notarios	60
2.2.4. Responsabilidad fiscal de los notarios	65
2.2.5. Responsabilidad administrativa de los notarios ..	68

CAPÍTULO III

Las funciones de los notarios colombianos	73
3.1. La función notarial como servicio público	76
3.2. La función notarial de carácter testimonial	78
3.3. Las funciones de jurisdicción voluntaria de los notarios	88
3.3.1. De la cancelación y sustitución voluntaria del Patrimonio de Familia Inembargable	92
3.3.2. El divorcio, la separación de cuerpos y de bienes por mutuo acuerdo	94
3.3.3. Sucesión notarial	99
3.3.4. La corrección de errores en el registro civil	102
3.3.5. La declaración de ausencia y nombramiento del administrador mientras dure la ausencia	104
3.3.6. La autorización para enajenar bienes de incapaces	106
3.3.7. La partición del patrimonio en vida	108
3.3.8. La adjudicación, modificación o terminación de apoyos en la toma de decisiones promovido por la persona titular del acto jurídico	109
3.4. La función conciliadora de los notarios y otros asuntos	111
3.4.1. La custodia del hijo menor o hijo mayor discapacitado y régimen de visitas de común acuerdo..	112
3.4.2. Procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante	113
3.4.3. El inventario solemne de bienes propios de menores bajo patria potestad o mayores discapacitados, en caso de matrimonio, declaración de unión marital de hecho, o declaración de sociedad patrimonial de hecho de uno de los padres	114

3.4.4. La declaración de existencia y cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho y la declaración de constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho de común acuerdo	114
3.4.5. La declaración de bienes de la sociedad patrimonial no declarada, ni liquidada que ingresan a la sociedad conyugal	117
3.4.6. La cancelación de hipotecas en mayor extensión, en casos de subrogación	118
3.4.7. La solicitud de copias sustitutivas de primeras copias que prestan mérito ejecutivo	119
3.4.8. Declaración de la posesión regular	121

CAPÍTULO IV

Aplicación de los medios electrónicos en la función notarial	125
4.1. Hacia la digitalización de la escritura pública	130
4.2. La función notarial, la blockchain y los smart contract	131
4.3 La función notarial, el big data y la inteligencia artificial	134
Referencias bibliográficas	137

Presentación

El origen y las características de la función notarial son desconocidas por la mayoría de las personas, a pesar de que rutinariamente tengan que acudir a notarías públicas a realizar actuaciones administrativas y actos jurídicos que requieren la mediación de un notario público. Incluso no hay claridad de su naturaleza, si es un servidor público o un particular, ubican a las notarías dentro de la estructura del Estado colombiano; si pertenecen a la rama ejecutiva o la rama judicial del poder público olvidando su naturaleza privada. La presente obra, en su primer capítulo, realiza un análisis de la función notarial con el fin de analizar el rol que cumplen los notarios desde el contexto histórico universal, al igual de abordar la conceptualización del notariado y su autonomía como nueva rama del derecho, sus fuentes y contenido y un parangón de derecho comparado con el ordenamiento jurídico colombiano.

En el segundo capítulo se desarrolla el régimen de responsabilidad al que están sometidos los notarios y los trabajadores de las notarías, desde el punto de vista de su régimen laboral, su ingreso, la carrera notarial, las situaciones administrativas y el retiro del servicio; al igual de determinar la aplicabilidad de la responsabilidad civil, la penal de los notarios frente al Registro Civil, en la autenticación de firmas, en la administración de recursos públicos y privados y en la escrituración. De igual manera, abordar la responsabilidad disciplinaria, fiscal y administrativa de los notarios.

En el tercer capítulo se desarrolla la competencia funcional de los notarios, su evolución y concepto desde la perspectiva de servicio público y de carácter testimonial o fedante, y la evolución de las funciones de jurisdicción voluntaria, adoptadas en el marco de la descongestión judicial, en especial las referidas al Patrimonio de Familia Inembargable, el divorcio, la separación de cuerpos y bienes, la sucesión notarial, la corrección de errores en el Registro Civil, la declaración de ausencia, la autorización para enajenar bienes de

incapaces, la partición del patrimonio en vida, la adjudicación, modificación o terminación de apoyos, de igual forma, se desarrolla la función conciliadora de los notarios y otros asuntos como la custodia de hijo menor o mayor en situación de discapacidad, la insolvencia de persona natural no comerciante, el inventario solemne de bienes propios de menores, la declaración de existencia y cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho, la declaración de bienes de sociedad patrimonial no declarada, la cancelación de hipotecas de mayor extensión, la solicitud de copias sustitutivas de las primeras copias que prestan mérito ejecutivo y la declaración de posesión regular, en general, las otorgadas en el artículo 617 del Código General del Proceso y el Decreto 1664 de 2015 que adicionó el Decreto 1069 de 2015.

Y en el cuarto capítulo, consideré pertinente analizar el futuro de la función notarial en la era digital hacía realidad actual de la digitalización de la escritura pública, hasta evaluar la posibilidad de la aplicación de la Blockchain, los Smart Contracts, el Big Data y la inteligencia artificial en la función notarial colombiana.

Con los temas esbozados, la presente obra le permite tanto a los profesionales del derecho y en formación, notarios, trabajadores de las notarías y usuarios, un conocimiento holístico e integral de la función notarial en Colombia.



• Capítulo 1

Conceptualización de
la función notarial

Conceptualización de la función notarial

1.1 Evolución histórica y fundamentos de la función notarial

Con el origen de la escritura como medio de comunicación y reseña histórica entre las personas, se hizo necesario designar a una persona que supiera escribir, con el fin de poder cumplir con deberes contables y administrativas, además de hacer constar los rituales políticos y religiosos; el encargado de dicha labor recibió el título de “escriba, copista o amanuense” como sucedió en los escribas hebreo, del antiguo Egipto y Babilonia, los cuales impajaritadamente sería los antecedentes más remotos de la función notarial, aunque algunos historiadores los consideran antecesores de los auxiliares administrativos y/o judiciales.

A los escribas les fueron sumando funciones, posteriormente, les eran entregados documentos contentivos de contratos o relaciones jurídicas de los ciudadanos, además ayudaban en su redacción, clasificación y archivo; una parte de ellos, los amanuenses debían asistir a las asambleas y elevar a escrito lo planteado en ellas, eran funcionarios públicos de reconocida idoneidad, aunque en la actualidad, en la mayoría de países los notarios públicos son particulares en ejercicio de funciones administrativas.

Posteriormente, en Roma aparecen los *Tabularii* y el *Tabelión*, el primero de naturaleza estatal fungían como escribientes, registradores del estado civil, y guardadores; y los segundos cuya naturaleza era de un particular y no un funcionario público, a quien también se le confió la guarda y la elaboración de documentos realizados por los particulares, cabe recordar, que a los romanos se les reconoce universalmente por revolucionar el derecho, en tal sentido, regularon las labores de estos funcionarios. Se ha reconocido al *Tabelión* romano como el precursor de los notarios, por la similitud de sus funciones.

En el medioevo, en la compilación oficial del derecho justinianeo de los *Libri Basilicorum*, bajo el mandato del Emperador León IV El Sabio o El Filósofo, en el libro del prefecto se establecieron las funciones del notario, sus características y régimen aplicable contenidas en 26 normas.

A continuación, con el surgimiento de los glosadores la función notarial evolucionó, al punto de considerarse al derecho notarial como una rama del derecho en sí misma, si bien es cierto, estaría íntimamente ligada al derecho civil y al derecho comercial, en la actualidad se le reconoce su autonomía, incluso la Universidad de Bolonia se creó la Escuela de los Glosadores, que funcionó de los años 1050 a 1138, años más tarde, en 1228 nació Raineri, reconocida como la primera escuela de derecho notarial.

En el continente Americano, en la civilización aborigen Azteca existía una persona el “Tlacuilo” con funciones similares a los escribas hebreos, avezados escritores de contratos y situaciones jurídicas, sin funciones fedantes; por su parte, y en la civilización Inca se originaron los “Quipu Camayoc” que además de redactor y copista de situaciones jurídicas si tuvo funciones fedantes en cuyos documentos solemnizaba, fue precisamente este funcionario Inca el que va a fusionar con el notario colonial o escribanos de Indias para los virreinos hispano americanos, cabe recordar, que los primeros españoles en fungir como escribanos en el Nuevo Mundo fueron Rodrigo de Escobedo y Diego Méndez, quienes fungieron como escribano del Consulado del Mar y Secretario de Cristóbal Colón, respectivamente, como en próximas líneas anotaremos.

En Colombia los primeros vestigios que se conocen sobre la figura del notario, están dados por el “Quipu Camayoc”, educado por los amautas en escuelas especiales llamadas Yachayhuasi; era el especialista en elaborar, “leer” y archivar los quipus, podía ser de la nobleza, de no serlo era un “honorable” dotado de una memoria prodigiosa. Este personaje gozaba con gran aceptación en los primeros tiempos y con la idoneidad -considerada en aquella época suficiente para dar fe de las situaciones y acontecimientos más relevantes.

Posteriormente, inicia la expedición de normas legales que desarrollaban el oficio de los escribanos en la naciente República, la cual se hizo separadamente, entre estas normas se cuentan, la ley del 10 de mayo de 1834, sobre deberes de los escribanos, la ley del 18 de abril de 1835 sobre la renta de los diezmos por parte de los escribanos, la ley del 16 de abril de 1836 sobre el nominador y requisitos de los escribanos, la ley penal de 1837, contempló delitos sobre los escribanos, la Ley del 15 de junio de 1842 sobre la interinidad de los escribanos, la ley del 23 de marzo de 1843 sobre las causales de impedimento y recusación de los escribanos, la ley 2159 de 1852, que crea los notarios públicos sustituyendo los escribanos, y les contempla una regulación aplicables a estos funcionarios, que se fueron adoptando en los diferentes Estados dentro de la época federalista.

Fue hasta la Constitución centralista de 1886, que se le otorga a la Asamblea Departamental la definición de los Círculos de Notariado, en tal sentido, se hace imperiosa la presencia de un fedatario y era una exigencia legal para que ciertos actos tuvieran validez, así sucedió por ejemplo con el registro del estado civil de las personas y la transferencia y constitución de gravámenes sobre bienes inmuebles como exigencia civil, hasta la expedición del Decreto 960 de 1970 conocido como el Estatuto Notarial, (modificado por el Decreto 2148 de 1983) convirtiéndose en el primer estatuto del derecho notarial en Colombia.

Ahora bien, volviendo al plano universal y con el paso del tiempo, se fueron regulando aquellos actos o negocios que requerían de una mayor solemnidad para su realización, entre ellos, la compraventa, la permuta, el arrendamiento, actos que comúnmente debían realizarse en presencia de “aquella” persona que daba fe pública.

De igual manera, antes de indagar en las particularidades conceptuales, teóricas y normativas que sustentan la función notarial, es necesario entender que esta proviene del desarrollo paralelo de los diversos procesos de evolución histórica y social que han experimentado los pueblos. En este sentido, la función notarial se ha venido desarrollando junto con los procesos de conformación y edificación política y social que le asisten a las edificaciones administrativas, políticas y civiles actuales.

Desde las más primitivas formas de intercambio de bienes y servicios entre las personas, se han venido utilizando acuerdos contractuales de carácter puramente verbal. Posteriormente, se fueron incluyendo formalidades como la presencia de testigos, entre otras.

Tras numerosas transformaciones que ocurrieron de forma sucesiva, los acuerdos contractuales pasaron a celebrarse con la presencia de un funcionario que se denominaba escribano o notario, estos funcionarios reciben la delegación del Estado, con el fin de cumplir con la función principal de dar fe, frente a los actos que presencian y la legalidad de los mismos.

La función notarial, tiene la finalidad de dar fe frente a los derechos y obligaciones de las personas. En este orden de ideas, se entiende que la función que desempeñan los notarios adquiere una función principal frente al planteamiento y solución de los negocios y problemas jurídicos de toda naturaleza. Por tanto, el actuar determinado y fidedigno de los notarios consiste en la prevención de dudas y controversias frente a los negocios jurídicos.

En este orden de ideas, se entiende que el notario cumple con su labor preventiva, neutral, de imparcialidad, en resguardo de todos, sin distinciones o preferencias, por lo tanto, se ha dicho que el notario es el árbitro de la verdad y tal concepto básico predomina en todas las legislaciones.

Así mismo, el notario desempeña una función de carácter principalmente social, en tanto desde la posición de un servidor público le asiste una investidura digna de respeto y reconocimiento por parte de la comunidad.

El notario también desempeña una función social por excelencia con toda la jerarquía de un servidor público, igualmente, debe tener -como pocos- un sentido permanente de actitud y escrúpulos personal a fin de que el público respete su investidura y lo haga absoluto merecedor de su confianza.

El Estado tiene a su vez el derecho y el deber de verificar el honor y la fortuna de sus conciudadanos. De ahí que él mismo se ha preocupado

siempre en reglar su actividad conforme a normas claras y precisas.

Se sostiene por algunos autores, el efecto, que el notario debe estar dotado no solo de “ciencia”, sino de mucha “conciencia” y “experiencia” nosotros pensamos que se requiere además para el total cumplimiento de estos sagrados deberes, de una verdadera y sólida vocación.

Sin embargo, la rigurosa selección y el más elevado nivel moral y científico de los notarios ha coincidido siempre con las épocas del más alto perfeccionamiento de la función notarial, y es por eso, que el notario se enfrenta a menudo con situaciones complejas y delicadas, ha adoptado soluciones que a veces, por mala interpretación de las leyes y la misma ignorancia, astucia, avaricia, egoísmo, y malas intenciones de las partes, procuran perturbar su criterio, por lo que necesita el notario habilidad y firmeza para no doblegarse ante las impresiones y eludir así con serenidad semejantes peligros.

Por otra parte, los negocios, actos y contratos que surgen día a día con inusitada variedad en la existencia contemporánea, reclaman de una preparación técnica completa del notario, preparación que se impone cada vez más amplia por la exagerada intervención estatal.

No obstante -cabe insistir- en como la doctrina nos enseña que la misión tradicional del notario se encamina primordialmente a esclarecer las incertidumbres, ilustrar y aclarar los problemas, orientar siempre a las partes de acuerdo con las leyes en el supremo afán de resguardar equitativamente sus intereses, y en este sentido, es tan decisiva la autenticación de un acto o contrato por el notario, que sobre tal acto o contrato no procede ya la revisión delegada de superiores, como ocurre con los jueces, cuyos providencias son susceptibles de recursos; habida cuenta que, ordinariamente los instrumentos públicos o privados autorizados por el notario se cierran con las palabras “Doy fe”, y con estas palabras se les concede plena y absoluta autenticidad.

Tales antecedentes históricos y jurídicos, y muchos otros que podrían agregarse, revelan de modo inequívoco la importancia de la función notarial, y el papel que desempeña el titular de actividad tan útil e

imprescindible como lo es el notario, quien actúa desde la antigüedad hasta nuestros días como el consejero, asesor y conciliador de los otorgantes inspirados fundamentalmente en el buen sentido y en la buena fe.

Ahora bien, para contextualizar como evolucionó la función notarial en Colombia, se hace imperioso abordar la evolución de la función notarial en la corona de Castilla y en los virreinos ultramarinos de Indias descubiertos, conquistados y colonizados en América, durante la Edad Media y la Ilustración.

Desde el descubrimiento de América por parte de Cristóbal Colón, se resalta la función de Rodrigo de Escobedo, quien fungió como escribano del Consulado del Mar; fue el encargado del diario de la expedición y es considerado el primer notario público de América, coadyuvado por Diego Méndez secretario de Colón.

En la conquista, fueron arribando al continente más escribanos, quienes fueron los encargados de dejar constancia de la fundación de las municipalidades: su conformación, entidades estatales, entre otros asuntos.

La función notarial en América, tuvo una fuerte influencia latina de España y anglosajona: el notariado latino expide solo documentos públicos, mientras el notariado anglosajón respeta la naturaleza privada de estos documentos.

Por su parte, en la península ibérica, los Reyes Católicos conscientes de la necesidad de la separación de poderes, vieron necesario crear en sus reinos un órgano legislativo, conservando la administración de justicia, y la administración y gobierno de sus reinos, sin embargo, fueron innumerables óbices lo que tuvo que sopesar la primigenia legislación, tales como, acabar con los fueros y privilegios, el absolutismo imperante, la gran cantidad de normas expedidas por la realeza en los siglos XV-XVI, y la frágil separación de poderes; en 1503 se expiden las ordenanzas reales de Isabel I de Castilla que tenían el carácter legal en todos los reinos vigentes en España y fuera de sus fronteras, en los siglos XVI, XVII y XVIII, donde se unificó la función del registro notarial, original, público, de redacción única y de propie-

dad estatal y su duplicación; de donde se deriva la función de la autenticación, además de definir los requisitos para la escrituración y conservación del protocolo, de igual manera, para los virreinos también se expidieron las Leyes de Burgos de 1512 y las Leyes Nuevas de Indias de 1542.

Con este compendio legislativo, el escribano - notario se profesionaliza adquiriendo estabilidad, mejora sus condiciones laborales y adquiere reconocimiento dentro de la sociedad. En el siglo XIX en Latinoamérica, las leyes españolas como la novísima recopilación de 1805, fueron derogadas por códigos civiles propios, influenciados por el Código Civil francés de 1803 y la ley francesa 25 del ventoso también de 1803.

Lograda la independencia del virreinato de la Nueva Granada, nos corresponde abordar la evolución de la función notarial durante el siglo XIX; en la primera mitad del siglo, se mantuvo vigente la institución de las escribanías como legado español. De la labor realizada por los escribanos públicos de la época se conserva en los tomos del protocolo de las escribanías de Santafé de Bogotá, Tunja, Popayán, Vélez y Pamplona, que reposan en el Archivo Nacional, Museo Anzoátegui de Pamplona, y en las notarías primeras de estas ciudades.

A mediados de siglo en el gobierno de José Hilario López, el Congreso de la Nueva Granada expide la Ley 29 de 1852, mediante la cual se adopta la legislación sobre el notariado que, principalmente, hace un compendio de normas españolas y el derecho indiano en aspectos como la implementación de los notarios, funciones y deberes, los libros notariales, los instrumentos y la expedición de sus copias y su cancelación, el archivo, el reemplazo de los notarios, entre otros aspectos, considerado como el primer estatuto notarial.

Dicha norma cobró vigencia el 1 de enero de 1853, dando inicio a los notarios que llegaron a reemplazar a los escribanos; faculta la creación de una notaría en cada cabecera de cantón, incluso si la población lo amerita la cámara de la provincia puede autorizar la implantación de más notarías debidamente numeradas.

Posteriormente, con el advenimiento del Código Civil de Andrés Bello adoptado en Chile en 1855, y en los Estados Unidos de Colombia en 1873, en los cuales se compiló el Estatuto Notarial -Ley 29 de 1852- en el título XLII “De los notarios públicos en los territorios”, artículos 2546 al 2636, del libro IV, otorgándole una larga vigencia de casi un siglo, con contadas adiciones en lo referente a la creación de las nuevas notarias, el nombramiento de los notarios, aspectos fiscales para el otorgamiento de escrituras, la implementación de la máquina de escribir y el estado civil.

El Decreto 3346 de 1959 crea la Superintendencia de Notariado y Registro, la cual impulsó el estudio de la función notarial en el país, y la expedición de un nuevo estatuto notarial que fue el Decreto 960 de 1970, sin embargo, tuvo resistencia dentro de la doctrina; se hizo necesario expedir el Decreto 2163 de 1970 que oficializó el servicio público del notariado, modificando el Decreto 960 de 1970 aún sin aplicación. Ambos decretos tuvieron que esperar la expedición de la Ley 29 de 1973, que derogó la mayoría de las normas decretadas especialmente en la oficialización del servicio.

Posteriormente, se expide el Decreto reglamentario 2148 de 1983 y la Ley 588 de 2000, con los cuales se desarrolla el artículo 131 superior, entre otras normas, y concomitante con la evolución del Estado de derecho colombiano, los notarios han incrementado sus funciones, especialmente en la jurisdicción voluntaria.

Cabe recordar, que las normas transcritas Decreto - Ley 960 de 1970 y el Decreto reglamentario 2148 de 1983, clasificaron los notarios en los de carrera y de servicio. Con la expedición de la Ley 588 de 2000, se complementa la clasificación; los de carrera ahora serán de propiedad, y los del servicio ahora serán en interinidad o por encargo.

1.2 Aproximación conceptual al notariado

Existen diversidad de definiciones y conceptos sobre el notariado. Algunos autores opinan que al definir al notariado se puede definir al mismo tiempo al notario, ya que este es quien ejerce la función notarial. Genéricamente el notario es conocido como un fedatario público, es decir, aquella persona que otorga su fe en determinados actos.

Por otra parte, se ha dicho que el notario declara derechos y obligaciones siendo que estas nacen de la voluntad de las partes, de igual manera, se cree que el notario aprueba los actos jurídicos sometidos ante su fe; sin embargo, solamente se limita a declarar su conformidad con el derecho objetivo.

Por otra parte, en cuanto a la conceptualización dada por cada autor, cabe resaltar la visión particular de la que entienden como derecho notarial y por notario, sin embargo, muchos hablan de un conjunto de normas y de doctrinas que enmarcan el derecho notarial, las cuales se van a encargar de regularlo y de darle su función específica de autenticador de hechos y actos jurídicos, dichos conceptos fruto de la doctrina, son más de forma que de fondo, debido a su diversidad no se abordará en este acápite una relación pormenorizada de ellos, aunado que debemos apoyarnos en la ley como fuente formal del derecho notarial

En la junta del Consejo Permanente de la Naciones Unidas celebrada en La Haya en marzo de 1986, definió entre otras bases y principios fundamentales del notariado latino el concepto de notario: “El notario es un profesional del derecho especialmente habilitado para dar fe de los actos y contratos que otorguen o celebren las personas, de redactar los documentos que los formalicen y de asesorar a quienes requieran la prestación de su ministerio”.

De esta manera, el notario se encuentra investido de fe pública; con esta facultad especial puede dar fe de los actos que celebran ante él las personas.

1.3. Autonomía del derecho notarial

El comienzo histórico de cada ciencia generalmente resulta indeterminable en tiempo y espacio, la mayoría se originan de la confluencia de fenómenos causa – efecto de una división del trabajo de labores manuales e intelectuales, necesarias para la comprensión del contexto de cada sociedad.

En el caso del derecho, sociedades antiguas como la de Mesopotamia, con los Códigos de Ur – Namm calendaro en el año 2350 a. C., y el Código de Urukagina emanado en el año 2105 a. C.; la de Babilonia con el Código de Hamurabbi que data del año 1650 a. C.; la de la India con el Código de Manú, del año 621 a. C.; y Roma con las Doce Tablas del 451 a. C., en cada caso separadamente la expedición de estas normas fueron configurando la ciencia del Derecho, como inescindible de la vida en sociedad.

Ahora bien, para Carnelutti en su obra “Cómo nace el derecho”, sostiene que para entenderlo debe hacerse trozos, explicando como el derecho va regulando diferentes aspectos sociales generando una división en diferentes ramas, entre las que se encuentra el Derecho Notarial.

La disparidad de temas particulares que constituirían en conjunto el “derecho notarial”, hace que buena parte de la doctrina encuentre no aconsejable la unión de tópicos bien disímiles entre sí de disciplinas diversas y tradicionales como el derecho civil, comercial o administrativo, con autonomía históricamente reconocida, en una nueva disciplina jurídica.

Aunado a los tan diversos tipos de organización notarial que ofrece el derecho comparado, se dificulta generalizar conceptos entre la función notarial latina, sistemáticamente analizada en congresos internacionales desde 1948, y la función notarial estadounidense más esquemática; sin embargo, a pesar de las diversas opiniones se coincide en que se halle o no totalmente organizado, debe existir un derecho notarial con identidad propia.

En tal sentido, resulta una tendencia que sostiene la autonomía del derecho notarial y otra que la niega, esta última a su vez, entre la que niega su autonomía totalmente y la que la niega parcialmente, las cuales deben abordarse desde dos ópticas, la autonomía científica y la autonomía legislativa.

Por consiguiente, la doctrina se ha visto forzada a analizar si el derecho notarial tiene o no sustantividad propia -como principios fundamentales- para determinar si la función notarial debe ser analizada en

sí propia, es decir, señalan la órbita pura del derecho notarial, separándola de cualquier instrumento civil, comercial o administrativo o a través de las ramas jurídicas que utiliza.

Lo cierto es que el notario cuyo conocimiento fuese solo de derecho notarial, no podría catalogarse como jurista, por lo tanto, no podría ser notario.

1.4. Definiciones históricas del derecho notarial

Históricamente han existido múltiples conceptos con que se ha pretendido definir esta rama del derecho, traigo a colación algunas de ellas, dependiendo de que los jurisconsultos que lo conceptualizan sean partidarios o no de la autonomía del derecho notarial, a título enunciativo destacamos los siguientes:

Pedro Luis Boffi, en su obra *Contribución Notarial a la Reforma del Código Civil*, conceptuó el derecho notarial como “el ordenamiento jurídico de la función notarial”.

José Maximino Paz, en su obra *“Repertorio del Derecho Notarial Argentino”*, definió el derecho notarial como “el estudio del conjunto de normas jurídicas contenidas en las diversas leyes que regulan las obligaciones y modalidades a que deben ajustarse el servicio activo de la función del escribano, como regente o adscrito de registro de contratos públicos”.

Enrique J. Risso, en su obra *“Homenaje al escribano Dr. Don Victorino de la Plaza en su centenario”*, definió el derecho notarial como “el conjunto de normas de fondo y forma relacionadas con la escritura y que determinan a la vez las facultades y deberes del notario en el ejercicio de su augusto ministerio público”.

Mengual y Mengual, en su obra *“Elementos del Derecho Notarial”*, definió el derecho notarial como: “En aquella rama científica de derecho público que constituyendo un todo orgánico sanciona de forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntaria y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder jurídico”.

Enrique Giménez-Arnau, en su obra “Derecho Notarial”, conceptuó el derecho notarial como “El conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la función del escribano y la teoría formal del instrumento público”.

Rafael Núñez Lagos, en su obra “Estudios de Derecho Notarial”, expresa que ese derecho estudia las formas en que participa el notario tanto como el procedimiento que este utiliza para llegar a ellos.

José María Sanahuja y Soler, en su obra “Tratado de Derecho Notarial”, define el derecho notarial como “La parte del ordenamiento jurídico que por conducto de la autenticación y legalización de los hechos que hacen la vida normal de los derechos asegura el reinado de esta última”.

1.5. Contenido del derecho notarial

Constituye el aspecto científico más complejo, por los diversos autores, que impide conclusiones universales.

La doctrina clásica cuyo mayor exponente es Mengual y Mengual, comienza distinguiendo el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo, así como el aspecto formal y el aspecto contractual.

El derecho notarial formal subjetivo, comprende cuando afecta a la organización notarial, por lo que el fundamento y primer elemento de este derecho es el notario.

El derecho notarial formal objetivo, estudia la voluntad facultativa del notario desenvuelta sobre los diversos objetos que son de su especial incumbencia, tales como las escrituras, actas notariales, etc.

El derecho notarial contractual subjetivo, contiene todo lo que afecta a la conducta jurídica de las personas individuales y colectivas en lo tocante a su capacidad y representación.

En el derecho notarial contractual objetivo, se comprenden todas las normas jurídicas que afectan a los actos y contratos en todas las ramas del derecho.

Para Olavarria Tellez, Nuñez Lagos, el derecho notarial científico debe estudiar los preceptos y conceptos sobre el notario, la función notarial y el instrumento público, llamado derecho notarial puro, con exclusión de los negocios jurídicos que constituyen objeto del derecho sustantivo; de otra parte estaría el derecho notarial aplicado, donde deben estudiarse las normas singulares de legislación notarial sobre redacción de las declaraciones de voluntad, así como las modalidades técnicas o usuales del derecho sustantivo que el notario aplique en su quehacer profesional.

Es considerado el derecho notarial como el derecho de la forma de la forma, de las formalidades en o para la forma; implica la conducta de los notarios y de las partes, pudiéndose agrupar las formalidades y situaciones diversas que se clasificaría en tres categorías:

Formalidades y situaciones de parte del notario.

Formalidades y situaciones de parte a parte.

Formalidades y situaciones de notario a instrumento público.

Abordados desde el momento anterior a la firma del documento notarial, el momento de la audiencia, y el momento ulterior a la firma del documento; en tal sentido, el derecho notarial también ha sido llamado el derecho adjetivo del escribano, por ser un derecho procesal.

Las normas que estructuran la función denominada jurisdicción voluntaria, serían el contenido del derecho notarial y las normas que dan estructura a la función jurisdiccional, serían el derecho judicial.

Para Antonio Bolívar, el contenido del derecho notarial consta de tres aspectos: el fundamental que se refiere a los instrumentos, el orgánico que se refiere al estatuto personal y administrativo, y el artístico referido al arte notarial.

Por su parte, Villalba Weish considera que, el contenido del derecho notarial está constituido por el documento público y los deberes del notario en la formación del documento.

Para Felix A. Ramelle, el derecho notarial consta de la ley de fondo tanto civil como comercial que regula los instrumentos públicos y los actos en que tiene intervención el escribano y por la ley de forma o reglamentaria, en cada jurisdicción de todo lo relativo a estructura y funcionamiento del notariado.

Mustapich J. M., sostiene que el derecho notarial estudia las estructuras o registros con que se exterioriza la voluntad jurídica, siendo esta misma el objeto de estudio del derecho sustancial, por lo tanto, su contenido lo constituye el análisis de las formas como teoría general de instrumentos públicos y la intervención del notario, y que es en cierto aspecto una rama individualizada y autónoma del derecho formal, también llamado derecho de la autenticidad.

Puedo seguir citando autores del contenido del derecho notarial y frente a este aspecto, no permite elucidar una rama del derecho autónoma o frente a unas normas de particularismo.

Sin embargo, la doctrina puede dividirse en las siguientes corrientes: la primera da un contenido basado en el estudio de la función del escribano, y la segunda incluye las materias de fondo y forma que esta función comprende; esta segunda subdividida en las que reconoce como contenido la totalidad de esas materias de fondo y de forma, y las que se limitan a las materias sustantivas de la función notarial.

1.6 Fuentes del derecho notarial

Las fuentes del derecho notarial han sido abordados por la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 131 establece que le corresponderá a la ley la reglamentación que prestan los notarios, el régimen laboral de sus empleados, sus tributos con destinación específica a la administración de justicia, de igual manera, que su nombramiento será por concurso y que el gobierno determinará los

círculos notariales; ahora bien, sin olvidar la aplicabilidad del resto de articulado del capítulo II “De la Función Pública”, del título V “De la Organización del Estado”.

De igual manera, se encuentran el Código Civil, que abarca las normas sobre los instrumentos públicos y la escritura pública, y el Código de Comercio que contiene normas que exigen solemnidades notariales, en tal sentido, se discute si esa serie de articulado seguirá perteneciendo al derecho civil o comercial, o deberán pertenecer a la rama notarial; además de estos códigos, se encuentran las leyes que regulan el registro público como la Ley 1579 de 2012.

Al redactar una escritura pública, el notario debe en primer lugar los requisitos legales desde el derecho civil, comercial, notarial, registral, minero, entre otras, so pena de la nulidad o anulabilidad del instrumento público; sin perjuicio de las sanciones a que se haga merecedor el notario por su actuar irregular.

El Estado español dirigido en el siglo XVII por la Corona de Castilla e Indias, implantó en sus Virreinos en América -entre ellos el de la Nueva Granada- la función notarial en la colonia del derecho indiano; con el objetivo de que los notarios impartieran fe pública sobre los documentos que llegaran a su conocimiento.

En Colombia, a inicio de la década de los 70, se hizo necesario la expedición de un verdadero código notarial, en tal sentido, se expide el Decreto 960 de 1970, el cual ha sido modificado durante su vigencia.

1.7 La función notarial en el derecho comparado

Como se afirmó, en la evolución histórica la función notarial evolucionó muy diferente en Latinoamérica, especialmente por la influencia latina y anglosajona, en tal sentido, haré un breve repaso sobre el derecho notarial como disciplina autónoma de algunos países europeos y latinos.

En el virreinato de la Nueva España hoy México, regido bajo las leyes de Indias, el origen del notariado se remonta al del fedatario público.

En 1561, la Corona Española autoriza al ayuntamiento de la ciudad de México a establecer corredores públicos; funcionarios con funciones similares al del fedatario público, aunado a que también fungían como peritos, valuadores y agentes intermediarios, esta clase de funcionarios fueron llamados en la recopilación de Indias de 1680 como corredores de lonja, auxiliaba a compradores y vendedores, y registraba la operación en un libro y notificarlas al receptor de la alcabala, los cuáles junto a los fedatarios públicos, revolucionaron en occidente hispánico el notariado.

En la época colonial, se incluyeron requisitos al oficio de los corredores como el de prestar una fianza, se le exigía garantizar el secreto profesional, y en el libro debía describir las características del negocio y de los negociantes; además, debía prestar juramento cada año, esta actuación después será conocida como la obligación de refrendo del Código de Comercio de 1889, de igual manera, en la regulación de las labores de los corredores del siglo XIX tuvo influencia el Código Civil francés de 1808, y el Código de Comercio de España Sainz de Andino de 1829, como sucedió en la legislación comercial derivada de la reforma constitucional de 1857 anteriormente referida.

En el Código de Comercio Mexicano de 1889, en su título III, se desarrolla institución de la correduría, y en su artículo 151, define el corredor como “el agente auxiliar del comercio, que con su intervención se proponen, ajustar los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles. Tiene fe pública cuando expresamente lo faculta este Código u otras leyes y puede actuar como perito en asuntos de tráfico mercantil”.

En la actualidad, en el Estado mexicano hay corredores y notarios, ambos con funciones fedantes. La Ley Federal de Correduría Pública mantiene a los corredores públicos las facultades de fedatarios en algunos actos y negocios mercantiles, que datan del siglo XIX, sumadas las de fedatario en la constitución de sociedades mercantiles y en actos de representación orgánica, empero, no compiten con los notarios, a quienes la ley les reserva los actos y contratos relacionados con inmuebles y testamentos y los actos respecto a poderes y certificación de instrumentos notariales del derecho civil.

Recordando que México es un Estado federal, hay que anotar que hay disparidad en las legislaciones notariales estatales, es decir, hay 32 leyes notariales siendo el notario el otro funcionario encargado de dar fe pública, sin embargo, es común denominador el perfil del notario latino, que sean abogados autorizados por el Estado para dar autenticidad y certeza legal a los actos jurídicos que ante él se realicen, proporcionando certidumbre jurídica.

En la actualidad el notariado mexicano está altamente normatizado, respecto a la oferta existen límites al número y ubicación geográfica de los notarios y respecto a la demanda, es la obligatoriedad de contratar notarios para formalizar ciertos actos y negocios privados. En los Estados Unidos y Canadá, la figura del “notary public”, es propia del notariado anglosajón, legado del dominio británico en sus antiguas colonias, también llamado “notariado profesionalista”; cabe recordar, que el derecho anglosajón se origina del “common law”, basado en un sistema jurisprudencial, donde la ley ejerce un rol secundario para legitimar o corregir los fallos judiciales.

En tal sentido, en estos dos países norteamericanos no existe propiamente un sistema de notariado, habida cuenta que el notary public no requiere ser abogado, solo ser mayor de edad y saber leer y escribir; funge temporalmente en el cargo, que generalmente es su segunda o tercera profesión y prácticamente su única función es legitimar o certificar las firmas y recepcionar algunas declaraciones del otorgante. Los notary public que son abogados pueden adicionalmente asesorar a sus clientes y redactar documentos.

Por lo tanto, la labor del notary public, se limita a verificar la identidad de la persona cotejando con la cédula, pasaporte, licencia de conducción, en contratos que graven la propiedad inmueble como la hipoteca, fideicomisos, entre otros. Excepto el notario en Québec - Canadá, que se alinea al notariado latino donde obligatoriamente deben ser abogados y actúan en todas las áreas jurídicas, menos en el litigio, constituyendo la materia inmobiliaria. Se hace claridad que actúa como un profesional independiente, es decir, no es servidor público y no está adscrito a ninguna entidad estatal, ni percibe recursos públicos, en tal sentido, presta sus servicios de forma privada; debiendo asumir la responsabilidad civil en sus actuaciones.

En Venezuela, el notariado o escribanía tuvo su origen en la colonia, regido por las normas peninsulares llevaban nota de las hipotecas, y por tal motivo, también se le denominó anotador de hipoteca, labor que posteriormente fue quitada y dada a los secretarios de las municipalidades por el Congreso de la Gran Colombia. De la cual se deriva la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1825, que mantuvo las escribanías y los anotadores de hipotecas y de registro de impuestos o derechos. Al año siguiente la Ley 22 de 1826 estableció el derecho de registro como obligatorio en la escrituración; estos funcionarios se mantuvieron vigentes aún después de la disolución de la Gran Colombia.

Con la expedición del Código de Procedimiento Judicial de 1836, las escribanías seguirían otorgando documentos hasta que se establecieran las oficinas de registro - las cuales asumirían las funciones de las escribanías- sin embargo, no logró aplicarse debido a la expedición de la Ley 24 de 1836 que derogó la Ley 22 de 1826, y por su parte, estableciendo una oficina principal de registro en la capital de cada provincia y una oficina subalterna en cada cantón; esta última reemplazaría a los escribanos, los cuales, serían objeto de indemnización por ser un oficio que hacía parte de su patrimonio y quedarían rezagados solo para la autenticación de documentos; función que entraría a compartir con los jueces según lo establecido en el Código de Procedimiento Civil de 1916, como ya era costumbre desde muchos años antes.

De otra parte, en la legislación venezolana los abogados pueden elaborar documentos dejando constancia en los mismos de su redacción, sin este requisito no procederá el registro de los documentos elaborados.

Para el año de 1952, por decreto se ordenó la creación de 3 notarías públicas en Caracas y así ir las expandiendo con el objetivo de revivir la institución del notariado, pero completamente desnaturalizada de lo que verdaderamente representa esta institución, toda vez, que solo se encargaban de autenticar y reconocer documentos, el registro de poderes, las sustituciones de poderes, sus revocatorias y renunciaciones, que no operen dentro de procesos judiciales, levantar protestos de títulos valores, extender copias de documentos públicos y de docu-

mentos extranjeros legalizados, finalmente, se hace hincapié que para ser notario se requiere ser abogado, incluso en algunos casos son *ad honorem*.



• Capítulo 2

De los notarios
y su responsabilidad

De los notarios y su responsabilidad

El capítulo desarrollará un análisis de las normas y jurisprudencia regulatoria de los notarios y su responsabilidad, desde su naturaleza como particular que cumple funciones administrativas hasta la concepción de funcionario público de condiciones especiales, su régimen laboral y de los trabajadores de las Notarías, las diferentes clases de responsabilidad a que se ve avocado en ejercicio de las funciones ejercidas.

2.1. Del régimen laboral de los notarios

A priori es imperioso abordar las normas que regulan la relación legal y reglamentaria de los notarios con el Estado – Superintendencia de Notariado y Registro, desde su naturaleza como particular que ejerce funciones administrativas hasta su concepto de funcionario público de condiciones especiales, su ingreso al servicio público, su clasificación, las situaciones administrativas aplicables durante la relación laboral y las causales de retiro del servicio.

2.1.1. Naturaleza de los notarios

El artículo 1 del Decreto 2163 de 2070, inciso 1, originalmente preceptuó que el notariado es un servicio del Estado que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para fines y con los efectos consagrados en ella, antes de ser derogado por el artículo 22 de la Ley 29 de 1973 y en su defecto establecer en su artículo 1 que el notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial.

Posteriormente, el Decreto 2148 de 1983 reglamentario del Decreto Ley 960 de 1970 y de la Ley 23 de 1970, en su artículo 1 establece que “El notariado es un servicio público e implica el ejercicio de la fe notarial”; teniendo en cuenta la legislación anterior, la jurisprudencia

contenciosa administrativa ha aceptado que la actividad notarial es un servicio público y la condición de servidor público a los notarios, debido a la condición legal y reglamentaria que rige su vinculación; tal y como se aprecia en la jurisprudencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, en Sentencia del 11 de julio de 2013, magistrada ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, dentro del radicado No. 47001-23-31-000-2012-00055-01, donde reafirma la naturaleza de funcionario público de los notarios. En 1981 la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 22 de octubre, consejero ponente, Ignacio Reyes Posada Rodríguez. Exp. No. 10817, donde se afirma que notario es un empleado público; posición jurisprudencial que se mantuvo en la Sentencia de 14 de mayo de 1990, Exp: 2996, expedida por la sección quinta del Consejo de Estado; de igual forma, en Sentencia del 25 de agosto de 2005 de la sección segunda – subsección segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, magistrado ponente Darío Quiñonez Pinilla dentro del radicado No. 23001-23-31-000-2003-01418-01(3635), mantuvo la posición jurisprudencial que ha mantenido el Consejo de Estado desde 1960 de que los notarios son funcionarios públicos, sustentada en que el notariado es un empleado de creación pública; que para proveerse en propiedad debe surtir un concurso de méritos, el nombramiento y posesión se surte ante autoridad pública, prestan un servicio público a cargo del Estado, las funciones públicas se les entrega de forma permanente, el subsidio que reciben notarias de segunda y tercera categoría proveniente del Fondo Cuenta Especial del Notariado puede catalogarse como una remuneración; el sometimiento legal y reglamentario de la función notarial pueden catalogarse como régimen laboral, tiene unas competencias específicas sometidas al principio de legalidad; cabe aclarar, que el Consejo de Estado ha considerado que los notarios bajo ninguna circunstancia son autoridad civil, política, ni administrativa.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional tradicionalmente se ha apartado de la jurisprudencia contenciosa administrativa y tajantemente niega la calidad de servidor público de los notarios; tal y como se observa en la Sentencia C-1212 del 21 de noviembre de 2021, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, en el cual precisa que si bien es cierto que el artículo 131 constitucional, establece que la ley

debe reglamentar el servicio público que prestan los notarios; tal y como ya lo había establecido en el Decreto 2163 de 1970, la Ley 29 de 1973 y el Decreto 2148 de 1983, sin embargo, el servicio público prestado por los notarios, no puede catalogarse como un servicio público común, como lo es el transporte o el suministro de energía eléctrica, toda vez, que la labor que ejercen es una verdadera función pública, distinta a las funciones estatales clásicas como la ejecutiva, legislativa y judicial; se aclara que los notarios no son en sentido objetivo servidores públicos, puesto que son particulares que prestan funciones públicas, bajo la figura de la descentralización por colaboración, de

conformidad con los artículos superiores 123 inciso 3, 210, inciso 2 y 365 inciso 2; en tal sentido, para la Corte Constitucional los notarios colaboran con la prestación de un servicio, sin que exista un vínculo contractual o legal de tipo laboral con el Estado.

Analizando estas dos líneas jurisprudenciales, en mi caso particular, me alinee por la expuesta por la Corte Constitucional de que los notarios no son servidores públicos, ni funcionarios o empleados públicos, sino particulares que bajo la descentralización por colaboración ejercen funciones administrativas, en primer lugar por la interpretación que hace del artículo 131 de la Constitución Política, sino también, del artículo 123 superior, que clasifica los servidores públicos en empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de corporaciones públicas; quedándole proscrito a la jurisprudencia crear nuevas modalidades de servidores públicos – empleados públicos.

2.1.2. Ingreso al servicio público

Por mandato constitucional (Artículo 131, inciso 2), el ingreso al servicio público de los notarios en propiedad, se hará por nombramiento mediante concurso, lo cual es repetido por el artículo 2 inciso 1 de la Ley 588 de 2000, mientras que los artículos 2.2.6.1.5.2.1. y 2.1.6.1.3.4. del Decreto 1069 de 2015, establecen que el cargo de notario se asume por la designación, confirmación y posesión; específicamente la posesión deberá hacerse dentro de los 10 días o de la prórroga siguientes a la confirmación de la designación. Cabe recordar que la confirmación de la designación de los notarios de primera

categoría estará a cargo de la Superintendencia de Notariado y Registro y la de los notarios de segunda y tercera categoría lo hará el respectivo gobernador (Artículo 2.2.6.1.5.3.1. del Decreto 1069 de 2015); de no producirse la aceptación o la confirmación de la designación o por la falta de posesión oportuna, procederá la insubsistencia del designado (Artículo 138 del Decreto 960 de 1970), la cual debe hacerla el nominador natural, es decir, el gobierno nacional para los notarios de primera categoría y las Gobernaciones para los notarios de segunda y tercera categoría.

Ahora bien, se hace claridad que el requisito de la confirmación de la designación aplica para los notarios que ejercen el cargo de notario en propiedad y en interinidad, no para los encargados (Artículo 141 del Decreto 960 de 1970), cuya designación corresponde a la primera autoridad política o por el notario (Artículos 151 y 152 del Decreto 960 de 1970).

Cuando el cargo es ejercido en propiedad, es porque su designación obedeció al concurso meritocrático y, por lo tanto, pertenece a la carrera notarial. De otra parte, la designación en interinidad obedece a una falta absoluta del titular y no exista lista de elegibles producto del concurso meritocrático y si ha existido encargo este ha superado los tres meses, aunado al concepto previo de la Superintendencia de Notariado y Registro (Artículos 2.2.6.2.1. y 2.2.6.2.2. del Decreto 1069 de 2015); mientras que el encargo opera frente a faltas absolutas o temporales con una temporalidad máxima de 3 meses.

Cabe recordar, que existe una figura especial de ejercer el cargo para un acto específico siendo el notario ad hoc, que opera frente a la imposibilidad de que el notario único del círculo pueda autorizar actos, por tener interés directo o por estar involucrado sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, designado por la Superintendencia de Notariado y Registro en las notarías de primera categoría o por el gobernador respectivo en las notarías de segunda y tercera categoría.

En cuanto a la posesión, debe realizarse ante el nominador natural, los notarios de primera categoría ante el gobierno nacional y los de segunda y tercera categoría, ante el gobernador correspondiente, sin

embargo, el gobierno nacional también podrá delegar en el gobernador la posesión de notarios de primera categoría.

Finalmente, me remito a referenciar las etapas en que debe desarrollarse el concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad y el desarrollo de sus diferentes etapas a saber: La convocatoria, la inscripción o reclutamiento, el análisis de requisitos y antecedentes, la calificación de la experiencia, la prueba de conocimientos, la entrevista y la publicación y conformación de la lista de elegibles, las cuales son reglamentadas desde el artículo 2.2.6.5.1 al 2.2.6.5.13 del Decreto 1069 de 2015.

2.1.3 La carrera notarial

De conformidad con el Manual de Carrera Notarial del Proceso Concurso y Carrera Notarial de la Superintendencia de Notariado y Registro; la carrera notarial es un sistema técnico que define el ingreso, vinculación, funcionamiento y administración de los notarios designados mediante un concurso meritocrático, en pro del mejoramiento de la función notarial.

Como se anotó en el numeral anterior, el ingreso a la carrera notarial será producto del concurso meritocrático, de su designación, confirmación de la designación y la posesión; bajo el entendido que la permanencia en el cargo está determinada por la designación o nombramiento. Otro de los objetivos de la carrera notarial es otorgar estabilidad a los notarios de carrera, quienes pueden permanecer en sus cargos de forma indeterminada, hasta que se tipifiquen algunas de las causales de vacancia absoluta previstos en el artículo 2.2.6.3.2.3. del Decreto 1069 de 2015, que causan su exclusión de la carrera notarial. La carrera notarial brinda otros derechos a los notarios de carrera, tales como, la de participar en concursos de promoción o ascenso, el derecho preferencial de ocupar otra notaria de la misma categoría que se encuentre vacante, cuya solicitud y trámite está reglamentado por los artículos 2.2.6.3.3.1. al 2.2.6.3.3.4 del Decreto 1069 de 2015, y en la prelación a los programas de bienestar social, becas, capacitación, entre otros beneficios, sin que bajo ninguna circunstancia pueda ampliarse el régimen de la carrera notarial a los demás empleados de las notarías, cuyo régimen es el aplicable a los trabajadores privados.

Finalmente, se hace claridad que el Estatuto Notarial establece en sus artículos 133, 135, 136 y 137, quiénes no pueden ser designados notarios y, por lo tanto, nunca ingresarían a la carrera notarial, circunstancias derivadas de condiciones físicas, legales, relativas a su profesión, de parentesco, entre otras, que deberán tener en cuenta los nominadores.

2.1.4. Situaciones administrativas

A pesar de que un notario es un particular que por mandato constitucional y legal cumple funciones administrativas, las cuales requieren de la prestación personal de sus servicios, el Estado en procura de evitar la parálisis del servicio público, ha regulado las situaciones administrativas, entendiéndose por ellas, como las diferentes circunstancias en que se pueden encontrar los notarios durante su relación legal y reglamentaria con el Estado.

Estas situaciones administrativas se encuentran reguladas del artículo 104 y ss del Decreto 2148 de 1983, compiladas del artículo 2.2.6.1.5.6.1. del Decreto 1069 de 2015, bajo la égida del artículo 188 del Decreto 960 de 1970, de las cuáles haré un parangón frente a las situaciones administrativas establecidas por el Sistema General de Carrera Administrativa de la Ley 909 de 2004, y sus diferentes decretos reglamentarios compilados en el Decreto 1083 de 2015.

Lo ideal, común y ordinario es que es los notarios se encuentren en servicio activo, es decir, cumpliendo las funciones administrativas y públicas que juró cumplir en la posesión; no obstante, por su condición humana es plausible que se encuentre en un momento dado en licencia, permiso y suspensión.

Respecto a las licencias de los notarios, se contemplan: la ordinaria, para adelantar estudios, por enfermedad, incapacidad física, de maternidad. El Decreto Ley 960 de 1970, artículo 188, solo se refirió a dos: la ordinaria y por enfermedad, las demás tienen desarrollo reglamentario.

En cuanto a la licencia ordinaria, el artículo 188 del Decreto Ley 960 de 1970 y el artículo 2.2.6.1.5.6.4 del Decreto 1069 de 2015, establece que los notarios tienen derecho a separarse del ejercicio de sus cargos hasta por 90 días continuos o discontinuos en cada año calendario, cada licencia ordinaria que supere los 15 días hábiles de cada año, no es computable como tiempo de servicio. Dentro de las diferencias con la licencia ordinaria del Sistema General de Carrera Administrativa, se encuentra el término de duración que es por 60 días hábiles prorrogable por 30 días hábiles, y no configuran un derecho del empleado público hasta que son concedidas, puesto que pueden ser negadas por el nominador, como no sucede con los notarios.

La licencia para adelantar estudios, regulada por el artículo 188 del Decreto 960 de 1970 y el 2.2.6.1.5.6.4 del Decreto 1069 de 2015, permite que los notarios tendrán derecho a licencia hasta por dos años para adelantar cursos de especialización, actividades de docencia, investigación o asesoría científica del Estado, previo concepto del Consejo Superior; el tiempo de esta licencia no es computable como tiempo de servicio. Las diferencias fundamentales frente a la licencia no remunerada para adelantar estudios del Sistema General de Carrera Administrativa, radica en el término de duración que es de 12 meses prorrogable dos veces más, es decir, puede extenderse hasta 36 meses y solo es para adelantar estudios de educación formal o de educación para el trabajo y desarrollo humano.

Dentro de las normas comunes de las anteriores licencias, se encuentran que no pueden ser revocadas unilateralmente, pero sí se puede renunciar a ellas y que durante las mismas se debe respetar el régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 10 del Decreto 960 de 1970, y solo podrá hacer uso de la licencia una vez se haya posesionado su reemplazo.

En cuanto a la licencia por enfermedad, el artículo 2.2.6.1.5.6.8. del Decreto 1069 de 2015, establece que mientras se expide la certificación correspondiente se recurra a la licencia ordinaria, y una vez obtenida, le remitirá al nominador para que se modifique la resolución que se concedió la licencia, la cual podrá extenderse hasta por 180 días de conformidad con el artículo 188 del Decreto 960 de 1970; la princi-

pal diferencia con la licencia por enfermedad del Sistema General de Carrera Administrativa, es que procede también de oficio y no es necesario recurrir inicialmente a la licencia ordinaria.

Una situación parecida procede con la licencia por incapacidad física, las cuales se rigen por las normas de seguridad social y la autoridad que las conceda deberá exigir la certificación de incapacidad expedida por autoridad competente, entendiéndose por incapacidad como el estado de inhabilidad física o mental de un trabajador que le impide desempeñar sus labores, la única diferencia palmaria con el Sistema General de Carrera Administrativa, es que esta licencia esta contentiva en la licencia por enfermedad; estas licencias se conceden sin solución de continuidad en el tiempo de servicio prestado.

De las licencias que tiene derecho el notario serán concedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro para los notarios de primera categoría, y por los gobernadores para los de segunda y tercera categoría, salvo que el término de la licencia no exceda de 15 días, toda vez, que si la licencia es inferior a 15 días el otorgamiento de la licencia y el nombramiento del reemplazo podrá hacerlo el alcalde de la jurisdicción.

Para los notarios, no aplica la licencia para actividades deportivas, y aunque no se hayan previsto la licencia por luto y la licencia de paternidad, aplican por su transversalidad en las relaciones laborales de trabajadores públicos o privados.

Respecto al permiso, el artículo 112 del Decreto 2148 de 1983, y artículo 2.2.6.1.5.6.9. del Decreto 1069 de 2015, los notarios podrán solicitar permiso a sus nominadores hasta por el término de tres días acreditando justa causa, sin que exista interrupción en el tiempo de servicios, salvo que por urgencia deba concederlos el alcalde, a excepción de los notarios de la capital del país; la diferencia con el permiso remunerado del Sistema General de Carrera Administrativa radica en la facultad del nominador de evaluar la justa causa o no para concederlo o negarlo, que es mucho más riguroso para empleados públicos de carrera administrativa.

Para los notarios no aplica el permiso sindical, ahora bien, tampoco encuentro aplicación al permiso compensado de estudios, toda vez, que a pesar de que el artículo 11 del Decreto 960 de 1970, modificado por el artículo 34 del Decreto 2173 de 1970, permite el ejercicio de la docencia universitaria o el ejercicio de cargos académicos o de beneficencia en entidades públicas o privadas, hasta por el término de ocho horas semanales, deberá hacerlo sin la interrupción del servicio público a su cargo.

En lo referente al permiso de lactancia, aunque no se hayan previsto específicamente para las notarías en dicha situación, aplica por su transversalidad tanto en las relaciones laborales de trabajadores públicos o privados.

El encargo no aplica para los notarios de carrera o en propiedad ni para los interinos, puesto que ellos no podrán ejercer funciones o cargo públicos diferentes al que tomó posesión, puesto que es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y solo podrá ejercerla dentro de su círculo notarial, sin embargo, el encargo solo aplica como una provisión hasta por el término de tres meses ante vacancias temporales o absolutas de los notarios en propiedad o interinos, designados a discreción de los titulares o en su defecto por el nominador natural o del alcalde de forma excepcional.

Los notarios se ven sometidos a la situación administrativa de suspensión, de conformidad con el numeral 2 del artículo 199 y 202 del Decreto 960 de 1970, por el término máximo de seis meses como sanción disciplinaria, fuera de otras modalidades de suspensión tales como: la suspensión provisional de la jurisdicción contenciosa administrativa, como resultado de la medida cautelar dentro del trámite procesal del medio de control de nulidad electoral, o proveniente de la jurisdicción ordinaria, fruto de una imputación penal y la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad; en cuanto a la suspensión fiscal y disciplinaria es ejercida por la Superintendencia Delegada para el Notariado, entre otros aspectos administrativos, sin perjuicio de la competencia preferencial de la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, para los notarios no aplican las comisiones en cualquiera

de sus modalidades (De servicios, de estudios, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción y de período fijo y para atender invitaciones de gobiernos extranjeros); tampoco les aplican las vacaciones, las disfrutan bajo la modalidad de licencia, tampoco les aplican la situación administrativa de reasignación de funciones.

2.1.5. Retiro del servicio

De conformidad con los artículos 2.2.6.1.5.3.9. y 2.2.6.3.2.3. del Decreto 1069 de 2015, serán faltas absolutas de los notarios y causa que la notaría quede vacante, la muerte, la renuncia aceptada, destitución, por tener la edad de retiro forzoso, la incapacidad física o mental que cause su retiro forzoso, por la declaratoria de abandono del cargo, por el ejercicio de cargo público, por la supresión de la notaría.

El artículo 2.2.6.5.5.2. del Decreto 1069 de 2015, establece que los notarios serán excluidos de la carrera notarial, por la causación de algunas de las causales previstas como la vacancia absoluta, aunado a que puede imponerse desde la primera suspensión por falta grave, y siempre deberá imponerse en la reincidencia.

2.2. La responsabilidad de los notarios

Para la Real Academia Española se entiende por responsabilidad: Deuda, obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, a consecuencia de delito de una culpa o de otra causa legal, en tal sentido, abordaré las diferentes obligaciones que se derivan en la función notarial frente a los usuarios, Estado y sociedad en general.

Partiendo de la naturaleza de que los notarios son particulares que ejercen funciones públicas, salvo en la administración y custodia de recursos públicos, donde adquiere la calidad de servidor público por extensión, en cumplimiento del artículo 20 del Estatuto Penal, y al tenor de una interpretación directa y analógica del postulado constitucional del artículo 6, responderán por el desconocimiento del ordenamiento jurídico preexistente constitucional y legal, así como por la acción u omisión de sus funciones, en tal sentido responden civil, penal, disciplinaria, administrativa y fiscalmente.

El artículo 2.2.6.1.6.2.1. del Decreto 1069 de 2015, le impone a los notarios la obligación de ejercer sus funciones con la cumplida dignidad de quien sirve un encargo público, debiendo responder de todas las conductas que atenten contra el cabal cumplimiento de sus funciones y la calidad de los servicios prestados.

En Colombia, la actividad notarial tiene un fuerte arraigo en la cultura; la mayor parte de los connacionales luego de nacer se llevan ante una notaría para ser registrados como nacionales colombianos, adquiriendo con este acto, los atributos de la personalidad como son el nombre, la filiación, la nacionalidad, el estado civil y el patrimonio.

Igualmente, la importancia de la institución jurídica del notario, se hace más evidente en otros aspectos de la vida social, donde se exige el trámite notarial de la escrituración para la existencia y eficacia de ciertos actos jurídicos, como son la compraventa de bienes inmuebles y la constitución de sociedades mercantiles y civiles (hoy casi en desuso por la implementación de las sociedades por acciones simplificada).

En tal sentido, la mayoría de las relaciones contractuales pasan por las notarías, ya sea para su protocolización o para la autenticación de las firmas; toda vez que, aunque a pesar de no ser necesaria la firma del notario para la existencia y eficacia de muchos documentos, las personas siguen acudiendo a las notarías por una convicción ancestral.

Aunado a lo anterior, por la congestión de los despachos judiciales y las dilaciones injustificadas en los procesos judiciales, cobran vigencia los medios alternativos de solución de conflictos o de justicia privada, que lideran las cámaras de comercio, los centros de conciliación y arbitraje y de amigable composición, y las notarías, en tramites tales como, el reconocimiento de la unión marital de hecho, el divorcio, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la liquidación de una sucesión, entre otros.

Se hace claridad que por disposición reglamentaria, el notario es autónomo en el ejercicio de sus funciones, las cuáles las ejerce interpretando la ley de conformidad con las reglas civiles, sin que un superior jerárquico deba revisar sus actuaciones para reformarlas o refrendarlas, toda vez, que actúa bajo su responsabilidad que independientemente de la responsabilidad civil o penal, *“El notario responde disciplinariamente de cualquier irregularidad en la prestación del servicio aunque no se produzca perjuicio”* (Artículos 2.2.6.1.6.1.1. y 2.2.6.1.6.1.2. del Decreto 1069 de 2015).

En el ejercicio de la función notarial se pueden causar perjuicios a la nación y a otras personas, caso en el cual, el notario o los subalternos empleados o contratistas de la notaría que los causen deberán repararlos en los siguientes términos:

2.1.1 Responsabilidad civil de los notarios

El notario presta funciones administrativas otorgadas por el Estado, mediante la descentralización por colaboración, y en ejercicio de sus atribuciones eventualmente podría causar perjuicios a usuarios y a terceros, para tal efecto, sería objeto de un proceso de responsabilidad civil.

La responsabilidad civil ha sido abordada por diversos autores al ser consecuencia natural del cumplimiento de las obligaciones, cabe recordar, que el artículo 1494 del C. C., establece que las fuentes de las obligaciones son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos, aceptación de la herencia, y la ley; si bien es cierto, que hay diversas definiciones tienen un común denominador, que es la obligación de una persona de resarcir los perjuicios causados, sin embargo, me referiré solo a dos nacionales, que la definieron en los siguientes términos:

“En general la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos, que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien los causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros”. (Tamayo, 2009, p. 8 tomo I)

“La responsabilidad jurídica civil ha sido definida por la doctrina como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y económicas de un hecho, un acto o conducta” (Martínez, 2003, p. 7).

De las definiciones transcritas, se configura -cuando concurre un hecho ilícito- el daño y el nexo de causalidad.

El artículo 195 del Decreto 960 de 1970, estableció que los notarios son responsables civilmente por los daños y los perjuicios que causen los usuarios del servicio, por culpa o dolo en la prestación del servicio. A renglón seguido, el artículo 196 y 197 *Ibidem*, cuando se le puedan imputar irregularidades, deberá responder por los perjuicios causados, siempre y cuando sean subsanables a su costa y en cuanto a la indemnización, si ha beneficiado a un tercero podrá repetir contra ella por el monto recibido; salvo que el notario haya sido engañado por el usuario con dolo, en tal caso, será exculpado.

Lo anterior sin menoscabar la autonomía del notario, prevista en el artículo 116 del Decreto 2148 de 1983, que lo facultó a interpretar la ley de acuerdo con las reglas civiles, y no requiere que sus actuaciones sean refrendadas por un superior jerárquico.

De igual forma, el artículo 6 del Decreto 960 de 1970, hace claridad que los notarios serán responsables por la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, pero no de la veracidad de sus declaraciones, ni de la capacidad de las partes.

Teniendo en cuenta que los notarios ejercen una labor profesional, entendida como aquella responsabilidad de quienes se les demanda la aplicación de conocimientos especializados, adquiridos por formación académica formal o con vasta experiencia, por ende, se le exige un *lex artis*, es decir deben actuar con la mayor pericia de conformidad con las reglas técnicas de su profesión, y las directrices de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Sin embargo, a los profesionales del derecho (como lo son la mayoría de los notarios), la jurisprudencia y la doctrina han defendido que los abogados cumplen obligaciones de medio y no de resultado, lo cual cobra relevancia para efectos de determinar el grado de culpabilidad como factor de la responsabilidad.

Las obligaciones de medio consisten en aplicar todos los medios que sean necesarios para conseguir un resultado que no se garantiza, el resultado no es la obligación de hacer; si no se logra el resultado, no existe incumplimiento de la obligación, por su parte, las obligaciones de resultado, la ‘obligación de hacer’ involucra la obtención del resultado, de no lograrse implica su incumplimiento.

Para discernir cuándo estamos frente a una obligación de medio o una obligación de resultado, la Corte Suprema de Justicia la encuentra en el aleas del resultado esperado, en las obligaciones de medio, el azar o el acaso esta contenido en la misma obligación, y el resultado no depende del obligado aún con su actuación diligente, mientras que, en las obligaciones de resultado, la actuación del obligado debe ser suficiente para obtener el resultado. (Sentencia 20001-3103-005-2005-00025-01, M. P. Arturo Solarte Rodríguez).

El inciso 3 del artículo 1604 del Código Civil, preceptúa que la prueba de la diligencia o cuidado, incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. De la anterior norma se deriva, que en las de medio basta demostrar debida diligencia y cuidado. En las de resultado, al presumirse la culpa, tiene la carga probatoria de desestimar el nexo causal entre la conducta imputada y el daño. Atendiendo los principios básicos de la Teoría General de la Responsabilidad Civil: la responsabilidad profesional de los notarios es subjetiva, en tal sentido, solo sería con un comportamiento culposo y contrario a los reglamentos propios de la profesión, para que se le pueda endilgar responsabilidad frente a los usuarios.

Cabe recordar, que el artículo 4 del Decreto 960 de 1970 establece el principio de la rogación, garantizándole a los usuarios escoger libremente el despacho notarial dentro del círculo notarial, salvo que las escrituras públicas provengan de una entidad estatal que están sometidas a reparto (Resolución 10137 del 2011), y las de matrimonio civil (Artículo 1 del Decreto 2668 de 1988), y en la liquidación de herencia (Artículo 1 del Decreto 902 de 1988), donde prevalece el factor territorial.

A pesar del derecho de escoger libremente el despacho notarial, es pertinente abordar si el vínculo jurídico entre los notarios y los usuarios es de naturaleza contractual o extracontractual, asunto que solo ha sido abordado doctrinariamente. Tratadistas como Jorge Suescún Melo, han sido partidarios de clasificarlo como un vínculo contractual a pesar de que entre notario y usuario no se suscribe contrato alguno; toda vez, que el notario debe cumplir sus atribuciones por mandato legal. Por ello, los contradictores de la relación contractual implícita exponen los procedimientos donde no cabe el acuerdo de voluntades; donde el ordenamiento jurídico establece los requisitos y procedimientos a seguir, simplemente el usuario los cumple y el notario debe hacer lo propio otorgando el debido instrumento, verbigracia la liquidación notarial de la herencia, la constitución de la propiedad horizontal, el otorgamiento del testamento, el reconocimiento de hijo extramatrimonial, entre otros. De otra parte, los emolumentos cobrados por los notarios son fijados y vigilados por el gobierno nacional y no son objeto de negociación.

Sin embargo, los defensores del vínculo contractual entre notario y usuario, manifiestan que cuando el notario informa, orienta y aconseja sobre las diferentes alternativas de instrumentos notariales incluidos en sus servicios, y llega a un acuerdo de voluntades con el usuario, se genera un vínculo contractual implícito entre ellos, verbigracia, otorgar un usufructo o celebrar un fideicomiso, liquidar la sociedad conyugal y después celebrar contratos de compra venta o transferir los bienes en vigencia de la sociedad conyugal, si se extiende un testamento abierto o cerrado, el uso de la cuarta de libre disposición, acudir a la donación o recibir el inmueble en dación en pago, según las expectativas del usuario, en tal caso, el notario debe actuar con suma convicción, rigurosidad e imparcialidad.

Cuando se incumple el anterior deber, eventualmente se pueden causar perjuicios a los usuarios, que demandarían de su responsabilidad civil, sin perjuicio de las otras clases de responsabilidades que puedan tipificarse, ejemplificando una situación al respecto, tendríamos el caso en el que un usuario tenía la expectativa de celebrar un contrato de compraventa y el notario le extendió una escritura pública de donación, ocasionándole una ganancia ocasional no deseada, causándole un perjuicio económico, por la mayor tributación que

causa este hecho generador; o cuando los futuros esposos bajo la expectativa de celebrar capitulaciones matrimoniales para excluir los bienes propios anteriores al matrimonio, pero preservando los gananciales, y en la notaría le extienden las capitulaciones excluyendo los gananciales, causando un perjuicio al desobedecer la voluntad de las partes.

En la práctica, en notarias de categoría primera, con alto tráfico en la escrituración, los notarios se ven obligados a contratar abogados para que sirvan de asesores jurídicos a los usuarios y proyecten las escrituras públicas, en tal caso, es oportuno abarcar la responsabilidad civil de los notarios por las actuaciones de sus subalternos, si se ve menguada o exonerada, a la luz del ordenamiento jurídico preexistente.

Al respecto, en primer lugar, hay que recordar el artículo 2347 del Código Civil preceptuó la responsabilidad derivada por los hechos de las personas que estén bajo su cuidado, la cual no es ajena a la función notarial, en tal sentido, el notario sería responsable civilmente por el hecho de un tercero, también conocida como responsabilidad indirecta o refleja, en tal caso, el subordinado sería el directamente responsable y el notario el tercero civilmente responsable.

Así las cosas, no podría predicarse una exculpación por el hecho de un tercero, debido a que el juicio de reproche es mayor para los notarios; quien debió dar las instrucciones a sus subalternos y vigilar con ahínco sus actuaciones en el cumplimiento de la función notarial, cabe recordar que bajo su responsabilidad, el notario crea los empleos que considere para la eficaz prestación de sus servicios, por ello, debe tener especial cuidado en la selección de sus colaboradores, deberá capacitarlos y cumplir las obligaciones que establece el estatuto del trabajo. (Artículo 2.2.6.1.6.1.3. del Decreto 1069 de 2015).

Ahora bien, jurídicamente es inválido imputar responsabilidad a un tercero, si no hay un directo responsable, en tal sentido, ante una indebida actuación de un trabajador de una notaría, si no logra declararse a un directo responsable, el notario será exculpado; de igual manera, si el directo responsable logra probar una causal de justifica-

ción de su actuación, tales como, la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, error invencible, entre otros, logrará disipar su responsabilidad. Por último, la responsabilidad también se ve afectada si la actuación notarial es considerada una obligación de medio o de resultado, tal y como se abordó en líneas anteriores, puesto que la carga probatoria cambia, en las obligaciones de medio prevalece la responsabilidad subjetiva, y en las obligaciones de resultado prevalece la responsabilidad objetiva.

Dentro de las obligaciones de medio, podemos considerar actuaciones como el deber de asesorar o aconsejar a los usuarios, la vigilancia sobre la regularidad formal de los instrumentos, y la comprobación sobre la capacidad de los comparecientes, etc; y dentro de las obligaciones de resultado, podemos enunciar la extensión de los registros civiles, la autorización de testamentos, la celebración de matrimonios, etc. Conforme a lo anterior, el notario podrá exculparse en las obligaciones de medio, probando que actuó con diligencia y cuidado, y en las obligaciones de resultado, probando la existencia de una causa extraña, o por la causal prevista en el artículo 6 del Decreto 960 de 1970, demostrando que autorizó el instrumento por la insistencia de los usuarios.

De otra parte, no abarcaré en esta obra, la estimación de perjuicios que podría causar el indebido ejercicio de la función notarial, sobre esta materia, solo tengan en cuenta que, en la gran mayoría de casos conocidos por la Superintendencia de Notariado y Registro, se reclama la causación de perjuicios patrimoniales, especialmente referidas a las erogaciones adicionales que debió asumir el usuario por tarifas notariales o de registro.

Finalmente, en el evento en que la nación sea condenada por falla en la prestación del servicio notarial y deba pagar una indemnización pecuniaria, podrá ejercitar la acción de repetición contra el notario correspondiente en el término de 5 años (Artículo 2.2.6.1.6.1.5. del Decreto 1069 de 2015).

2.2.2. Responsabilidad penal de los notarios

La función notarial no es ajena a ser víctima de la criminalidad, ya sea propiciada por los notarios o sus subalternos, lo cual sería una criminalidad endógena y la que es propiciada por usuarios con la cual inducen a error al notario o a sus subalternos, la cual sería una criminalidad exógena, en tal sentido, serían endógenas la alteración o destrucción de escrituras públicas, de registros civiles, o las autenticaciones y protocolizaciones sin el compareciente. Por su parte serían exógenas, la falsificación en documentos privados, declaraciones falsas en la escrituración, la suplantación personal, ahora bien, también podría configurarse una criminalidad ecléctica, que requiere el concurso tanto del notario o de sus subalternos, con usuarios, para que, en contubernio, defraudar a terceros.

Se abordará la responsabilidad penal, abordando casuísticamente las conductas de mayor proclividad de tipificación, en los servicios notariales de mayor demanda nacional, y la sugerencia de medidas preventivas que podrían adoptarse.

2.2.2.1. Responsabilidad penal en el registro civil.

En primer lugar, es pertinente recordar que el registro civil hace parte de la personalidad jurídica de toda persona, lo cual es un derecho fundamental previsto en el artículo 14 de la Constitución Política, el Código Civil lo aborda en el libro primero, como un atributo de la personalidad, en tal sentido, cuando se altera, falsifica o se destruye, afecta enormemente a su titular; modificar su nombre, afecta otro atributo de la personalidad que impedirá su individualización y, por ende, afecta su vida laboral, crediticia, política, etc.

El Código Penal – cuya abreviatura será C. P. - en su artículo 238, establece que “El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe”, incurrirá en el tipo penal de supresión, alteración o suposición del estado civil; los notarios o sus subalternos solo responderán penalmente bajo la culpabilidad dolosa, no admite la culposa, si la criminalidad es exógena; debido a que el usuario le ocultó al notario información para hacer incurrir al notario o a sus subalternos en error

habría un concurso de conductas punibles con el tipo de obtención de documento público falso, previsto en el artículo 288 del Código Penal, entre otras conductas punibles que pudieran tipificarse.

2.2.2.2. Responsabilidad penal en la autenticación de firmas.

En la autenticación, el notario da fe o certifica que el usuario que suscribe el documento compareció ante él, y le extendió su documento de identidad; toda vez que el notario solo puede certificar la identidad de quien pone a su vista el documento de identificación, así lo conozca previamente, lo cual lo hará constar en el documento.

Dentro de las situaciones que pueden presentarse en un proceso de autenticación - que aumentan la proclividad de delinquir- tendríamos a título enunciativo, la suplantación personal de quien suscribe el documento, ya sea derivado de la falsedad ideológica del documento que se suscribe o no, o de la falsedad material del documento de identidad.

Para aminorar la proclividad de riesgo, lo recomendable es que en dicho proceso los funcionarios y los mismos notarios, realicen la verificación de la autenticidad del documento de identidad y su cotejo con el compareciente; si se advierten inconsistencias, abstenerse de otorgar la autenticidad e informar a la autoridad competente para la correspondiente investigación.

Los delitos que a menudo pueden tipificarse en la actuación de la autenticación, son la falsedad material o ideológica de un documento privado, y la falsedad personal, previstos en el artículo 289 y 296 del Estatuto Penal, respectivamente, los cuales son de vocación dolosa para su configuración, por ejemplo, el compareciente al presentarse en la notaría e identificarse con un documento de identidad falso en la actuación de autenticación, queda de marras probado que utilizó un documento privado falso, pero podrá defenderse manifestando que desconocía que era falso; lo cual tendrá que probarlo.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia AP 2368 – 2018, manifestó al respecto: “Conducta punible que en atención a su descripción típica, bien se ha entendido que su consumación se produce con el

uso del documento privado falso, en tanto, la norma señala dos momentos perfectamente separados a fin de configurar la conducta punible, como que uno es la falsificación propiamente dicha del documento y otro su posterior uso, por manera que no basta con la mera adulteración o elaboración del documento espurio, si además no se utiliza para establecer o modificar relaciones jurídicas”.

La sola falsificación del documento privado no reviste consecuencias jurídicas, sino hasta que es utilizado para conseguir efectos jurídicos en favor de quien lo utiliza.

En este sentido, si se le exige el pleno conocimiento de la conducta punible al compareciente para endilgarle responsabilidad penal, con mayor razón se le exigirá al notario o a sus subalternos, el pleno conocimiento de los hechos y su aquiescencia para continuar la actuación, por tal motivo, además se ha exigido que las irregularidades del documento de identificación sean tan notables, que a simple vista se observen como que la foto no coincidía con el compareciente, donde es prácticamente imposible no darse cuenta de la falsedad, y aunque se alegue culpa, por ser un trámite diligente y mecánico podrá ser rechazada, y podría endilgarse la responsabilidad penal.

2.2.2.3. Responsabilidad penal en la administración de recursos privados y públicos.

Dentro de las competencias asignadas a los notarios están: la administración de recursos públicos tales como la retención en la fuente, que se causa en las compraventa de bienes inmuebles, cuyos efectos de la ley penal por administrar un impuesto, adquiere la calidad de servidor público, de conformidad con el artículo 20 del Estatuto Penal, lo cual le permite la tipificación de conductas punibles como el peculado por apropiación, establecido en el artículo 397 del ibidem, al apropiárselos y no transferirlos a la DIAN; y si aunado a lo anterior se comprueba que los impuestos recaudados no se asentaron en los libros contables, o se alteren las facturas estaríamos frente a un concurso de conductas punibles, como lo es la falsedad en documento privado del artículo 289 ibidem, finalmente, si se cobra el impuesto al usuario, se asienta en los libros contables, no es objeto de apropiación, pero si es transferido o consignado extemporáneamente después de 2

meses a la fecha fijada por la DIAN, estaríamos frente al delito de omisión del agente retenedor o recaudador del artículo 402 del Código Penal.

Ahora bien, si fue un subalterno del notario quien en la administración de recursos públicos se considera servidor público por extensión; mandato del artículo 20 del C. P., y quien de consuno o sin saberlo, permite que uno de sus empleados o contratistas se apropien de los caudales impositivos, frente a este empleado o contratista, sin entrar a discutir si el contrato suscrito con el servidor público (notario), le transfirió o no el ejercicio de la función administrativa -en mi concepto- esta persona cometería el mismo delito de peculado por apropiación – artículo 397 del Estatuto Penal, como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia en el 2002 y no un abuso de confianza calificado – artículo 250 C. P., como una parte de la doctrina entre ellos Abello J.A. en su obra “El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia”, sostuvo.

Frente al delito de omisión del agente recaudador o retenedor, esta zanjada dicha discusión por mandato legal; toda vez que el inciso cuarto del artículo 402 del C. P., que taxativamente establece como sujetos activos del tipo penal las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones, por lo tanto, si un empleado o contratista de la notaría recauda el impuesto, lo asienta en los libros contables, no se apropia de ellos, pero cumple la obligación legal después de dos meses, sería responsable de dicha conducta penal.

De otra parte, consideraré la responsabilidad de los empleados o contratistas de la notaría frente a la administración de recursos privados; verbigracia, las tasas por los servicios prestados que recauda, que impajaritadamente son recursos privados que le pertenecen a la notaría, en tal caso, estaríamos frente a la tipificación de las conductas punibles de abuso de confianza calificado, de conformidad con el numeral 1 del artículo 250 C. P., e incluso podría endilgarse una conducta punible más gravosa, como lo es el hurto calificado del artículo 240 C. P., cuando establece que “la conducta fuere realizada por el encargado de la custodia material de estos bienes, la pena se

incrementará de la sexta parte a la mitad”, sin embargo, mi criterio personal es que se configura el ilícito del abuso de confianza calificado y no el hurto calificado, bajo el entendido que cuando el notario le da la instrucción a un empleado o contratista, dichas funciones están contempladas contractualmente, el dinero que recauden por las tasas por servicios prestados, constituye un título no traslativo de dominio, como puede ser incluso un encargo fiduciario, dando lugar al abuso y no al hurto.

2.2.2.4. Responsabilidad penal en la escrituración.

La escrituración es sin duda, la función principal y más rentable del notariado colombiano por los intereses que se involucran en esa función, por ejemplo, en los contratos de compraventa de inmuebles, que deben cumplir el requisito de solemnidad de elevarse a escritura pública, también son susceptibles de ser sujetos de la suplantación personal o la falsedad material e ideológica de documento público, por ejemplo, ya sea porque la persona se identifica con un documento que no le corresponde o con uno falso, o no es el propietario del bien inmueble que se pretende vender. De otra parte, si el bien inmueble le pertenece a una sociedad comercial, puede ocurrir que el representante legal no tenga la autorización para la suscribir la escritura pública contentiva de la transacción societaria; situación similar sucede en la comunidad cuando el bien perteneciendo a varios comuneros, quien manifiesta tener poder para vender de los comuneros, los haya falsificado. También en materia inmobiliaria, suelen presentarse ventas de construcciones sin licencia de construcción, o sin la constitución de la propiedad horizontal, o un desenglobe indebido; para tal efecto, le corresponde a los notarios verificar la identidad de los comparecientes, su capacidad, las autorizaciones societarias, individualizar los inmuebles, sus gravámenes, sus limitaciones al dominio; en estos casos, de igual forma como se expresó en la autenticación, solo es dable endilgar una responsabilidad penal del notario, o a sus subalternos, si se comprueba el dolo o el pleno conocimiento de la conducta delictiva, tipificada en el artículo 286 del Estatuto Penal de falsedad ideológica en documento público.

Cabe recordar, la escrituración es susceptible de presentar errores, principalmente provenientes de las declaraciones contentivas en escrituras públicas de buena fe, susceptibles de ser aclaradas o adicionadas en escrituras públicas posteriores, siendo actuaciones notariales ajenas al dolo, donde prevalece la voluntad de las partes; lo cual opera en errores saneables para superar una nulidad relativa como pueden ser los vicios en el consentimiento. Ahora bien, si estamos frente a un objeto o causa ilícita, cuya consecuencia es la nulidad absoluta, en tal caso, debe abstenerse de celebrar el acto y advertir a las partes.

De otra parte, las escrituras públicas por medio de las cuales se liquidan la sociedad conyugal o la herencia yacente, también son susceptibles de la criminalidad, habida cuenta de la limitante de los notarios de solo estar facultados para determinar la voluntad de las partes en la escrituración, toda vez, que la resolución de los conflictos debe surtirse judicialmente, a los cuales les está prohibido objetar o hacer observaciones a las declaraciones que realicen las partes involucradas, que incluso logren claudicar el trámite notarial; en tal sentido, el notario y sus subalternos solo verificarán que el consentimiento esté libre de vicios como el de la fuerza, para evitar conductas punibles como el constreñimiento ilegal, previsto en el artículo 182 del Estatuto Penal, o el error y el dolo que puedan incluso tipificar una estafa, prevista en el artículo 246 ibidem, esta precaución del notario constituye prácticamente un imposible, cuando se acude por intermedio de apoderados judiciales o de representantes, donde no existe ningún contacto con las partes.

De igual forma, en estos trámites es dable el ocultamiento de bienes del haber conyugal o sucesoral, la estimación de avalúos que sobrepasan el justiprecio, la manifestación de no conocer la existencia de más herederos, la declaración de deudas inexistentes, o el alzamiento de bienes para defraudar a acreedores del artículo 253 del C. P., lo cual los notarios solo podrán contrarrestar con la idónea publicidad del trámite notarial, so pena de verse inmiscuido en un probable prevaricato por omisión del artículo 414 del C.P, en concurso con el delitos de prevaricato por acción del artículo 415 del C. P., al impartir fe pública en un acto contrario de derecho.

Finalmente, si el notario o sus subalternos son conocedores que la finalidad de la liquidación de gananciales o de la herencia yacente es para defraudar a terceros, la escritura pública que imparte, es el instrumento del engaño para obtener un provecho ilícito, en dicho caso, él y los subalternos que participen, se les podría endilgar la coautoría de estafa y del concierto para delinquir del artículo 340 C. P.

2.2.3 Responsabilidad disciplinaria de los notarios

Teniendo en cuenta que el único bien jurídico tutelado con el derecho disciplinario es el “deber funcional”, el ilícito disciplinario a diferencia del injusto penal, se tipifica a partir del incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria, es decir, la falta disciplinaria comporta el quebrantamiento sustancial de deberes, deberes definidos en el ordenamiento jurídico, y en que se basa el modelo de estado social y democrático de derecho.

De allí, que el principio de mayor raigambre en materia disciplinaria sea el principio de ilicitud sustancial (Artículo 9 de la ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 2 de la ley 2094 de 2021), según el cual, la conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna, siendo este la brújula para establecer cuándo un comportamiento del servidor público puede señalar que comete o no falta disciplinaria.

En tal sentido, el principio de ilicitud sustancial debe aplicarse desde su génesis por el operador disciplinario, es decir, desde que tenga conocimiento de una conducta o le corresponde evaluar una queja o información, toda vez, que derivado de dichos soportes se considere que la conducta descrita es sustancial, deberá adelantar el proceso disciplinario; por el contrario, si la conducta resulta irrelevante, el funcionario del caso se inhibirá de iniciar actuación alguna al tenor del artículo 209 de la Ley 1952 de 2019.

El nuevo Estatuto Disciplinario Ley 1952 de 2019, en su libro III, título II, contiene el régimen aplicable a los notarios como sujetos disciplinables dentro del régimen disciplinario especial de los particulares, ejercido por la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación.

De conformidad con el artículo 70 *ibidem*, establece que el régimen disciplinario se aplica a particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria, o que administren recursos públicos; entendiéndose por función pública, la prerrogativa del Estado atribuida a un particular por ley, acto administrativo, convenio o contrato, mediante el cual le confían la administración de recursos públicos que recaudan, custodian, liquidan o disponen para su uso de rentas de entidades públicas o de rentas parafiscales.

Ahora bien, es pertinente aclarar si los empleados o contratistas de las notarías son destinatarios de la ley disciplinaria, es decir, que puedan catalogarse como sujetos disciplinables, bajo el entendido de su contribución en el ejercicio de funciones públicas, de conformidad con el vínculo laboral o contractual que tengan con la notaría.

A diferencia de la responsabilidad penal, particularmente considero que no existe ningún atisbo de responsabilidad de los empleados y contratistas de la notaría, bajo el entendido que no cumplen funciones públicas, sino que colaboran en el cumplimiento de funciones administrativas, las cuales no son susceptibles de ser transferidas por medio de un contrato; para entender mejor esta afirmación es pertinente precisar los conceptos de función pública y función administrativa.

La percepción más aceptada doctrinariamente es que la función pública corresponde a las competencias y facultades otorgadas a los servidores públicos, por intermedio de la constitución, ley o actos administrativos; mientras que, la conceptualización más aceptada doctrinariamente de la función administrativa, es la confiada a la rama ejecutiva o al gobierno, subordinada al ordenamiento jurídico preexistente, sin que ello signifique que las funciones administrativas sean reservadas a esta rama del público, por medio de las cuales, las diferentes organizaciones públicas coadyuvan al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Conforme a lo expuesto, cuando se refiere al ejercicio de funciones públicas por parte de particulares en colaboración, lo correcto sería referirse al ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares en colaboración, es decir, la expresión correcta está contenida en el inciso segundo del artículo 210 superior y la incorrecta es la del inciso tercero del artículo 123 superior.

De la normatividad constitucional transcrita, se deduce que le queda reservada a la ley, el otorgamiento de funciones administrativas a particulares, a través de la figura de la descentralización por colaboración; toda vez que, de los artículos 10 y 16 de la Ley 489 de 1998, podemos establecer que son susceptibles de delegación entre autoridades administrativas las funciones públicas y mediante convenio, las funciones administrativas entre entidades públicas.

En una notaría solo el notario sería el detentador de funciones administrativas; no ejerce funciones públicas, luego la relación contractual que tenga con sus empleados o contratistas no lo faculta para descentralizar nuevamente sus funciones: todos sus trabajadores lo coadyuvaran para el pleno cumplimiento de las funciones administrativas, sin que esta colaboración pueda considerarse como el cumplimiento de funciones públicas que lo convertirían en sujeto disciplinable.

En caso, que un notario pretenda endilgar una falta disciplinaria a un trabajador, él o quien él delegue, sería el operador disciplinario e imperiosamente tendría que aplicar el mismo régimen, previsto para los trabajadores privados en el Código Sustantivo del Trabajo y reglamento interno.

Dejando claridad meridiana que el único sujeto disciplinable es el notario, y precisando que el operador disciplinario - juez natural es la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación, abordaré la tipicidad disciplinaria especial establecida en el artículo 77 de la Ley 1952 de 2019, aclarando que también es aplicable la normatividad disciplinaria del régimen de los particulares, que establece las siguientes faltas gravísimas:

1. Incumplir las obligaciones para con la Superintendencia de Notariado y Registro, Fondo Cuenta Especial de Notariado, la Administración de Impuestos Nacionales, las demás de carácter oficial y las entidades de seguridad o previsión social.

2. Ejercer la función por fuera del círculo notarial correspondiente, o permitir que se rompa la unidad operativa de la función notarial, estableciendo sitios de trabajo en oficinas de los usuarios.

3. Dar uso indebido o aprovecharse en su favor o en el de terceros de dineros, bienes o derechos negociables, que reciban de los usuarios del servicio, en depósito o para pagos con destinación específica.

4. La transgresión de las normas sobre inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses, previstos en la Constitución, la ley y decretos.

5. Celebrar convenios o contratos con los usuarios, o realizar conductas tendientes a establecer privilegios y preferencias ilegales en la prestación del servicio. Son preferencias ilegales, la omisión o inclusión defectuosa de los anexos ordenados por la ley, según la naturaleza de cada contrato, y el no dejar las constancias de ley, cuando el acto o contrato, contiene una causal de posible nulidad relativa o ineficacia.

Por su parte, el artículo 79 *ibidem*, enumera los deberes y prohibiciones de los notarios, cuyo incumplimiento, abuso o extralimitación constituyen faltas disciplinarias graves, entre las cuales figuran:

1. Les está prohibido a los notarios, emplear e insertar propaganda de índole comercial en documentos de la esencia de la función notarial, o utilizar incentivos de cualquier orden para estimular al público a demandar sus servicios, generando competencia desleal.

2. Es deber de los notarios, someter a reparto las minutas de las escrituras públicas correspondientes a los actos en los cuales intervengan todos los organismos administrativos del sector central, y del sector descentralizado territorial y por

servicios, para los efectos contemplados en el literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, cuando en el círculo de que se trate exista más de una notaría.

3. Es deber de los notarios no desatender las recomendaciones e instrucciones de la Superintendencia de Notariado y Registro, en lo relacionado con el desempeño de la función notarial y prestación del servicio, contenidas en los actos administrativos dictados dentro de la órbita de su competencia.

4. Los demás deberes y prohibiciones previstos en el Decreto-Ley 960 de 1970, su Decreto Reglamentario número 2148 de 1983 y las normas especiales de que trata la función notarial.

Se hace salvedad que para los notarios no hay tipicidad especial de faltas leves, incurriría en ellas en el marco del régimen de particulares.

De otra parte, el Decreto 1069 de 2015 en su artículo 2.2.6.1.6.1.6, establece otras faltas disciplinarias que son:

a) Por las sumas que deba recaudar y aportar con destino a la Superintendencia de Notariado y Registro, al fondo cuenta especial del notariado y demás entidades oficiales por la prestación de los servicios notariales, según el caso;

b) Por las cuotas y los aportes que por ley deba pagar por él y por sus empleados a las instituciones de seguridad social, y demás entidades oficiales;

c) Por los depósitos en dinero que los otorgantes constituyan en su poder para el pago de impuestos o contribuciones;

d) Por los depósitos en dinero, títulos de crédito, efectos negociables, valores o documentos que los otorgantes constituyan en su poder para la seguridad, garantía o

cumplimiento de las obligaciones surgidas de los actos o contratos contenidos en escrituras otorgadas ante él, y

e) Por no adherir ni anular el timbre correspondiente en la oportunidad legal.

Finalmente, las sanciones disciplinarias previstas para los notarios serían:

La destitución e inhabilidad no inferior a 5 años y superior a 20 años, para el caso de faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima; la suspensión no inferior a un mes ni superior a 48 meses en el ejercicio del cargo, para las faltas graves realizadas con dolo o culpa y las gravísimas diferentes a las anteriores; y la multa de 10 a 180 salarios mínimos mensuales vigentes para faltas leves dolosas.

2.2.4. Responsabilidad fiscal de los notarios

Los notarios en ejercicio de la función notarial, en algunos actos notariales tienen el deber legal de efectuar el recaudo de impuestos, verbi-gracia, la retención en la fuente del impuesto de renta, del impuesto de timbre y del impuesto sobre las ventas IVA; de conformidad con el artículo 518 del Estatuto Tributario Nacional cuya abreviatura será E. T., que cataloga como agentes de retención a las notarías en primer lugar, abordaré las responsabilidades de los notarios en cuanto a los deberes fiscales y las sanciones relacionadas por el no pago de la retención, previstas en el Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario Nacional como situaciones tipificadas que materializan la responsabilidad fiscal, entre las cuales tenemos:

- La autorización de escrituras públicas sin demostrar la cancelación del impuesto retenido, lo cual acarreará la multa equivalente al doble del valor que debió cancelar (Art. 672 E. T.).
- La autorización de escrituras públicas de compraventa de inmuebles financiados con contratos de mutuo suscritos con entidades financieras, donde el valor del préstamo es inferior al 70% del precio del inmueble fijado en el instrumento notarial, acarreará la multa del 5% del precio mínimo que debió contemplarse en el instrumento (Artículos 278 y 673 E. T.).

Igualmente, de conformidad con la obligación contenida en el artículo 2.2.6.1.6.1.8. del Decreto 1069 de 2015, le corresponde a los notarios mensualmente rendir informe sobre número de escrituras autorizadas a la Superintendencia de Notariado y Registro y al Fondo Cuenta Especial del Notariado, con el fin de que estas entidades conozcan sus ingresos y egresos y pueda determinarse sus obligaciones fiscales, ahora bien, en el evento que sea una notaría beneficiaria del subsidio, el incumplimiento de esta obligación respecto al Fondo Cuenta Especial del Notariado, le hará perder su pago (Artículo 2.2.6.1.6.1.9 del Decreto 1069 de 2015).

En cuanto al impuesto de timbre de conformidad con el artículo 519 E. T., modificado por el artículo 77 de la Ley 2277 del 2022, le corresponde al notario hacer la retención en la escrituración de la compraventa de bienes inmuebles por valor igual o superior a 20 mil UVT, salvo las que hayan sido extendidas por el Fondo Nacional del Ahorro a sus usuarios en materia de vivienda artículo 530 E. T., y expedir el correspondiente certificado de retención artículo 539 – 2 E. T., siendo el notario el único responsable y titular de la sanción por el incumplimiento de la retención, o la consignación de lo retenido según (artículo 547 E. T).

Referente al impuesto sobre las ventas IVA, el artículo 420 E. T., establece que se aplica en la venta de bienes inmuebles residenciales, que no puedan ser considerados activos fijos y la prestación de servicios en el territorio nacional, si los servicios prestados se relacionan con bienes inmuebles, se entenderán prestados en el lugar de su ubicación, causándose desde el pago o abono en cuenta, (artículo 429 literal c E. T.), siendo este el momento en que debe hacerse la retención.

El impuesto sobre las ventas retenido, deberá declararse en el mismo formulario que establezca la DIAN para los impuestos de renta y timbre, en los plazos que señale el gobierno nacional, es decir, mensualmente, artículos 603 y 604 E. T., y el notario será el único responsable por la retención y declaración en los términos prescritos, tales como, si no los consigna causará intereses moratorios por cada día calendario de retardo (artículo 634 E. T.), sin perjuicio de las consecuencias penales y disciplinarias ya abordadas.

De igual forma, dentro de los 10 días siguientes a cada bimestre, los notarios tendrán la obligación de expedir un certificado a solicitud del beneficiario del pago, salvo que en el documento que ordena el reconocimiento del pago, quede discriminado el valor del impuesto sobre las ventas retenido, o que por el concepto o cuantía mínima no esté sometido a la retención por el impuesto sobre las ventas, parágrafo 2 del artículo 615 y artículo 615 -1 E. T.; so pena, de ser sancionado con un 5% del valor de los pagos de impuestos retenidos que debió certificar.

Se hace claridad que hay ciertos actos notariales que afectan los atributos de la personalidad jurídica, que en principio deben ser gratuitos, tales como, los documentos o certificados del Registro Civil (artículo 18 del Decreto 2076 de 2022), sin embargo, cuando excepcionalmente deban ser elevados a escritura pública, tales como, los matrimonios, el cambio de nombre, las correcciones y modificaciones del registro civil de nacimiento, y por lo tanto, también serían susceptibles de los tributos que acarrea la escrituración.

En todas las funciones administrativas desplegadas por los notarios, sean protocolarios o no, sean con o sin cuantía, deben respetarse las tarifas fijadas por la Superintendencia de Notariado y Registro, por medio de la Resolución 858 del 2018, las cuales sirven de base gravable para la liquidación de los tributos a cargo.

Cabe recordar, que existe una tributación especial de las notarías para la administración de justicia, llamada aporte especial para la administración de justicia establecido por el artículo 135 de la Ley 6 de 1992, modificado por el artículo 363 de la Ley 1819 de 2016, correspondiente al 12.5% de los ingresos brutos de las notarías por todo concepto, sin que pueda trasladar ese aporte a los usuarios; el mismo no aplica a las notarías que reciben subsidio por insuficiencia de ingresos.

Finalmente, se destaca que el control fiscal a las notarías entendido el control fiscal, como aquella función pública que vigila y controla la destinación de los recursos públicos, es competencia de la Superintendencia de Notariado y Registro, desde que fue organizada por el Decreto 3346 de 1959, que en su artículo 13 la dotó de una sección

fiscal, encargada de controlar el ejercicio arancelario y la actividad fiscal de las notarías y oficinas de registro, actualmente asignada a la Superintendencia Delegada para el Notariado por mandato del Decreto 2723 de 2014, siendo ajeno el control fiscal de las notarías a la órbita funcional de la Contraloría General de la República.

2.2.5. Responsabilidad administrativa de los notarios

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 1437 del 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -cuya abreviatura es CPACA-, a los notarios se les consideran autoridades administrativas debido a su naturaleza de ser particulares que cumplen funciones administrativas, en tal sentido, las normas de la parte primera, es decir, las del Código de Procedimiento Administrativo, que corresponde a los primeros 102 artículos, son aplicables a las actuaciones administrativas adelantadas ante las notarías, pero en forma supletiva, es decir, prevalecen la normatividad especial que regule las funciones administrativas y ante sus vacíos se aplicarían las del procedimiento administrativo general, inciso 3 del artículo 2 y artículo 34 del CPACA.

En tal sentido, por ejemplo, si un notario recepciona una petición de cualquier índole: verbal, física o por medios electrónicos, lo primero que deberá determinar es si en la actuación administrativa que se inicia hay regulación normativa especial aplicable, la cual prevalecerá; y si en su defecto no existe, entenderá que es un derecho de petición y cumplirá con lo preceptuado en los artículos 13 y ss del CPACA, que fueron sustituidos por el artículo 1 de la Ley estatutaria 1755 de 2015, y el lineamiento jurisprudencial sería la sentencia de constitucionalidad de control previo C – 951 del 2014 de la Honorable Corte Constitucional, con el fin de garantizarle el núcleo esencial del derecho fundamental de petición al peticionario.

A continuación, relaciono algunas de las obligaciones administrativas que a mi juicio son relevantes, pertinentes y procedentes -impuestas a los notarios de acuerdo el CPACA- en pro del buen cumplimiento de la función notarial en nuestro país:

- La atención especial y preferente a personas en estado de indefensión o debilidad manifiesta, artículo 5 numeral 6 del CPACA.
- A que se le exija el cumplimiento de sus funciones administrativas, artículo 5 numeral 7 del CPACA.
- A que se le formulen alegaciones y aportan elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés el usuario, artículo 5 numeral 8 del CPACA.
- A garantizar la atención personal al público como mínimo 40 horas a la semana, artículo 7 numeral 2 del CPACA.
- A brindar atención a todas las personas que hubieren ingresado a las instalaciones en el horario de atención, artículo 7 numeral 3 del CPACA.
- A establecer un sistema de turnos, basado en el servicio y la tecnología, artículo 7 numeral 4 del CPACA.
- A expedir y hacer visible una carta de trato digno al usuario, artículo 7 numeral 5 del CPACA.
- A habilitar espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, artículo 7 numeral 9 del CPACA.
- A mantener a disposición del público la información de mayor interés de los usuarios referentes a sus competencias y servicios, artículo 8 del CPACA.
- No podrá exigir la presentación personal de peticiones cuando la ley no lo exija, artículo 9 numeral 3 del CPACA.
- No podrá exigir constancias, documentos o certificaciones que reposen en la notaría, artículo 9 numeral 4 del CPACA.
- No podrá exigir documentos o requisitos adicionales a los establecidos en las normas que regulan los servicios notariales,

artículo 9 numeral 5 del CPACA.

- No podrá asignar la atención ciudadana a personas no capacitadas para ello, artículo 9 numeral 7 del CPACA.
- Dilatar o entorpecer el cumplimiento de providencias judiciales, artículo 9 numeral 12 del CPACA.
- Cumplir con el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia unificada, artículo 10 del CPACA.
- Someterse al régimen de conflicto de intereses y causales de impedimento y recusación, previsto en el artículo 11 del CPACA.
- Cumplir con el deber de formación y examen de expedientes, previsto en el artículo 36 del CPACA.
- Cumplir con el deber de comunicar a terceros determinados y no determinados las actuaciones administrativas en los que puedan resultar afectados, artículo 37 del CPACA.
- Evaluar la intervención de terceros en las actuaciones administrativas de su competencia, artículo 37 del CPACA.
- Someterse al procedimiento de solución de conflictos de competencia administrativa, artículo 39 del CPACA.
- Corregir las irregularidades que se presenten durante las actuaciones administrativas, para subsanarlas y concluir las a feliz término, artículo 41 del CPACA.
- Cumplir con las consultas previas y obligatorias que exige la ley, antes de tomar la decisión administrativa, artículo 46 del CPACA.
- Aplicar en concordancia con los lineamientos de la Superintendencia de Notariado y Registro, los medios electrónicos en cumplimiento de las actuaciones administrativas, previstos en los artículos 53 al 64 del CPACA.

- Cumplir con el principio de publicidad previsto para los actos administrativos, contemplado en los artículos 65 al 73 del CPACA.
- Adelantar en cuanto sea procedente el recurso de reposición, en los términos de los artículos 74 al 82 del CPACA.
- Declarar en cuanto sea procedente el silencio administrativo, y protocolizar el procedimiento administrativo positivo, de conformidad con los artículos 83 al 86 del CPACA.
- Aplicar en cuanto sea procedente la revocatoria de actos administrativos, prevista en los artículos del artículo 93 al 97 del CPACA.
- Extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, y las de control de constitucionalidad, donde se haya reconocido un derecho, a los usuarios que demuestren las mismas situaciones fácticas y jurídicas.

Las notarías son incompetentes para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 al 52 del CPACA), y el proceso de cobro coactivo (artículos 98 al 101 del CPACA), los cuales están reservados para las entidades públicas.



• Capítulo 3

Las funciones de los
notarios colombianos

Las funciones de los notarios colombianos

Las funciones notariales están reguladas principalmente por el Decreto 960 de 1970 Estatuto Notarial, y el Decreto 1260 de 1970 Estatuto del Registro del Estado Civil, también se encuentran otras normas del Código Civil y Código de Comercio, Ley 29 de 1973, Decreto 2148 de 1983, Decreto 902 de 1988, Decreto 1069 de 2015, artículo 617 del Código General del Proceso, artículo 85 del CPACA, artículo 16 de la Ley 1996 de 2019, entre otras normas.

De conformidad con la legislación expuesta, los notarios son particulares a los cuales se les asignó el cumplimiento de funciones administrativas y jurisdiccionales, encomendadas bajo la figura de la descentralización por colaboración por el Estado. La Corte Constitucional en la Sentencia C – 1508/2000, catalogó como notas distintivas de la actividad notarial las siguientes:

- Un servicio público.
- De carácter testimonial.
- Que apareja el ejercicio de una función pública.
- A cargo normalmente de particulares, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración.
- A los cuales le otorga la condición de particulares.

En la Sentencia C – 029 de 2019, establece las siguientes características de la función notarial:

- Es un servicio público.
- A cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración.
- Que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública.
- Que para estos efectos se encuentran investido de autoridad.
- Sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico.

De otra parte, doctrinariamente se han clasificado la función notarial en la función fedante, y en la función de jurisdicción voluntaria, al respecto, se abarcará el componente funcional de los notarios desde sus características y clasificación.

3.1. La actividad notarial como servicio público

Para el constituyente de 1991, la actividad prestada por los notarios y registradores es un servicio público, tal y como se expresó en el artículo 131 superior. Posteriormente, en el artículo 365 superior, establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado; y que serán prestados al régimen jurídico que fije la ley, los cuales podrán ser prestados por el Estado, comunidades organizadas, o por particulares.

Sin embargo, en anteriores apartes abordé los fundamentos jurídicos para considerar que los notarios colombianos cumplen funciones administrativas, en tal sentido, cobra importancia discernir entre servicio público y función administrativa, para reafirmar porque no comulgo con esta característica dada por la Corte Constitucional.

Para lograr el objetivo del discernimiento de estos dos conceptos, abordaré las diversas posturas que a nivel jurisprudencial y doctrinal se han expuesto, aunado a que el término función pública, sirve para entender la relación semántica entre función administrativa y servicio público, por lo tanto, se articularán los tres términos.

En cuanto al término de función pública, tiene dos acepciones, el primero relacionado con el contenido funcional del empleo público, y el otro derivado del ejercicio del poder estatal en sentido amplio. Ahora bien, en cuanto a los otros dos términos de función administrativa y servicio público, cabe recordar, que a finales del siglo pasado la jurisprudencia de la Corte Constitucional equipara estos dos conceptos en sentencias de tutela contra empresas de servicios públicos, en interpretación del artículo 365 de la Constitución Política.

Relacionando la jurisprudencia constitucional de estos términos con la función notarial, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 574 del 2003, al evaluar la constitucionalidad del artículo 112 de la Ley 788

del 2002, se desestimaron los cargos del actor de violación del principio de igualdad al obligarse a abrir una cuenta única notarial, obligación ajena al resto de prestadores particulares de servicios públicos; deber que consideró exequible bajo las perspectivas que los notarios además de prestar servicios públicos cumplen funciones públicas -que en mi concepto particular- corresponde es a funciones administrativas.

Igual posición sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C – 368 del 2011, igualmente cuando desestimó los cargos que endilgaban la constitucionalidad de los artículos 1, 3 y 5 de la Ley 1394 de 2010, bajo el entendido que la administración de justicia es un servicio público y una función pública. De igual forma, en la Sentencia C – 037 de 2003, avaló la exequibilidad del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, en los eventos que el contratista interventor quedaba investido de una función pública, de quienes prestan un servicio público, y de quienes deben ejercer una función pública asignada por el legislador, como requisitos para ser sujetos disciplinables.

En la Sentencia C – 185 del 2019, en el numeral 6.9, la Corte Constitucional manifiesta que los servicios públicos no constituyen el ejercicio de una función pública, y advierte que los artículos 122 y 365 de la Constitución contemplan la separación de los conceptos, en el marco de la declaratoria de exequibilidad del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, respecto de la naturaleza de las actividades realizadas por las madres comunitarias.

Conforme los antecedentes jurisprudenciales expuestos, puedo afirmar que la Corte Constitucional distingue los conceptos de función pública y servicio público, cuyo discernimiento radica en que la función pública implica el ejercicio de la autoridad del Estado, mientras que el servicio público consiste esencialmente prestaciones a los particulares.

Particularmente, considero que en sentido amplio nominan algunas funciones administrativas del Estado como servicios públicos, tal y como se observa en el artículo 131 superior, empero en sentido estricto, son figuras jurídicas diferentes, siendo la función administrativa la que es desarrollada por los notarios.

Por lo tanto, se hace necesario acudir a la interpretación teleológica del artículo 131 superior, toda vez, que su simple lectura queda corta frente al debate suscitado al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde hubo tres posturas diferentes, a saber:

- Los que pretendían que la función notarial colombiana abandonará el modelo latino, y adoptará el modelo anglosajón, es decir, que la función fedante dejará de prestarse bajo la égida del Estado y que los abogados con reconocida credibilidad pudieran cumplirla en determinados hechos y autenticación de documentos.
- Los que pretendían la estatización de la función notarial, dándole la calidad a los notarios de servidores públicos.
- Los que pretendían mantener el *statu quo* de la Constitución de 1886, en que fueran funciones públicas prestadas por particulares, bajo la figura de la descentralización por colaboración.

En el debate constituyente triunfó el modelo latino por su desarrollo satisfactorio en el país, lo cual ocasionó que se rechazaran el modelo anglosajón y la estatización de la función notarial, haciendo tan solo unos ajustes al modelo latino adoptado por la Constitución de 1886.

3.2. La función notarial de carácter testimonial

La función notarial de carácter testimonial es la misma función fedante, que corresponde al ejercicio de la fe notarial, que enviste de valor jurídico y de validez probatoria a los actos, hechos y declaraciones surtidas ante su presencia.

El artículo 1 del Decreto 2148 de 1993 establece que “El notariado es un servicio público e implica el ejercicio de la fe notarial”, y los numerales 3, 4, 5 y 8 del Decreto 960 de 1970, contemplan funciones fedantes de los notarios colombianos.

La fe pública como se abordó en el contexto histórico, desde su génesis en el derecho romano, solemnizando los actos de las partes para impartirle autenticidad, es decir, otorgarles presunción de legalidad y

servir como medio probatorio, en tal sentido, la función fedante tiene una doble connotación: en primer lugar dar fe pública de los hechos que directamente observa y en segundo lugar, investir de autenticidad y credibilidad a las declaraciones que las partes hagan en instrumentos públicos, que cobran fuerza probatoria en pro de la seguridad jurídica.

La función fedante es una función pública básica, adoptada por el modelo latino imperante en nuestro país, descentralizada por el Estado a los particulares notarios, la cual es de interés general. Cabe recordar, que la figura de la descentralización por colaboración, permite que una función de naturaleza estatal sea atribuida a unos particulares notarios, que solo podrán impartir fe pública al haber sido investidos por el Estado para tal fin; el resto de afirmaciones otorgadas por particulares tendrán solo el carácter de testimonio, que tendrán carácter probatorio en la medida que sean controvertidas en el juicio de valor que haga la autoridad administrativa o judicial, sin que bajo ninguna circunstancia los documentos por ellos reconocidos adquieran el carácter de auténticos.

En tal sentido, esta función de dar fe es eminentemente de interés general, habida cuenta, que la presunción de veracidad impartida por el notario a hechos, documentos y actos, genera seguridad jurídica y confianza legítima a los actos jurídicos dentro de la sociedad, lo cual permite que exista un desenvolvimiento social de las personas.

Algunos doctrinantes consideran que los notarios ejercen una actividad previa y complementaria de los jueces, en la medida que la función fedante es una administración de justicia preventiva, que evita litigios judiciales al disminuir la incertidumbre de documentos y contratos a los cuales le ha impartido autenticidad; tal y como lo expresó el maestro Francisco Carnelutti en 1993 en su obra “La figura jurídica del Notario” al manifestar: “Cuanto más notario, menos juez; cuanto más consejos del notario, cuanta más cultura del notario, cuanto más conciencia del notario, tanta menos posibilidades de litis”, aunado a las funciones jurisdiccionales otorgadas a los notarios que abordaré al final del capítulo.

Allí es cuando cobra vigencia su función administrativa de autenticar, verbigracia, en el reconocimiento de un documento privado, el notario dejará constancia de los comparecientes sobre la veracidad del documento, pudiendo usar el sello que contenga dicha declaración, lo cual deberá estamparlo en todas las hojas con su correspondiente rúbrica, tal y como lo establece el artículo 2.2.6.1.2.4.1. del Decreto 1069 de 2015. Igualmente, sucede en las autenticaciones de copias en las cuales puede llevarse a cabo directamente o mediante sellos; en ambos casos deberá constar que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista, tal y como lo expresa el artículo 2.2.6.1.2.5.1. del Decreto 1069 de 2015. Finalmente, en lo referente a las autenticaciones de copias mecánicas o literal tomado de una copia se dejará constancia que es copia de copia, o copia de copia autenticada (Artículo 2.2.6.1.2.5.2. del Decreto 1069 de 2015).

De igual manera, opera la función fedante, cuando se certifique la comparecencia de una persona para suscribir una escritura prometida, la cual podrá hacerse mediante acta o escritura pública a su elección, certificando también los documentos presentados. (Artículo 2.2.6.1.2.9.1. del Decreto 1069 de 2015).

La función fedante se materializa principalmente en la escrituración, el cual según el Estatuto Notarial se cumple en 4 etapas: la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización, siendo este último paso en el cual el notario otorga fe pública a este instrumento notarial; en tal sentido, el instrumento notarial – escritura pública y la fe pública son inescindibles para efectos de la eficacia probatoria del acto protocolario.

En tal caso, históricamente a través del ordenamiento jurídico se le ha ido otorgando la solemnidad de la escrituración a ciertos actos y contratos jurídicos, so pena de su inexistencia o nulidad absoluta, entre los cuales tenemos:

- La compraventa de bienes inmuebles, servidumbre y sucesión hereditaria (Artículo 1857 del Código Civil).
- Los actos y contratos que afecten el dominio o constituyan derechos reales sobre naves y aeronaves (Artículo 1427 del Código de Comercio).

- El pacto de retroventa (Artículo 1940 del Código Civil).
- La división de la comunidad que recaiga sobre bienes inmuebles (Artículo 35 de la Ley 57 de 1887, inciso 2).
- La hipoteca de bienes inmuebles abiertas con o sin límite de cuantía (Artículo 2434 del Código Civil, artículos 2.2.6.13.2.6.1. y 2.2.6.13.2.6.2. del Decreto 1069 de 2015).
- La hipoteca de embarcaciones mayores y menores dedicadas a la pesquería, investigación científica o recreo (Artículo 1571 del Código de Comercio).
- La hipoteca de aeronaves matriculadas en Colombia (Artículo 1904 del Código de Comercio).
- La cancelación de la hipoteca autorizada en notaria distinta a la que se constituyó (Artículo 91 del Decreto 19 de 20129).
- La división de la hipoteca sobre edificios y conjuntos sometidos al régimen de la propiedad horizontal (Artículo 17 de la Ley 675 de 2001).
- La cancelación de hipoteca sobre el bien inmueble de mayor extensión que se sometió el régimen de propiedad horizontal (Artículo 2.2.6.15.2.7.4. del Decreto 1664 de 2015).
- El derecho de usufructo (Artículo 826 del Código Civil).
- La donación de inmuebles (Artículo 1457 del Código Civil).
- Las donaciones que superen los 50 s.m.l.m.v. (Artículo 1458 del Código Civil).
- Las promesas de los esposos o de un tercero a uno de los esposos antes del matrimonio (Artículo 1843 del Código Civil).
- El matrimonio civil (Artículo 115 del Código Civil, artículo 5 del Decreto 2668 de 1988, Artículo 2.2.6.13.2.2.3. del Decreto 1069 de 2015).
- Las capitulaciones matrimoniales (Artículo 1772 del Código Civil, (Artículo 2.2.6.13.2.2.2. del Decreto 1069 de 2015).
- El divorcio por mutuo acuerdo (Artículo 34 de la Ley 962 de 2005, artículo 1 del Decreto 4436 de 2005, artículo 2.2.6.8.1. del Decreto 1069 de 2015).
- El pacto de retroventa (Artículo 1940 del Código Civil).
- La división de la comunidad que recaiga sobre bienes inmuebles (Artículo 35 de la Ley 57 de 1887, inciso 2).
- La hipoteca de bienes inmuebles abiertas con o sin límite de cuantía (Artículo 2434 del Código Civil, artículos 2.2.6.13.2.6.1. y 2.2.6.13.2.6.2. del Decreto 1069 de 2015).

- La hipoteca de embarcaciones mayores y menores dedicadas a la pesquería, investigación científica o recreo (Artículo 1571 del Código de Comercio).
- La hipoteca de aeronaves matriculadas en Colombia (Artículo 1904 del Código de Comercio).
- La cancelación de la hipoteca autorizada en notaria distinta a la que se constituyó (Artículo 91 del Decreto 19 de 20129).
- La división de la hipoteca sobre edificios y conjuntos sometidos al régimen de la propiedad horizontal (Artículo 17 de la Ley 675 de 2001).
- La cancelación de hipoteca sobre el bien inmueble de mayor extensión que se sometió el régimen de propiedad horizontal (Artículo 2.2.6.15.2.7.4. del Decreto 1664 de 2015).
- El derecho de usufructo (Artículo 826 del Código Civil).
- La donación de inmuebles (Artículo 1457 del Código Civil).
- Las donaciones que superen los 50 s.m.l.m.v. (Artículo 1458 del Código Civil).
- Las promesas de los esposos o de un tercero a uno de los esposos antes del matrimonio (Artículo 1843 del Código Civil).
- El matrimonio civil (Artículo 115 del Código Civil, artículo 5 del Decreto 2668 de 1988, Artículo 2.2.6.13.2.2.3. del Decreto 1069 de 2015).
- Las capitulaciones matrimoniales (Artículo 1772 del Código Civil, (Artículo 2.2.6.13.2.2.2. del Decreto 1069 de 2015).
- El divorcio por mutuo acuerdo (Artículo 34 de la Ley 962 de 2005, artículo 1 del Decreto 4436 de 2005, artículo 2.2.6.8.1. del Decreto 1069 de 2015).
- La revocatoria del testamento (Artículo 2.2.6.1.2.3.2. del Decreto 1069 de 2015)
- La liquidación de herencias (Decreto 902 de 1988).
- La protocolización del proceso judicial de sucesión (Artículo 2.2.6.13.2.2.6. del Decreto 1069 de 2015).
- La liquidación por mutuo acuerdo de sociedades conyugales (Artículo 1820 numeral 5 del Código Civil, Decreto 902 de 1988, artículo 2.2.6.13.2.2.4. del Decreto 1069 de 2015).
- La subrogación de bienes inmuebles propios de la sociedad conyugal (Artículo 1789 del Código Civil).
- El cambio de nombre (Artículo 94 del Decreto 1260 de 1970).
- La modificación de registro civil (Artículo 95 del Decreto 1260 de 1970).

- La corrección de los errores del registro civil (2.2.6.15.2.9.4. del Decreto 1664 de 2015).
- La constitución de sociedades comerciales (Artículo 110 del Código de Comercio, artículo 2.2.6.13.2.3.1. del Decreto 1069 de 2015).
- Las modificaciones estatutarias de sociedades comerciales (Artículos 113 y 158 del Código de Comercio, artículo 2.2.6.13.2.3.1. numeral a) del Decreto 1069 de 2015).
- La disolución anticipada, la fusión, transformación y restitución de aportes en sociedades comerciales (Artículos 162, 168 y 177 del Código de Comercio, artículo 2.2.6.13.2.3.1. numeral c) del Decreto 1069 de 2015).
- El acuerdo de escisión de una sociedad comercial (Artículo 8 de la ley 222 de 1995, artículo 2.2.6.13.2.3.1. numeral d) del Decreto 1069 de 2015).
- El cambio de razón social de una sociedad comercial (Artículo 2.2.6.13.2.3.1. numeral e) del Decreto 1069 de 2015).
- El cambio de domicilio de la sociedad comercial fuera de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de origen (Artículo 154 del Decreto 19 de 2012).
- La liquidación de una sociedad comercial (Artículo 2.2.6.13.2.3.1. literal f del Decreto 1069 de 2015).
- La constitución y reformas estatutarias de Empresas Industriales y Comerciales del Estado (Artículo 2.2.6.13.2.3.2. del Decreto 1069 de 2015).
- La constitución y reformas estatutarias de Sociedades de Economía Mixta (Artículo 2.2.6.13.2.3.3. del Decreto 1069 de 2015).
- La Fiducia mercantil entre vivos (Artículo 1228 del Código de Comercio, artículo 2.2.6.13.2.4.1. del Decreto 1069 de 2015).
- La Fiducia en garantía (Artículo 2.2.6.13.2.4.2. del Decreto 1069 de 2015).
- La Fiducia en administración (Artículo 2.2.6.13.2.4.3. del Decreto 1069 de 2015).
- La transferencia de dominio a título de leasing habitacional una vez se ejerza la opción de compra y se pague (Artículo 2.28.1.3.7 del Decreto 2555 de 2010, artículo 2.2.6.13.2.5.1. del Decreto 1069 de 2015).
- El poder general (Artículo 74, inciso 1 del Código General del Proceso).

- La revocatoria del poder general en notaria distinta a la que se constituyó (Artículo 89 del Decreto 19 de 2012).
- La protocolización del silencio administrativo positivo (Artículo 85 de la ley 1437 de 2011).
- La permuta que recaer sobre uno o ambos bienes son inmuebles, y los derechos de sucesión hereditaria (Artículo 1956 del Código Civil).
- El contrato de renta vitalicia (Artículo 2292 del Código Civil).
- La constitución del fideicomiso civil (Artículo 796 del Código Civil).
- La constitución del patrimonio de familia por ministerio de la ley (Artículo 60 de la Ley 9 de 1989)
- La constitución del patrimonio de familia de forma voluntaria (Artículo 1 del Decreto 2817 de 2006, artículo 2.2.6.9.1. del Decreto 1069 de 2015).
- La escritura pública de sustitución y cancelación de patrimonio de familia inembargable (Artículo 88 del Decreto 19 de 2012 y 2.2.6.15.2.10.1. del Decreto 1664 de 2015).
- El sometimiento al régimen de propiedad horizontal (Artículo 4 de la Ley 675 de 2001).
- La escritura pública que integra la última etapa al régimen de propiedad horizontal (Artículo 7 inciso 3 de la Ley 675 de 2001).
- La extinción de la propiedad horizontal. (Artículo 8 inciso 1 y 10 de la Ley 675 de 2001).
- La desafectación de bienes comunes no esenciales de una propiedad horizontal (Artículo 21 de la Ley 675 de 2001).
- La constitución del censo (Artículo 106 de la Ley 153 de 1887).
- La anticresis (Artículo 2460 del Código Civil)
- La conversión de clubes deportivos profesionales a sociedades anónimas (Artículo 5 numerales 5 y 7 de la Ley 1445 de 2011).
- Los acuerdos de apoyo para el ejercicio de la capacidad legal, de las personas en situación de discapacidad mayores de edad (Artículo 16 de la Ley 1996 de 2019).
- La autorización para enajenas bienes o cuotas partes de estos cuya propiedad sea de menores de edad o de incapaces mayores de edad (Artículo 2.2.6.15.2.1.1. del Decreto 1664 de 2015).
- La declaración de mera ausencia de una persona que haya desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero (Artículo

- 2.2.6.15.2.2.1. del Decreto 1664 de 2015).
- El inventario de bienes del menor (Artículo 2.2.6.13.2.2.1. del Decreto 1069 de 2015).
 - El inventario solemne de bienes propios o de la inexistencia de bienes propios de menores bajo patria potestad, o mayores en situación de discapacidad, en los casos de matrimonio, declaratoria de unión marital de hecho o sociedad patrimonial de hecho de uno de los padres (Artículo 2.2.6.15.2.3.1. del Decreto 1664 de 2015, artículo 2.2.6.10.1. del Decreto 1069 de 2015).
 - La custodia o regulación de visitas acordada por mutuo acuerdo de los padres de hijos menores o mayores en situación de discapacidad ((Artículo 2.2.6.15.2.4.1. del Decreto 1664 de 2015).
 - La declaratoria de existencia de unión marital de hecho (Artículos 2.2.6.15.2.5.1. y 2.2.6.15.2.5.9. del Decreto 1664 de 2015).
 - La declaración de cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho (Artículos 2.2.6.15.2.5.3. y 2.2.6.15.2.5.9. del Decreto 1664 de 2015).
 - La declaración de constitución de sociedad patrimonial de hecho (Artículos 2.2.6.15.2.5.6. y 2.2.6.15.2.5.9. del Decreto 1664 de 2015).
 - La declaración de bienes de la sociedad patrimonial de hecho que ingresan a la sociedad conyugal (Artículo 2.2.6.15.2.6.1. del Decreto 1664 de 2015).
 - La partición de patrimonio en vida, previa licencia judicial (2.2.6.15.2.11.1. del Decreto 1664 de 2015, artículo 487 párrafo de la Ley 1564 de 2012).
 - La emancipación voluntaria (Artículo 313 del Código Civil).
 - La legitimación de hijos por matrimonio posterior (Artículo 239 del Código Civil).
 - El reconocimiento de hijos (Artículo 1 numeral 2 de la Ley 75 de 1968).
 - La afectación a vivienda familiar (Artículo 2 de la Ley 258 de 1996).
 - La segregación de inmuebles (Artículo 2.2.6.1.2.1.11. del Decreto 1069 de 2015).
 - El englobamiento de dos o más predios (Artículo 2.2.6.1.2.1.12. del Decreto 1069 de 2015).

- La copia sustitutiva de la primera copia que presta mérito ejecutivo (Artículo 2.2.6.1.2.6.2. del Decreto 1069 de 2015).
- La certificación de la comparecencia de una escritura prometida a solicitud del interesado (Artículo 2.2.6.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015).
- La escritura pública que aclare, modifique, adicione o afecte el sentido del contenido de otra que no repose en su protocolo (Artículo 2.2.6.1.8.1. del Decreto 1069 de 2015).
- La escritura pública de identificación del predio que haya realizado con plano expedido por la autoridad catastral (Artículo 2.2.6.1.11.3. del Decreto 1069 de 2015).
- La escritura pública de corrección de errores en la identificación de inmuebles o de personas (Artículo 2.2.6.1. 3.2.2. del Decreto 1069 de 2015).
- La escritura pública de declaratoria de posesión regular (Artículo 2.2.6.1. del Decreto 1069 de 2015).
- La corrección del componente sexo en el Registro Civil de Nacimiento (Artículo 2.2.6.12.4.7. del Decreto 1069 de 2015).

Para la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia No. 34718 del 16 de marzo de 2011, conceptuó la fe pública en los siguientes términos: “La fe pública es la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medios de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes. Precisamente, con los documentos se acredita algo y facilitan las relaciones entre los asociados, por ello, a algunos se les da una connotación especial para garantizar tal crédito”.

En tal sentido, el perfeccionamiento o solemnidad de los documentos públicos es lo que permite el otorgamiento de la fe pública, que reviste de autenticidad los actos protocolarios y, por ende, de fuerza probatoria que constituye una institución jurídica.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 16678 del 14 de febrero de 2000, estableció que la autorización y la protocolización de una escritura pública son concomitantes, la autorización se cumple con la suscripción que hace el notario del instrumento con su rúbrica con lo cual le imprime fe pública, mientras que la protocolización es la radicación del instrumento en el Libro de Relación, de otra parte, la

firma, numeración y fechada de la escritura pública deberá hacerse en el mismo acto (Artículo 2.2.6.1.2.1.2. del Decreto 1069 de 2015). Sin embargo, en el evento que uno de los otorgantes no haya suscrito la escritura pública, transcurridos dos meses después de que lo haya hecho el primer otorgante, le corresponde al notario dejar la constancia de dicha situación como motivo de no autorización e incorporarla al protocolo (Artículo 2.2.6.1.2.1.3. del Decreto 1069 de 2015); igualmente, tampoco permitirá la firma de ninguno de los comparecientes sino han presentado los comprobantes fiscales o le falten los documentos o certificados requeridos (Artículo 2.2.6.1.2.1.19. del Decreto 1069 de 2015).

Se hace claridad, que el instrumento que no autorice el notario, no adquiere la calidad de escritura pública, luego el acto o contrato será inexistente, salvo que solo falte la firma del notario sin causa legal, salvo que la Superintendencia de Notariado y Registro ordene su suscripción mediante resolución motivada. (Artículo 2.2.6.3.1.1. del Decreto 1069 de 2015).

Cabe recordar, que los notarios tienen obligación reglamentaria de transcribir literalmente los documentos que deben elevarse a escritura pública, ya sea por mandato legal o por el libre albedrío de las partes (Artículo 2.2.6.1.2.1.1. del Decreto 1069 de 2015), sin que esto sea óbice para que el notario revise las declaraciones de los otorgantes, para evitar que sean contra legem (Artículo 2.2.6.1.2.1.10. del Decreto 1069 de 2015).

En cuanto a la comparecencia se hacen dos precisiones: en primer lugar, es obligatoria la presencia y la identificación con el documento correspondiente de cédula de ciudadanía, pasaporte, etc., sin embargo, en caso de urgencia debidamente valorada por el notario, se podrá aceptar la identificación con otros documentos auténticos, o mediante la fe de su conocimiento, (Artículo 2.2.6.1.2.1.4. del Decreto 1069 de 2015); en segundo lugar, es la excepción de los representantes legales y particulares que tengan registrada su firma, el notario podrá autorizarlos para suscribir documentos fuera de su despacho (Artículo 2.2.6.1.2.1.5. del Decreto 1069 de 2015).

En el evento que comparezcan personas sordas, la lectura del instrumento público debe ser hecha por ellos mismos sino sabe leer, se le dará a conocer el contenido por medio de intérprete designado por él mismo, y si comparecen personas mudas o ciegas que no puedan darse a entender por escrito, le corresponde al notario establecer de manera inequívoca el asentamiento del otorgante, de todas estas situaciones se dejará constancia (Artículo 2.2.6.1.2.1.15. del Decreto 1069 de 2015). y si comparecen personas que no dominen el idioma español, también deberán ser asistidos por intérprete, designado por el compareciente o por el notario, quién también suscribirá el instrumento (Artículo 2.2.6.1.2.1.17. del Decreto 1069 de 2015).

Se hace salvedad que el notario no permitirá el otorgamiento de la escritura pública, si no se demuestra que el compareciente tiene definida su situación militar, si de conformidad con la ley tiene la obligación de prestar el servicio militar, excepto si el instrumento tiene relación con el estado civil (Artículo 2.2.6.1.2.1.18. del Decreto 1069 de 2015).

Se precisa qué en los casos de obligaciones hipotecarias a favor de dos o más personas, el notario deberá entregar sendos ejemplares de primera copia en favor de dos o más personas, dejando constancia de cada ejemplar y que cada uno de ellos presta mérito ejecutivo (Artículo 2.2.6.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015); ahora bien, en el caso de la destrucción o pérdida de la primera copia de una escritura investida de mérito ejecutivo, la misma podrá ser reemplazada por solicitud de las partes o por orden judicial (Artículo 2.2.6.1.2.6.2. del Decreto 1069 de 2015).

Finalmente, cabe recordar que los títulos valores, títulos de crédito, depósitos en dinero, valores o documentos confiados al notario, en garantía o cumplimiento de las escrituras públicas otorgadas por él, para lo cual se procurará que permanezca en cuenta especial que se abrirá para tal fin (Artículo 2.2.6.1.10.1. del Decreto 1069 de 2015).

3.3 La función notarial en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria

El artículo 116 superior, establece que excepcionalmente la ley podrá otorgar funciones jurisdiccionales a algunas autoridades administrati-

vas, e investir temporalmente a particulares de la función de administrar justicia, tales como, los jurados en juicios penales y en los medios alternativos de resolución de conflictos como conciliadores y árbitros; de otra parte, el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 que integra la administración pública, no incluyó a las notarías. Ahora bien, en el capítulo II manifesté cómo considero que la naturaleza de los notarios es que son particulares que ejercen funciones administrativas en ejercicio de la descentralización por colaboración, en tal sentido, las funciones jurisdiccionales otorgadas a los notarios no se derivan del precitado artículo 116 constitucional, toda vez, que los notarios no integran la administración pública, ni tienen funciones administrativas originalmente, sino por medio de la descentralización por colaboración; esta modalidad de descentralización le ha otorgado a los notarios el ejercicio de autoridad necesaria para el ejercicio de la función fedante desarrollada en el acápite anterior, sin embargo, no por ello pueden considerarse como autoridades administrativas.

Al respecto, antes de abordar el concepto y los asuntos sometidos a la jurisdicción voluntaria debe discernirse entre función jurisdiccional y función administrativa, y entre función jurisdiccional y función notarial. Al respecto, en la Sentencia C – 1159 de 2008 la Corte Constitucional, atribuyó a la cosa juzgada del acto judicial, en la medida que los actos administrativos pueden ser revocados -como el principal criterio diferenciador-, entre otros criterios, tales como: que deban ser desplegadas jueces, autoridades administrativas o particulares investidos de jurisdicción y que se desarrolle en el marco de procesos judiciales o relacionados con ellos; además de criterios materiales, tales como, que solo el acto judicial puede restringir o suspender derechos fundamentales, lo cual está proscrito para el acto administrativo. Por otra parte, en cuanto a los criterios diferenciadores entre la función jurisdiccional y la función notarial, encontramos la potestad decisoria y adjudicataria de derechos propia de los jueces y la naturaleza contenciosa de las causas propia de los procesos judiciales, y coercitiva del procedimiento judicial, el cual dista de la autonomía de la voluntad que rige la función notarial.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que a los notarios no se le pueden atribuir funciones jurisdiccionales o la práctica de actuaciones relacionadas directamente con procesos judiciales, toda vez, que los

notarios no son autoridades administrativas, ni tampoco particulares investidos de la función de administración de justicia, es decir, el artículo 116 de la Constitución Política no autoriza el otorgamiento legal a los notarios de funciones jurisdiccionales, por tal motivo, fueron declarados inexecutable algunos apartes del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 mediante la Sentencia C – 863 de 2012, y varios artículos de la Ley 1183 de 2008 mediante la Sentencia C – 1159 de 2008.

Entonces el punto jurídico de debate sería la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, partiendo de la base que nunca el legislador colombiano la ha definido, dejando su desarrollo conceptual a la jurisprudencia. Lo cierto es que aun sin definir las, históricamente el legislador le ha venido otorgando funciones de jurisdicción voluntaria a los notarios, principalmente con el objetivo de colaborar con la descongestión judicial en la administración de justicia, y su diferencia con la función jurisdiccional contenciosa, al respecto, siempre se ha dicho que la existencia o no de un litigio es el principal criterio diferenciador, sin embargo, este se queda corto al existir otros más contundentes como el de cosa juzgada, puesto que en las sentencias o escrituras públicas de la jurisdicción voluntaria, son susceptibles de debate judicial al no hacer tránsito a la cosa juzgada material; sin embargo, tenemos otros criterios diferenciadores tales como, la inexistencia de contraparte o demandado, la característica de unilateralidad y voluntariedad del proceso, derivado del artículo 578 del Código General del Proceso – cuya abreviatura es CGP-, por tal motivo, no hay demandantes sino solicitantes de conformidad con los numerales 7 y 8 del artículo 577 *ibidem*.

Lo anterior, ha conllevado a un debate doctrinal acerca de si la jurisdicción voluntaria es una auténtica función jurisdiccional o una función administrativa o es una función ecléctica administrativa – jurisdiccional, al ejercerse una función pública en intereses privados, sin embargo, la Corte Constitucional hizo lo propio en la precitada Sentencia C – 1159 de 2008, que las funciones notariales son funciones administrativas, aunque no den lugar a la expedición de actos administrativos, en tal sentido, las funciones de jurisdicción voluntaria asignadas a los notarios, también serán funciones administrativas catalogadas de asistencia y no jurisdiccionales. Finalmente, cuando se adelantan

procesos de jurisdicción voluntaria ante autoridades judiciales, de conformidad con los artículos 577 y 579 del C. G. P., sí estaríamos ante una función jurisdiccional aún sin que se tuviera que haber resuelto un conflicto en la sentencia; ello derivado del criterio subjetivo de ser emanada de un juez.

Aunado a lo anterior, debemos tener en cuenta que el común denominador de las funciones de jurisdicción voluntaria asignadas a los notarios es que no tienen contraparte, aun cuando la parte tenga pluralidad de personas, es decir, no podrán tornarse litigiosos o contenciosos por existir el mutuo acuerdo como requisito de procedibilidad del proceso notarial; y en el evento en que exista controversia entre las partes, el notario deberá declararse impedido, claudicar su actuación e instar a las partes a acudir a la jurisdicción en la entrega de los documentos allegados en la solicitud, tal y como se ordena en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 902 de 1988, en la liquidación de herencias y sociedades conyugales; por su parte, en el artículo 1 del Decreto 4435 de 2005, ordena que debe actuar de conformidad en el divorcio y cesación de efectos del matrimonio religioso; igualmente preceptúa el numeral 1 del artículo 2 de la ley 979 de 2005 en la declaración de la unión marital de hecho; y finalmente, en el inciso 2 del artículo 5 del Decreto 2817 de 2006, lo ordenó en la constitución del patrimonio de familia inembargable.

Por tal motivo, el objetivo fundamental de los procesos de jurisdicción voluntaria es lograr la autorización del juez para realizar cierto tipo de actos jurídicos o la declaración de ciertas situaciones que lo demanden, es pertinente hacer claridad, el hecho de que no exista controversia ni contraparte, no significa que no exista más de una parte, aún sin conflicto entre las partes, toda vez, que para que sea un asunto de competencia y conocimiento del notario se requiere mutuo acuerdo entre las partes; en tal caso, cuando el notario atisbe que exista conflicto o desacuerdo entre las partes deberá dar por terminado el proceso y entregar los documentos a los interesados, para que acudan a la respectiva jurisdicción.

Habiendo superado el debate de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria abordaré cuáles de estos asuntos se les ha otorgado competencia a los notarios:

3.3.1. De la cancelación y sustitución voluntaria del patrimonio de familia inembargable

La autorización del levantamiento del patrimonio de familia inembargable contemplado en el numeral 8 del artículo 577 del C. G. P., asignado a los notarios como la cancelación y sustitución voluntaria del patrimonio de familia inembargable por el numeral 10 del artículo 617 ibidem, es una institución concebida para la protección de la familia; con la Ley 70 de 1930, la constitución y sustitución como acto entre vivos, requería autorización o licencia judicial, de conformidad con los artículos 11 y 25 de la precitada ley; en este orden de ideas, solo con la mediación de un juez, es que un inmueble constituye un patrimonio familiar, sometido al régimen especial de inembargabilidad que subsiste aún después de la muerte de los cónyuges hasta que los hijos adquieran la mayoría de edad, esta inembargabilidad solo tendría una única excepción, y son las contempladas en la Ley 546 de 1999, artículo 23, y el Decreto 1762 de 2004, artículo 2, y la Ley 3 de 1991, artículo 38.

Esta figura jurídica tiene una relevancia tal, que fue elevada a rango constitucional en la reforma constitucional de 1936, bajo el gobierno de 'Revolución en marcha' del liberal Alfonso López Pumarejo, y posteriormente, en la Constitución Política de 1991, también se contempló en el artículo 42, inciso 2, permitiendo que el legislador determine este patrimonio, el cual está íntimamente ligado al derecho a la vivienda digna, contemplado en el artículo 51 de la actual Constitución Política.

Esta institución fue modificada por la Ley 495 de 1999 sin referirse a las autorizaciones judiciales para su constitución o sustitución, posteriormente, la Ley 861 de 2003 establece que la constitución del patrimonio de familia, del único inmueble rural o urbano de la mujer cabeza de familia, se hará mediante la declaración notarial, refiriéndose a la constitución voluntaria, no la que es por ministerio de la ley, entre otros requisitos, y su posterior registro ante el instrumento público, sin la mediación judicial, aunque si la mantiene para su levantamiento.

Fue con la Ley 962 de 2005, artículo 37, que se les otorgó a los notarios la competencia absoluta para la constitución del patrimonio de familia inembargable; norma que fue reglamentada por el Decreto 2817 de 2006, compiladas en los artículos 2.2.6.9.1. al 2.2.6.9.6. del Decreto 1069 de 2015, donde se hace salvedad que el registro del patrimonio de familia inembargable solo podrá hacerse 90 días después de su otorgamiento, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1579 de 2012, so pena de su inexistencia.

Ahora bien, en lo pertinente al levantamiento y sustitución del patrimonio de familia inembargable, fue hasta el decreto 19 de 2012 - artículos 84 al 88, donde se faculta a los notarios que por medio de escritura pública se cancele o sustituya el patrimonio de familia inembargable constituido sobre un inmueble. Cabe recordar, que no existe norma alguna que permita la cancelación parcial de esta institución jurídica cuando el inmueble sea de propiedad de ambos cónyuges, para ello, es necesario que el mismo constituyente tenga la voluntad de cancelar el patrimonio de familia inembargable, con el consentimiento del cónyuge, con la intervención del defensor de familia, mediante la rendición de un concepto vinculante para el notario. Ahora bien, si la cancelación del patrimonio de familia inembargable es perseguida por un tercero, el trámite debe surtirse en única instancia ante un juez de familia, conforme a lo dispuesto en el artículo 21, numeral 4 del Código General del Proceso y el artículo 5, literal F) del Decreto 2272 de 1989.

Finalmente, me referiré a la cancelación voluntaria del patrimonio de familia inembargable, cuando existen hijos menores de edad, que en principio requieren del nombramiento del curador ad hoc, frente a la incompetencia de los notarios para hacer este nombramiento; lo cual ha ocasionado posiciones encontradas, entre la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia de Notariado y Registro, en la medida que el Decreto 2272 de 1989, artículo 5, literal F), se opone aparentemente a lo preceptuado en el Decreto 19 de 2012, artículo 84, frente a lo cual entró a mediar la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante, concepto No. 2151 de 2013; al respecto manifestó que en estos casos no es posible la desjudicialización del procedimiento, habida cuenta que la designación del curador ad hoc es competencia de los jueces de familia en única instancia, con el fin

de proteger el interés superior de los menores de edad frente al conflicto, entre el interés propio del constituyente y el de los menores de edad; aunado a que además, se debe tener presente lo estipulado en la Ley 1098 de 2006 artículo 82, numeral 11, es decir, la intervención del defensor de familia. En tal sentido, no recomiendo la aplicación de la Circular 941 del 13 de noviembre de 2012, contentiva de la siguiente afirmación: "Por lo anterior, agradezco tener en cuenta y dar cumplimiento a lo siguiente: r..) 5).- De acuerdo al Decreto 019 de 2012, el trámite voluntario de la cancelación o sustitución de patrimonio de familia, que se adelanta por vía notarial, no requiere de nombramiento de un curador"; para tal efecto, deberá surtirse el trámite del artículo 581 del Código General del Proceso y no el trámite notarial, toda vez, que la competencia de la Superintendencia de Notariado y Registro en la interpretación de normas de carácter legal, no está por encima de la facultades de interpretación de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Se hace claridad que en el presente acápite no abordé la constitución de patrimonio de familia inembargable por ministerio de la ley, como los ordenados por el artículo 5 de la Ley 91 de 1936 y el artículo 60 de la Ley 9 de 1989, ni el facultativo previsto en la Ley 546 de 1999-artículo 22, por no ser un asunto de jurisdicción voluntaria.

3.3.2. El divorcio, la separación de cuerpos y de bienes por mutuo consentimiento

Este asunto está contemplado como de jurisdicción voluntaria en el numeral 10 del artículo 577 del Código General del Proceso, sin perjuicio de las facultades otorgadas a los notarios, actualmente asignado como trámite notarial por la Ley 962 de 2005 artículo 34, reglamentada por el Decreto 4436 del 2005, y compilada en el artículo 2.2.6.8.1. del Decreto 1069 de 2015. De otra parte, en el artículo 617 numeral 5 de la Ley 1564 de 2012, se contempló como trámite notarial la declaración de constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, a su vez de la declaración de existencia y liquidación de sociedad marital de hecho de mutuo acuerdo; al respecto, haré la disertación histórica inicialmente del matrimonio civil y religioso, del divorcio y la separación de cuerpos y bienes, de la disolución y liquidación de la sociedad marital de hecho, y la transición normativa

de proceso judicial a trámite notarial.

Debido a que el matrimonio fue elevado a sacramento por el Concilio de Trento de 1545, aunado a la fuerte influencia de los dogmas cristianos defendidos por los tribunales eclesiásticos, lograron su inclusión en las normas civiles desde la Edad Media, impuestas por la Corona católica española en la normatividad colonial a los virreinos, con fuerte arraigo aun en nuestra era republicana, basados en el régimen de indisolubilidad del matrimonio y bajo la premisa “Hasta que la muerte los separe” y del “Pecado Original”, que conllevó a un tratamiento desigual de la mujer, dependiente del marido frente al matrimonio y el divorcio por más de un siglo.

Tras nuestra independencia, recibimos como legado colonial que el rito matrimonial sea obligatorio e indisoluble por parte de los jerarcas católicos, situación que empezó a atenuarse lentamente con el proceso de secularización del Estado de 1853; en el mandato de José María Obando, se expidió la ley de matrimonio civil el 20 de junio de 1853, norma que contempló por primera vez la existencia del matrimonio civil, el cual se celebraba ante juez de carácter obligatorio y el mismo se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio.

Dentro de las causales de divorcio de la ley Obando se encuentran, el adulterio de la mujer, el amancebamiento del hombre, frecuentes y graves injurias, maltratamientos, la sevicia, que pongan en peligro la paz o la vida del consorte, la ausencia o abandono por más de tres años, además se aceptaba como causal de divorcio el mutuo consentimiento, en los casos en que el hombre y la mujer fueran menores de 25 y 21 años respectivamente, cuando habían transcurrido menos de 2 y más de 20 años, sin embargo, este mutuo consentimiento dejaría de existir si la mujer cumplía 40 años, o los padres de los cónyuges no consentían el divorcio.

Sin embargo, las críticas y objeciones a la ley Obando fueron muchas, la cual no había sido de buen recibo por parte de los granadinos influenciados por la iglesia católica, que consideraban el matrimonio civil un concubinato pagano, corrupto e inmoral, usurpador de la autoridad divina, una verdadera apostasía a las tradiciones religiosas

transmitidas de generación en generación, lo cual condujo a que tuviera una vigencia efímera, siendo derogada mediante Ley del 8 de abril de 1856, la cual mantuvo vigente el matrimonio civil y se rescató el matrimonio religioso, ambos con igual validez. El matrimonio religioso debía registrarse ante notario como requisito para causar efectos civiles, eliminó el divorcio vincular, es decir, que solo la muerte de uno de los cónyuges disolvía el divorcio, y en cambio creó la figura de la separación de los cónyuges; aunque en la realidad los 3 años de vigencia única del matrimonio civil en términos legales no fueron tan ciertos, puesto que el matrimonio por ritos religiosos nunca dejó de practicarse.

Posteriormente, mediante Ley 84 de 1873, bajo el Estado federal de Estados Unidos de Colombia, se adoptó el Código Civil del Estado de Cundinamarca para todo el territorio nacional, con la cual se mantuvo la coexistencia del matrimonio civil y del matrimonio religioso con sus efectos civiles, posteriormente, con la reelección de Rafael Núñez en 1884, bajo el postulado de “Regeneración o catástrofe”, la guerra civil de 1885, la Constitución conservadora de 1886, y el Concordato de 1887, conllevaron a la expedición de la Ley 57 del 15 de abril de 1887, que adoptó el Código Civil de la Unión para la toda la República: eliminó el matrimonio civil y el divorcio y mantuvo el reconocimiento de los efectos civiles a los matrimonios religiosos.

El Concordato de 1887 aprobado mediante Ley 35 de 1888, estableció la fe católica como la religión oficial y para los católicos la obligatoriedad del matrimonio religioso, el cual podría bajo ciertas condiciones tener el efecto del “Privilegio Paulino”, que consistía que la celebración del matrimonio religioso anulaba el matrimonio civil anterior contraído con otra persona; este privilegio fue derogado por la Ley 54 de 1924 o Ley Concha, sin embargo, bajo esta ley el matrimonio civil era válido solo si los futuros contrayentes manifestaban su apostasía formal de la iglesia católica, ante lo cual las autoridades eclesiásticas procedían a severas sanciones religiosas. También se resaltan las reformas de las siguientes leyes: la Ley 8 de 1922 que le otorgó a las mujeres la administración de sus propios bienes, contempló como causales de divorcio el vicio al juego y la disipación del marido; Ley 124 de 1928 que le permitió a las mujeres la administración de sus depósitos bancarios; y la Ley 28 de 1932 que les permitió la adminis-

tración de los bienes de la sociedad conyugal, estableció la figura de los gananciales y la comparecencia directa a los juicios de la mujer casada, prescindiendo de la representación de su esposo.

Posteriormente, con el advenimiento en el poder nacional del Partido Liberal bajo el mandato de Olaya Herrera, se expidió la Ley 28 de 1932, como una verdadera reivindicación de los derechos de la mujer casada, la cual no fue divulgada y, por lo tanto, fue desconocida en la época. Se mantuvo hasta 1936 la separación de cuerpos como única forma de divorcio civil debido a que eliminaba la convivencia, sin embargo, en la práctica resultaba dispendioso y costoso. Con la reforma constitucional de 1936, se avanzó en el proceso de secularización del Estado, se garantizó la libertad de culto y se eliminaron las prebendas a la iglesia católica, facilitando una renegociación del Concordato, logrado mediante el convenio Echan-día-Maglione de 1942, aprobado mediante Ley 50 del mismo año, permitiéndole el matrimonio civil a los católicos, y los jueces adquirieron la facultad de conocer causas de separación de cuerpos de matrimonios religiosos, sin embargo, por falta de canje de ratificaciones este convenio no cobró vigencia.

En 1973 se firmó un nuevo Concordato, derogando el de 1887, aprobado mediante la Ley 20 de 1974 con canje de notas en 1975, pactado y reservado para 10 años. En 1985 fue ratificada su vigencia, mediante el cual se retomó la libertad de cultos de la reforma constitucional de 1936, se deroga la Ley Concha, permitiendo al católico escoger entre el matrimonio civil o religioso; este acto legislativo dio lugar a varios intentos fallidos de legislación por parte del Congreso donde se establecía la perversión y el homosexualismo comprobado de uno de los cónyuges y la impotencia coeundi como causales de divorcio.

Hasta la expedición de la Ley 1 de 1976, se estableció el divorcio como una forma de romper el vínculo del matrimonio civil, ampliando a nueve las causales del divorcio, a su vez, hizo extensiva la separación de cuerpos y de bienes al matrimonio religioso con su correspondiente suspensión, con la posibilidad de que resurjan estos efectos por orden del Tribunal Superior de Distrito Judicial; lo cual generó confusión ante la posibilidad de la coexistencia de efectos civiles de

dos matrimonios: el civil y el religioso, como efectivamente sucedió.

Fue hasta el Decreto 1900 de 1989, se le otorgaron facultades a los notarios para adelantar el divorcio por mutuo acuerdo, el cual tenía como requisito de procedibilidad la separación de cuerpos por más de dos años, declarada por un juez o formalizada ante notario, lo que a la postre resultó que la causal de divorcio fuera la separación de cuerpos por más de dos años formalizado notarialmente y no el mutuo acuerdo.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, de corte liberal y humanista, que consagró en los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 lo siguiente:

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

Lo cual motivó a que rápidamente se expidiera la Ley 25 del 17 de diciembre de 1992, ante la negativa de la Corte Suprema de Justicia de aplicar los fundamentos constitucionales, hasta que no fueran desarrollados legalmente; con esta ley se desarrollan los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 constitucional y se deroga el Decreto 1900 de 1989, bajo el entendido de que una persona que haya logrado su divorcio o cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, quedaba habilitado para contraer matrimonio, sin importar si su matrimonio religioso continuaba vigente, haciéndose salvedad que era válido el matrimonio religioso de los credos y religiones diferentes a la católica, lo cual fue respaldado por la Ley Estatutaria 133 de 1994, donde se desarrolla el derecho fundamental a la libertad de cultos del artículo 19 superior.

Finalmente, el matrimonio, el divorcio y la separación de cuerpos y de bienes por mutuo acuerdo, la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, están regidos por la Ley 25 de 1992, ahora bien, la Ley 962 de 2005 también vigente actualmente, en su artículo 34, dispuso como trámite notarial elevado a escritura pública el divorcio por mutuo acuerdo; norma a su vez reglamentada por el Decreto 4436 del 2005, compilada en el artículo 2.2.6.8.1. del Decreto 1069 de 2015.

3.3.3. Sucesión notarial

El derecho de las sucesiones evoluciona paralelamente con la familia y su régimen de protección, desde su génesis su principal punto de discusión es el grado de libertad que debe tener el testador, que va desde su concepto de libertad absoluta, como se contempló en el derecho romano en la Ley De Las Doce Tablas o Ley Decenviral a mediados del siglo V a. C., cuya Tabla V, le dio prioridad a la sucesión testada con libertad plena del testador, con total ausencia de las legítimas, al igual que en el Common Law anglosajón regido por la prudencia y sana crítica; hasta los regímenes de legítimas hereditarias forzosas y rigurosas como en el Civil Law francés y chileno que buscaba fortalecer y proteger a la familia, adoptado por Colombia hasta el 2018. En tal sentido, se hace pertinente un breve recorrido histórico de la evolución normativa universal, diferentes posturas sobre las legítimas y cómo influyeron en la consolidación de nuestro régimen sucesoral, y su transición de sucesión judicial a la sucesión notarial.

El patriarcado fue característico en Roma, es decir, solo los hombres ejercían el gobierno; la familia era representada por el “pater familias”, quién era el único integrante de la familia con derechos políticos, es decir, el único ciudadano romano independiente que tenía poderes absolutos sobre sus hijos y esposa, inclusive hasta de disponer de sus vidas y bienes, en este sentido, el pater familias al sentir pronta su muerte debía elegir entre sus hijos un sucesor a quien se le asignaba todos sus bienes, y si no tenía descendencia, podía elegir como heredero a cualquier persona. Sin embargo, esta libertad del pater familia fue atenuada por unas series pretorianas, entre las cuales tenemos: la “Lex Falcidia” expedida en el año 40 a. C., que dispuso la libertad testamentaria de tres cuartas partes por legados, existiendo una cuarta parte “cuarta falcidia”, que debían repartirse entre los herede-

ros, que fue conocida como sucesión contra el testamento “Iuri Civili”, constituyendo el primer antecedente de la legítima; de otra parte, con la “Bonorum Possessio Contra Tabulas” los herederos que no habían sido escogidos por el pater familias, se les garantizaba la posesión de la herencia sin que se afectara el testamento, y finalmente con “La Querella Inofficiosi Testamenti” establecida a finales de la era republicana romana, se podía anular el testamento al considerar que era una falta de piedad por carecer del amor filial escoger un solo heredero y desheredar a otros, y hacer donaciones excesivas, considerando enfermo mental “non sanae mentis” al pater familia que lo hiciera, siendo este el primer antecedente histórico del acervo imaginario y la consolidación de la legítima. Finalmente, hacia el siglo IV d. C., el derecho romano prohibió el desheredamiento sin justa causa entre ascendientes y descendientes.

Otro antecedente histórico de nuestro derecho de las sucesiones es el derecho hispano medieval, influenciado por los textos de Justiniano y el Derecho Canónico; entre sus compilaciones normativas se destacan “Las Siete Partidas” o “Libro de las leyes”, elaborado en Castilla durante el reinado de Alfonso X - El Sabio en el siglo XIII, cuerpo normativo de más larga vigencia en España e Hispanoamérica; donde se dispuso que la legítima sería de un tercio ‘hasta 4 herederos’, y si eran más los herederos la legítima correspondía a la mitad. Posteriormente, en 1505 se expidieron “Las leyes del Toro”, regulación que aumentó la legítima a las cuatro quintas partes para los descendientes y ante la ausencia de ellos, estableció a los ascendientes como herederos forzosos con una legítima de las dos terceras partes, estas partidas sirvieron de base para la expedición de la “Novísima Recopilación”, promulgada en 1805, que estableció a los descendientes y ascendientes como herederos forzosos, evitando así que personas sin vínculo familiar puedan tener tal calidad.

Ahora bien, cabe destacar la influencia francesa en nuestra legislación; en 1793 el prócer de nuestra independencia don Antonio Nariño, tradujo del francés al español la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, promulgada como la mayor conquista de la Revolución Francesa, a su vez, la expedición del Código Civil Francés o Código Napoleónico en 1804, con el cual se elimina la libertad testamentaria prevalente en el absolutismo, norma

que sirvió de base al Código Civil chileno de Bello de 1855, normatividad en la cual a pesar de la formación inglesa de don Andrés Bello regida por el Common Law, sin asignaciones forzosas regidas por la sana lógica y la prudencia, las legítimas terminaron por imponerse en el Código Civil chileno, que las definió en el artículo 1181 como “Aque-lla cuota de bienes de un difunto que la ley les asigna a ciertas perso-nas llamadas legitimarios”, y en el artículo 1184 ibidem, estableció que el 50% de los bienes corresponde a las legítimas, un 25% a las mejoras de los descendientes y solo un 25% sería de libre disposición del testador; este legado normativo imperó en la legislación colombiana hasta el 2018.

Sin embargo, cabe recordar que en la Constitución de 1821 se esta-blecía que en lo no regulado en ella se debía seguir aplicando el dere-cho español, postulado desarrollado por el artículo 1 de la Ley 1 de 1825, donde se estableció la prelación normativa para asuntos civiles y penales así:

- 1) Leyes que en lo sucesivo decretara el legislativo.
- 2) Normas decretadas por el gobierno español hasta el 18 de marzo de 1808.
- 3) Las leyes de la recopilación de Indias.
- 4) La nueva recopilación de Castilla.
- 5) Las Siete Partidas.

Con la expedición de la Constitución de 1853, que autorizó la creación de estados soberanos mediante ley, se advirtió la necesidad de armo-nizar la legislación de cada Estado con la legislación nacional, los cuales volcaron su interés en la legislación chilena. El primer Estado Granadino en adoptar el Código de Bello fue Santander en 1858, por iniciativa de Manuel Murillo Toro, al año siguiente, en 1859 lo hicieron Cundinamarca y Cauca; en 1860 Panamá, en 1864 Boyacá y final-mente en 1865 Antioquia. Razón por la cual fue perdiendo vigencia gradual la legislación española en los inicios de nuestra era republicana. Situación que conllevó naturalmente a la expedición de la Ley 84 de 1873 que constituyó el primer Código Civil de nuestra historia, llamado Código Civil de la Unión en el otrora Estados Unidos de

Colombia, adoptado para la República de Colombia fruto de la Constitución de 1886, mediante la Ley 57 de 1887.

El Código Civil colombiano en lo referente al derecho sucesoral ha tenido dos principales reformas, la Ley 29 de 1882 que otorgó igualdad de derechos, en especial los hereditarios a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos; y la Ley 1934 de 2018, que amplía la libertad testamentaria al modificar el artículo 1242 *ibidem*, eliminando la cuarta de mejoras sobre descendientes, y pasando de una cuarta a dos cuartas la libre disposición del testador; de igual forma, modifica el artículo 1244 *ibidem* al ampliar de una cuarta a la mitad las donaciones entre vivos a extraños aun cuando haya legitimarios, entre otras modificaciones.

En cuanto al trámite de sucesión notarial regulado por el Decreto 902 de 1988, modificado por el Decreto 1729 de 1989, aunado al artículo 487 del Código General del Proceso, se les facultó a los notarios para liquidar las herencias y sociedades conyugales, en el evento de que los herederos sean plenamente capaces, haya acuerdo sobre la partición y concurren con mediación de un abogado titulado e inscrito; igualmente sucede con la liquidación de herencia con heredero único que en el evento de ser casado debe concurrir con su cónyuge al trámite. Se hace salvedad, que de conformidad con el numeral 7 del artículo 3 *ibidem*, si surgiere algún desacuerdo entre las partes, imperiosamente el notario dará por terminada la actuación y devolverá el expediente.

3.3.4. La corrección de errores en el registro civil

Este asunto está contemplado en el numeral 11 del artículo 577 del Código General del Proceso bajo la jurisdicción voluntaria, y en el numeral 9 del artículo 617 *ibidem*, como trámite notarial *a priori* se hace pertinente hacer un análisis de la evolución del registro civil, junto a las instancias estatales competentes para su corrección.

En 1852, mediante la Ley 2159 se estableció por primera vez la obligación de llevar un registro de nacimientos, reconocimiento de hijos naturales, adopciones, matrimonios, atribuida a los notarios, sin embargo, la fuerte influencia de la iglesia católica que celebró un

Concordato en 1887, le restó importancia y funcionalidad al registro civil, en la medida que los documentos expedidos por las autoridades eclesiásticas tales como la partida de bautismo y la partida de matrimonio por ser sacramentos, y la partida de defunción, fueran documentos probatorios idóneos de la información contenida de estado civil de las personas, por aceptación expresa del Código Civil - Ley 57 de 1887.

Fue hasta la Ley 92 de 1938, que se estableció como competencia exclusiva del Estado el registro civil, los cuales debían ser llevados en libros, donde los documentos eclesiásticos solo servían de apoyo; en el evento que en la municipalidad no hubiese funcionarios del registro civil, debía hacerse por medio de los alcaldes, esta norma fue reformada en 1970 con el Decreto 1260, que constituyó el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, el cual a su vez, fue rápidamente reformada por el Decreto 2158 de 1970 en su artículo 118, estableciendo que los notarios y los registradores municipales del Estado Civil, serían los encargados de llevar a cabo el registro civil, a falta de estos funcionarios en el municipio le correspondería al alcalde, por su parte, la Superintendencia de Notariado y Registro, podía autorizar excepcionalmente a los delegados de los registradores del Estado Civil, a inspectores de policía y corregidores, y en el exterior la competencia era de los funcionarios consulares; sin embargo, con la Ley 96 de 1985 artículo 60, a partir de 1987 la Registraduría Nacional del Estado Civil asumiría la función del registro civil, lo cual fue ratificado por el Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral en su artículo 217.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 266, inciso 2, estableció como función del registrador nacional del Estado la organización y dirección del registro civil, posteriormente, mediante Resolución 5296 del 2000 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se le autorizó a los notarios continuar prestando en forma compartida con los registradores del Estado Civil, el registro del estado civil, como actualmente sucede; bajo la suprema dirección de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

De otra parte, se destaca que el servicio notarial por mandato del Decreto 019 de 2012 en su artículo 24, establece que el servicio

notarial en municipios hasta de segunda categoría deberá prestarse en hospitales y clínicas, para la expedición de registros civiles de nacimiento y de defunción, en lo posible con la obtención electrónica de la huella dactilar.

Ahora bien, abordando específicamente el trámite de la corrección del registro civil, hay que distinguir las diferentes clases de errores existentes para poder determinar su trámite, por ejemplo, los simples errores mecanográficos u ortográficos que quedan en evidencia con el simple parangón de los documentos que le sirven de base, bastará con una solicitud escrita del titular o su apoderado para que proceda a su corrección, en cambio si lo que se pretende es corregir no afecta el estado civil del titular, por ejemplo, el cambio de nombre o del componente sexo (Decreto 1227 de 2015, Sentencia T 033 de 2022), se hará mediante escritura pública, de conformidad con el artículo 91 del Decreto 1260 de 1970; si la corrección afecta el estado civil se requerirá la decisión judicial. En todos los casos, la corrección implica el reemplazo con una nueva inscripción, se sustituye el folio correspondiente, y en ambos instrumentos se colocarán las respectivas notas de referencia. Cabe aclarar, que las correcciones hechas por funcionario competente atendiendo solicitud escrita o por escritura pública, tendrán efectos sin perjuicio de las decisiones oficiales que llegaren a presentarse (Artículo 93 del Decreto 1260 de 1970).

Finalmente, hay que diferenciar el trámite de corrección de registro civil del trámite de la reconstrucción de registros civiles extraviados, destruidos o desfigurados, el cual no requiere escritura pública, y le corresponde al funcionario donde repose el Registro Civil, acudiendo a la información contenida en archivos, o suministrada por el titular, de lo contrario tendrá que hacerse un trámite inicial.

3.3.5. La declaración de ausencia y nombramiento del administrador mientras dure la ausencia

La declaración de ausencia de quien ha desaparecido de su domicilio y se ignora su paradero, se encuentra contemplado en el artículo 577, numeral 4 del Código General del Proceso, como un asunto de jurisdicción voluntaria, y en el artículo 617 numeral 2 ibidem, como un asunto notarial, haciendo referencia expresa al artículo 583 ibidem,

cuyo notario competente debe pertenecer al círculo notarial de su último domicilio, sin que sea la denuncia penal un requisito de procedibilidad.

La figura de la desaparición ha provocado el desarrollo de dos figuras jurídicas: la declaración de ausencia y la presunción de muerte por desaparecimiento, aunque ambas son asuntos de jurisdicción voluntaria, solamente la declaración de ausencia puede ser susceptible de trámite notarial cuando se adelanta de forma separada, cuya causa sea la desaparición de su domicilio y se desconozca su paradero; toda vez, que tanto la presunción de muerte por desaparecimiento prevista en el artículo 584 del Código General del Proceso, y el proceso simultáneo de declaración de ausencia y de presunción de muerte por desaparecimiento, son asuntos reservados de trámite judicial, de conformidad con el artículo 585 *ibidem*.

Vale la pena aclarar, que existe una acción especial creada por la Ley 1531 de 2012, cuando la desaparición ha sido forzada e involuntaria, denominada Acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria, cuya competencia radica en el juez civil del último domicilio del desaparecido, cuya ley no autoriza el trámite notarial.

La desaparición tuvo la necesidad de ser regulada desde el derecho romano, imperio al cual se le atribuye su génesis, bajo la figura jurídica del *lus Postilium*, cuando los *pater familias* que se hacen prisioneros de guerra, se debía presumir su muerte ante la imposibilidad de volver. Posteriormente, existió una necesidad universal de regulación por los tribunales de Núremberg, debido a los millones de desaparecidos durante la Segunda Guerra mundial fruto del holocausto Nazi; a nivel continental situaciones luctuosas como la matanza de las bananeras, la de los obreros de la industria salitrera chilena, y la ola de violencia de las últimas décadas en México y en Colombia, conllevó al establecimiento legislativo de la desaparición, en especial la que se debe a la desaparición forzada (Ley 1531 de 2012), e inclusive a la creación de la entidad estatal Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas, un registro nacional de desaparecidos (Artículo 9 de la Ley 589 de 2000), y un Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres – SIRDEC (Artículo 5 Ley 1531 de 2012).

La declaración de ausencia permite asegurar los derechos del desaparecido, se le designa un administrador de sus bienes, otros derechos patrimoniales como continuar recibiendo salario y proteger la patria potestad frente a los hijos. La Ley 589 de 2000 en el artículo 10, permite a la autoridad judicial otorgarles a los familiares del desaparecido la administración temporal de sus bienes; si el ausente es sujeto de investigaciones penales, estas continuarán, al igual que su búsqueda; de otra parte, en el evento que el declarado ausente aparezca deberá solicitar la rescisión de la sentencia o escritura que declaró la ausencia y continuará gozando de sus derechos civiles y políticos, podrá reintegrarse al trabajo, inclusive podrá impugnar la paternidad de los hijos reconocidos por otra persona.

Finalmente, el artículo 2.2.6.15.2.2.4. del Decreto 1664 de 2015, establece dentro del trámite notarial de la Declaración de ausencia, además, del edicto fijado en la notaría y publicado en periódicos y emisoras, deberá informarse a Migración Colombia, Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Policía Nacional y Registraduría Nacional del Estado Civil, defensor de familia (Si el ausente es menor de edad), Personería Municipal (Si el ausente es un mayor incapaz), para que, en el término de 10 días le informen al notario sobre el conocimiento del caso, actuaciones adelantadas, si conocen del paradero o fallecimiento del ausente, y si la información suministrada por estas entidades estatales no impide la continuación del trámite, el notario autorizará la respectiva escritura pública.

3.3.6. La autorización para enajenar bienes de incapaces

Este asunto está contemplado en el artículo 577 numeral 1, y el artículo 617 numeral 1 del Código General del Proceso, como un asunto de jurisdicción voluntaria y de trámite notarial, respectivamente; tiene los antecedentes más remotos en la figura de la tutela - guarda del derecho romano, cuando establecieron el “Tutor o Curador” que era ejercido por el “pater familias”, para las mujeres, menores de edad, pobreza y enfermedad mental, la cual fue recogida por el Código Civil francés de Napoleón de 1804, bajo la figura de protector de los bienes del impúbero, para evitar su malversación o pérdida, y que terceros se provechen de su debilidad, sin embargo, en el derecho francés la figura de guarda fue concebida como tutela, a la cual se le acompañó

la figura de la interdicción. Posteriormente, estas figuras fueron adoptadas por el Código Civil chileno de Bello de 1855, y el Código Civil colombiano de 1873, haciendo salvedad que el régimen de guardas recae sobre dos clases de personas, los que padecen de discapacidad mental o absoluta o relativa y los menores de edad; el presente acápite solo abordará el procedimiento de asignación de guarda de menores de edad como requisito de procedibilidad de la licencia para vender o hipotecar sus bienes.

Para abordar este asunto, hay que partir de la prohibición del artículo 303 del Código Civil de enajenar o hipotecar bienes inmuebles del hijo, salvo autorización judicial; tampoco podrá donar bienes inmuebles de los hijos (Artículo 304, Código Civil), ahora bien, se hace salvedad que los padres de forma conjunta cuentan con las facultades de administración y el usufructo de los inmuebles del hijo de familia, y su representación extrajudicial, y cualquiera de los padres podrá ejercer su representación judicial (Artículos 307 y 306 del Código Civil), pero en el evento que los padres resulten malversadores o disipadores, es decir, malos administradores, mediante trámite judicial se podrá decretar la suspensión provisional de las facultades de administración, y en su defecto designar a un tutor o curador, de conformidad con el artículo 136 de la Ley 1098 de 2006, sin embargo, se hace salvedad que cuando los menores no están sometidos al régimen de la patria potestad, el curador de un niño -menor de 12 años-, tiene las mismas facultades que tiene frente a una persona con discapacidad mental absoluta, si es curador de un adolescente – menor entre los 12 y 18 años-, actuará bajo la modalidad de consejería, en todo caso, el adolescente podrá proponerle al juez el nombre de su curador e inclusive solicitar su remoción, salvo obviamente que el menor padezca de incapacidad mental absoluta.

Tanto en el trámite judicial como el notarial de la licencia para enajenar bienes de incapaces, tienen en común que siempre deberá justificarse la necesidad de licencia y el destino del inmueble, sin que nunca pueda recaer sobre la universalidad de bienes del menor, tal y como lo exige el artículo 581 inciso 1 del Código General del Proceso, y del artículo 2.2.6.15.2.1.2. numeral 6 del Decreto 1664 de 2015, que adicionó el Decreto 1069 de 2015, sin embargo, un trámite notarial propiamente dicho no es posible, toda vez, que el artículo

2.2.6.15.2.1.3. numeral 2 del precitado decreto, establece como requisito la copia de la providencia ejecutoriada expedida por juez competente que designó al guardador o curador y su respectiva posesión; cabe recordar que la designación de curador o guardador quedó reservada únicamente para la administración de bienes del menor de edad, ya no opera para los mayores con discapacidad mental absoluta no sometidos a patria potestad, por efecto de la derogatoria que hizo el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019, de los artículos 52 y 55 de la Ley 1306 de 2009, aunque se recuerda que el guardador puede ser designado testamentariamente, el cual requiere de reconocimiento y posesión mediante trámite judicial según lo preceptuado en el artículo 582 del Código General del Proceso.

Finalmente, se hace claridad que en el trámite notarial, el artículo 2.2.6.15.2.1.4 del Decreto 1664 de 2015, establece la obligación del notario de comunicar a la Defensoría de Familia o Personería del domicilio del menor, que tendrán quince días, contados a partir del tercer día del envío de la comunicación, para que alleguen su concepto aprobando, negando o condicionando la autorización, en el evento que el concepto sea favorable o no alleguen concepto, el notario continuará el trámite autorizando la respectiva escritura pública, contentiva de la autorización por el término de seis meses, en caso contrario, en el evento de tener concepto desfavorable el notario, no podrá continuar con el trámite, y deberá remitir la documentación a juez competente y comunicarle de ello a solicitantes y autoridades.

3.3.7. La partición del patrimonio en vida

Este asunto quedó previsto como trámite notarial en el Decreto 1664 de 2015, en los artículos 2.2.6.15.2.11.1 al 2.2.6.15.2.11.4, y su trámite judicial se encuentra en el parágrafo del artículo 487 del Código General del Proceso, dentro de los procesos de liquidación.

Este nuevo modelo de transmisión gratuita de bienes por acto entre vivos, adoptado por primera vez en nuestra legislación con el Código General del Proceso, permite que una persona voluntariamente pueda adjudicar todo o parte de su patrimonio, reservándose o no el usufruto, debiendo respetar el régimen de asignaciones rigurosas, los gananciales y los derechos de terceros, previa licencia judicial y su

debida protocolización en escritura pública y de esta manera, evitar los contratos de compraventa simulados, el aporte de bienes a sociedades comerciales o la constitución de fiducias que recurrentemente acuden los titulares para evadir la sucesión y sin control judicial.

Con la licencia judicial previa, se garantiza que la partición de bienes respete sus limitaciones (asignaciones forzosas, gananciales y derecho de terceros), a través de la jurisdicción voluntaria, cuyo operador judicial competente culminará otorgando o negando la licencia; ahora bien, si con posterioridad a la protocolización de la partición del patrimonio en vida surgieren personas que aleguen el derecho sobre los bienes distribuidos, en el caso de ser un hijo nacido, adoptado o reconocido mediante sentencia judicial, tendrá un plazo de 10 años para su reclamación judicial, de conformidad con el artículo 1019 del Código Civil, sin invalidar lo actuado; si quienes reclaman son terceros tendrán solo 2 años para iniciar la acción rescisoria.

Finalmente, se puede afirmar que el antecedente directo de la partición del patrimonio en vida lo constituye el pacto entre vivos, previsto en el artículo 1520, inciso 2 del Código Civil, entre la persona que debe una legítima y el legitimario igualmente regido bajo las reglas de las asignaciones forzosas.

3.3.8. La adjudicación, modificación o terminación de apoyos en la toma de decisiones promovido por la persona titular del acto jurídico.

Este asunto se consagró dentro de la jurisdicción voluntaria, de conformidad con el artículo 577 numeral 6 del Código General del Proceso, y artículos 32 y 37 de la Ley 1996 de 2019, siempre y cuando la solicite el titular, este último modificadorio del artículo 586 ibidem, que contempló el trámite a seguir. De otra parte, si el trámite judicial lo impetra a un tercero, el trámite corresponderá al proceso verbal sumario con las disposiciones especiales del artículo 396 ibidem, modificado por el 38 de la Ley 1996 de 2019; en cuanto al trámite notarial que es viable únicamente cuando es solicitado por el titular del derecho o por quién sería su apoyo, está contemplado en el artículo 16 de la Ley 1996 de 2019, reglamentado por los artículos 2.2.4.5.2.1. al 2.2.4.5.2.8 del Decreto 1069 de 2015, que fueron

adicionados por el artículo 1 del Decreto 1429 de 2020.

Al respecto, es pertinente repasar la evolución de la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad, desde la interdicción judicial absoluta respecto a su capacidad de ejercicio. En principio, padecer de alguna discapacidad era suficiente para ser discriminado, al ser considerado que su condición deviene de un “castigo divino”, erróneo concepto que se mantuvo hasta inicios del siglo XX, cuando empieza a considerarse a esta población objeto de asistencia preferencial por parte del Estado.

El Código Civil en su artículo 1504, establecía originariamente como incapaces a los impúberes, sordomudos, dementes que no puedan darse a entender por escrito, normativa modificada por el Decreto 2820 de 1974 artículo 60, donde adicionó como incapaces relativos los menores adultos no emancipados y los disipadores. El precitado artículo 1504 bajo el examen de constitucionalidad en Sentencia C – 983 del 2002, determinó declarar inexecutable la expresión “por escrito”, y preceptuó que el vocablo “demente”, debía ser sustituido por “persona con discapacidad mental”; norma finalmente modificada por la Ley 1996 de 2019 artículo 57, que establece la incapacidad absoluta para los impúberes y la incapacidad relativa para los menores adultos o púberes, se hace salvedad, que de conformidad con el artículo 34 del Código Civil; los impúberes son los que han cumplido 7 años pero no han cumplido 14 años y los menores adultos o púberes son los que han dejado de ser impúberes pero no son mayores de edad, esta última modificación es valiosa porque excluye de la incapacidad absoluta o relativa la discapacidad mental, toda vez, que las personas en situación de discapacidad son sujetos de derechos y obligaciones, es decir, tienen capacidad de ejercicio sin distinción alguna, usen o no apoyos, cuyo régimen incluso cobija a las personas interdictas o inhabilitadas bajo el amparo de la derogada Ley 1306 de 2009, cuyas sentencias deben ser objeto de revisión.

Dentro del recorrido histórico se destacan también la Ley 361 de 1997 que establece mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad; la Ley 1346 de 2006, mediante la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de la ONU del 2006, en donde Colombia asume el

compromiso internacional como estado parte de promover, proteger y asegurar los derechos y libertades de las personas en situación de discapacidad; igualmente la Ley Estatutaria 1618 de 2013, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, junto a la sentencia de control previo de la Corte Constitucional C – 765 de 2012.

En cuanto al trámite notarial de formalización de acuerdos de apoyo o de directivas anticipadas, lo considero *sui generis*, toda vez, que rompe la regla general de responsabilidad en la forma establecida en el artículo 9 del Decreto 960 de 1970, al imponerle obligaciones de mediación probatoria al notario, tales como, la de entrevistarse por separado con la persona titular del acto jurídico, para verificar que el acuerdo de apoyo se ajuste a su voluntad, y hacer los ajustes razonables para permitir su accesibilidad, ejemplo: la mediación lingüística y comunicacional, de igual manera, debe entrevistarse con las personas de apoyo y explicarle sus obligaciones legales con la persona titular y dejar las constancias - artículo 16 de la Ley 1996 de 2019-, para ello, debe dirigir la diligencia haciendo prevalecer la voluntad del titular, sin que sea necesario un informe de valoración de apoyos previo, además de tenerles que explicar el trámite para modificar, finalizar, revocar o sustituir el acuerdo de apoyo o directiva anticipada, tan solo así, podrá autorizar la respectiva escritura pública e incorporarla dentro de los 8 días siguientes en el Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición SICAAC.

3.4 La función conciliadora de los notarios y otros asuntos

Los notarios deben ser artífices de la solución pacífica de los conflictos, promotores de paz y de la utilización de los medios alternativos de la solución de conflictos, es por ello, que el Decreto 960 de 1970 en su artículo 7, le ordena prestar el servicio bajo la égida del derecho, prestar la debida orientación de asesoría y consejería con ánimo conciliatorio; por su parte, el Estatuto de la Conciliación, Ley 2220 de 2022 en su artículo 24, facultó a los notarios para actuar de forma personal e indelegable como conciliador en asuntos civiles y de familia; ahora bien, cuando el notario decida crear un centro de conciliación, podrá designar conciliadores en derecho, sin que esto sea óbice para atribuirle responsabilidad al notario del ejercicio de la función

conciliadora de los conciliadores en derecho.

La regla general en los asuntos susceptibles de ser conciliados, es que la conciliación extrajudicial constituye un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción (Ley 2220 de 2022, artículo 67), en pro de la descongestión judicial y el mantenimiento de un orden social justo, en lo cual juega un rol preponderante los notarios, con la competencia conciliadora aducida.

En materia civil, son susceptibles de conciliación los asuntos sujetos al proceso declarativo con excepción del divisorio, monitorios y de expropiación (Ley 2220 de 2022, artículo 68), y en materia de familia, son susceptibles de conciliación la custodia y cuidado personal y el régimen de visitas de menores de edad o mayores en situación de discapacidad, en obligaciones alimentarias, la declaración de la unión marital de hecho, la disolución y liquidación de sociedad patrimonial, liquidación de sociedad conyugal, rescisión de partición de sucesiones, conflictos derivados de capitulaciones matrimoniales y de la patria potestad y la separación de bienes y cuerpos.

Finalmente, el artículo 46 del Decreto 960 de 1970, establece que los otorgantes de una escritura pública por acuerdo privado o en forma unilateral podrán declarar cancelada o sin efecto una nueva escritura, siempre y cuando la revocatoria o retractación no este prohibida.

3.4.1. La custodia del hijo menor o hijo mayor discapacitado y régimen de visitas de común acuerdo

Este asunto está contemplado en el artículo 617 numeral 4 del Código General del proceso como trámite notarial, sin embargo, no está contemplado como un asunto de jurisdicción voluntaria en el artículo 577 ibidem, puesto que es un asunto litigioso que debe adelantarse bajo el procedimiento verbal sumario al tenor de lo preceptuado en el artículo 390 ibidem.

El artículo 44 de la Constitución Política, establece la primacía de los derechos de los niños, donde se encuentran el de tener una familia, al cuidado y al amor, y en el artículo 45 superior se establece la protección integral del adolescente; a nivel legal, la custodia y cuidado

personal está contemplada en el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006, el cual establece como derecho de los niños y adolescentes a que sus padres asuman de forma permanente y solidariamente su custodia para el desarrollo integral y el cuidado personal, en tal sentido, los comisarios y defensores de familia podrán adelantar en primera instancia el Procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de un niño o adolescente, previsto en el artículo 99 y 100 del Código de Infancia y Adolescencia.

El trámite judicial deberá adelantarse a través del procedimiento verbal sumario, de conformidad con el artículo 390, numeral 3 del Código General del Proceso, el cual debe agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, tal y como lo exige el artículo 69 numeral 1 de la Ley 2220 de 2022; cabe recordar que el artículo 24 de la precitada ley, faculta a los notarios para de forma personal e indelegable actúen como conciliadores en asuntos civiles y de familia, salvo que cree un Centro de Conciliación y designe conciliadores en derecho, de su lista.

Ahora bien, sin perjuicio de las competencias judiciales y notariales enunciadas, los padres de hijos menores de común acuerdo podrán convenir la custodia y visitas, y dicho acuerdo elevarse a escritura pública, sin que deba informar a ninguna autoridad administrativa, conforme a lo preceptuado por los artículos 2.2.6.15.2.4.1 al 2.2.6.15.2.4.5 del Decreto 1664 de 2015.

3.4.2. Procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante

El artículo 2.2.4.4.2.5. del Decreto 1069 de 2015, establece la competencia de los notarios para adelantar estos procedimientos sin que medie autorización previa, ya sea directamente o por medio de los conciliadores en derecho, inscritos al Centro de Conciliación que haya creado y que además hayan aprobado el Programa de Formación en Insolvencia.

Este procedimiento de negociación de deudas y validación de acuerdos privados se encuentra desarrollado por los artículos 531 al 562 del Código General del Proceso; al ser adelantado en una notaría se

le permite cobrar por sus servicios, con las tarifas establecidas por la Superintendencia de Notariado y Registro. De otra parte, referente al régimen de responsabilidad, en el evento que el notario adelante directamente el proceso de insolvencia, tendrá plena responsabilidad sobre lo actuado, sin embargo, si el trámite se adelanta por intermedio de un conciliador en derecho designado por él será este quien responda por sus actuaciones (Artículo 2.2.4.4.2.6. del Decreto 1069 de 2015), y el notario solo responderá, por la responsabilidad derivada como atribuciones como director del Centro de Conciliación establecidas en el artículo 2.2.4.4.2.6. del Decreto 1069 de 2015.

3.4.3. El inventario solemne de bienes propios de menores bajo patria potestad o mayores discapacitados, en caso de matrimonio, declaración de unión marital de hecho o declaración de sociedad patrimonial de hecho de uno de los padres

Este asunto no está contemplado en el artículo 577 del Código General del Proceso como un asunto de jurisdicción voluntaria, empero, si se contempló como trámite notarial en el artículo 617 numeral 3 Ibidem, cuando se adelanta por trámite judicial correspondería a un proceso verbal, al ser un asunto que no se le asignó trámite específico, de conformidad con el artículo 368 Ibidem.

El Código Civil en el artículo 169, obliga a los padres con hijos bajo la patria potestad, tutela o curatela antes de unas segundas nupcias, a realizar un inventario solemne de los bienes que estén bajo su administración, y sean de propiedad de los hijos menores o mayores en situación de discapacidad, obligación derivada también cuando se pretende declarar una nueva unión marital de hecho, o declaración de sociedad patrimonial de hecho, de igual manera, hay necesidad de hacer el inventario solemne aun cuando el padre no administre ningún bien de propiedad de los hijos menores o mayores en situación de discapacidad, en el único evento que no habría necesidad de hacer el inventario solemne, es cuando los hijos son mayores de edad y no están en situación de discapacidad. Se hace salvedad que en el inventario solemne no deben contemplarse los bienes que sean de propiedad de los padres y no de los hijos menores de edad y mayores en situación de discapacidad, es decir, los que eventualmente podrían heredar, ahora bien, la protección sobre el patrimonio del menor de

edad o del mayor en situación de discapacidad, se extiende al artículo 172 del Código Civil, el cual establece una sanción a los padres o curadores que resulten malos administradores, o que la haya administrado con dolo o culpa grave, so pena de perder el usufructo legal y la vocación hereditaria.

El Decreto reglamentario 1664 de 2015, de los artículos 2.2.6.15.2.3.1. al 2.2.6.15.2.3.8. establece el trámite notarial, debiendo el notario designar a un curador especial de la lista de auxiliares de la justicia del Consejo Superior de la Judicatura, para que presente el inventario personalmente y por escrito, siendo protocolizado en escritura pública; en el evento de inexistencia de bienes deberá expresarlo bajo juramento consignado en la respectiva escritura pública de matrimonio, de declaración de unión marital de hecho y constitución de sociedad patrimonial de hecho.

3.4.4. La declaración de existencia y cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho y la declaración de constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho de común acuerdo

Este asunto está contemplado en el artículo 617 numeral 5 del Código General del Proceso, como trámite notarial, sin embargo, no está contemplado en el artículo 577 como un asunto de jurisdicción voluntaria, por ser un asunto litigioso sometido al procedimiento verbal al no tener asignado un trámite especial, de conformidad con el artículo 368 *Ibidem*.

El reconocimiento de la familia concebido en el artículo 42 superior, por vínculo natural derivado de la decisión libre de un hombre y la mujer de conformarla, sin la solemnidad sacramental del matrimonio, tuvo una evolución tortuosa por la estigmatización que hacía la iglesia católica y su fuerte influencia en el Estado, tal y como se abordó en el numeral 3.3.2., sin embargo, cabe anotar que el antecedente histórico más remoto de la unión marital de hecho la encontramos en el derecho romano, en la época del bajo imperio, con la Ley “Julia de adulterris coercendis” año 18 a. C., que contempló las figuras de amancebamiento, adulterio y concubinato, entendiendo que concubinato se deriva del latín “*concupinatus*”, que también se deriva del latín,

“concubare” que significa acostarse o comunidad de lecho, la cual debía ser constante, siempre y cuando la mujer y hombre no tuvieran matrimonio, en caso de estarlo, se cometería el crimen de adulterio, por lo tanto, estas figuras jurídicas tuvieron menor relevancia que el matrimonio, por carecer de la “affectio maritalis”; posteriormente, en el año 9 d. C. con la “Lex Papia Poppae”, se estableció el rango de edades donde es obligatorio el matrimonio, so pena de las sanciones que ocasionaba el ser célibes, en fin en este imperio patriarcal y esclavista era posible el concubinato con mujeres manumitidas, esclavas o de baja reputación, lo cual era considerado un fenómeno social.

En las “Siete Partidas” del derecho español, la unión marital de hecho fue denominada la “Barragania”, que supone la convivencia de los amancebados, los cuales no podían tener impedimento para contraer matrimonio, sin embargo, el concubinato tuvo un duro revés con el derecho canónico que las redujo solo a encuentros sexuales ilegales con carácter de delito, fue en el derecho francés que el concubinato tuvo un avance, al reconocerle a los hijos fruto del mismo, derechos herenciales producto de la Revolución Francesa, toda vez, que los hijos nacidos fuera del matrimonio no tenían la culpa de dicha situación, sin embargo, el Código de Napoleón de 1804 no legisló al respecto.

En nuestra legislación, el Código Civil de 1887, influenciado por la iglesia católica en estos asuntos que eran considerados evasores de los sacramentos, adoptó la posición de considerar el concubinato y el adulterio actos delincuenciales tipificados en el Código Penal. Fue con la expedición de la Ley 45 de 1936, que se empezó a legislar sobre filiación natural; se reconoció la condición de hijo natural, y su vocación hereditaria modificada por la Ley 75 de 1968, con la cual también se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Esta distinción discriminatoria de los hijos legítimos y los extramatrimoniales fue zanjada con la Ley 29 de 1982, que adoptó la igualdad hereditaria para todos los hijos sin importar su condición, cabe recordar, también la expedición del Decreto 2820 de 1974, por el cual se otorgó igualdad de derechos a hombres y mujeres, cuya patria potestad debe ser ejercida por ambos padres, sin importar la condición de los hijos, posteriormente, la Ley 54 de 1990 legisla sobre la unión marital de

hecho y su régimen patrimonial, la expedición de la Constitución Política de 1991 con su ejemplar artículo 42, y la Ley 979 de 2005 modificatoria de la Ley 54 de 1990, y la ley

1060 de 2006 ,que se le da el carácter de legítimos a los hijos nacidos de la unión marital de hecho; con toda esta normatividad se le da el mismo status jurídico a las uniones maritales de hecho, sociedad patrimonial y a los cónyuges o compañeros permanentes, que al matrimonio, sociedad conyugal y a los esposos, como una garantía bifrente de proteger tanto a la pareja y familia, como a su patrimonio.

En principio, la declaración de existencia, disolución y liquidación de la unión marital de hecho y su sociedad patrimonial, solo tuvo trámite judicial por el procedimiento verbal, fue hasta la expedición de la Ley 1564 de 2012, con el artículo 617 numeral 5, que se les otorgó competencia a los notarios para adelantar de común acuerdo dicho procedimiento, el cual fue reglamentado por los artículos 2.2.6.15.2.5.1. al 2.2.6.15.2.5.11 del Decreto 1664 de 2015, el cual adicionó el Decreto 1069 de 2015. Entre los aspectos procesales se destacan los requisitos del inventario solemne de bienes abordado en el anterior numeral 3.4.3, en la solicitud de existencia de la unión marital de hecho; el concepto del defensor de familia cuando hayan hijos menores de edad en la cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho; y la prueba de que las sociedades conyugales anteriores han sido liquidadas mínimo un año antes del inicio de la unión marital de hecho en la constitución patrimonial de hecho.

3.4.5. La declaración de bienes de la sociedad patrimonial no declarada, ni liquidada que ingresan a la sociedad conyugal

Este asunto está contemplado como trámite notarial en el artículo 617 numeral 6 del Código General del Proceso, judicialmente se adelantaría por el proceso verbal al no tener asignado un trámite especial, de conformidad con el artículo 368 ibidem, su trámite notarial fue reglamentado por los artículos 2.2.6.15.2.6.1 al 2.2.6.15.2.6.3 del Decreto 164 de 2015, que adicionó el Decreto 1069 de 2015.

Para ser adelantado notarialmente, los futuros esposos deberán declarar voluntariamente la existencia de la unión marital de hecho y su correspondiente sociedad patrimonial no declarada ni liquidada, para que los bienes que la componen ingresen a la sociedad conyugal producto del matrimonio, cabe recordar, que la sociedad patrimonial surgida en la unión marital de hecho, ha cobrado especial protección jurisprudencial a efectos de evitar ser subrogada por la sociedad conyugal, para dilucidar al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC005 – 2021, magistrado ponente Álvaro Fernando García Restrepo, consideró que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, aun cuando su existencia presupone la existencia de una unión marital de hecho tiene identidad propia, que puede surgir o no como consecuencia de la unión.

En tal sentido, cuando los futuros esposos pretendan celebrar capitulaciones matrimoniales, las mismas serían viables antes de que se configuren las condiciones necesarias para la constitución de la sociedad patrimonial, es decir, solo serán oportunas las capitulaciones matrimoniales entre compañeros permanentes y futuros esposos, si se celebran entre la vigencia de la unión marital de hecho, pero antes de que pueda constituirse la sociedad patrimonial, la cual por el contrario, sus bienes contentivos deben ser anexados a la naciente sociedad conyugal por mutuo acuerdo, so pena de tener que adelantarse por trámite judicial verbal.

3.4.6. La cancelación de hipotecas en mayor extensión, en casos de subrogación

Este asunto quedó contemplado como trámite notarial de conformidad con el artículo 617 numeral 7 del Código General del Proceso; su trámite judicial es litigioso al corresponder a la efectividad de una garantía real, le corresponde el proceso ejecutivo con las particularidades de los artículos 467 y 468 *Ibidem*; su trámite notarial fue reglamentado en los artículos 2.2.6.15.2.7.1 al 2.2.6.15.2.7.6 del Decreto 164 de 2105 que adicionó el Decreto 1069 de 2015.

Para que sea viable el trámite notarial, se debió haber establecido en la escritura pública contentiva de la hipoteca, la obligación del acreedor hipotecario de ir liberando los lotes o construcciones que vayan

cancelando su parte proporcionalmente, ahora bien, si el bien inmueble fue sometido al régimen de la propiedad horizontal, el propietario inicial deberá solicitar el levantamiento de la hipoteca que afecte la unidad privada.

Cabe recordar, que esta obligación en estudio es de carácter legal, inicialmente contemplada en la Ley 66 de 1968 artículo 6, derogado por el Decreto 78 de 1987 artículo 6, que contempló en su artículo 2 literal g, “Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción”, so pena de ser sancionada conforme al Decreto 2610 de 1979 artículo 11, poder sancionatorio previsto actualmente en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad a lo establecido en el Decreto 497 de 1987.

Posteriormente, la Ley 546 de 1999, artículo 55 inciso 2, establece la obligación a constructores en su calidad de promitentes vendedores de informar a los promitentes compradores la existencia de hipotecas de mayor extensión. Por su parte, la Ley 675 de 2001 artículo 17, estableció la divisibilidad de la hipoteca a prorrata en las diferentes unidades privadas sometidas al régimen de la propiedad horizontal, y en su parágrafo contempló el levantamiento proporcional de la hipoteca de mayor extensión que afecte la unidad privada objeto de pago por transferencia de dominio, bajo la consecuencia de la no autorización de la escritura pública por parte del notario. Finalmente, la Ley 962 de 2005, artículo 71, literal e, estableció como requisito de la solicitud para adelantar planes de vivienda gravados con hipoteca, la obligación de liberar los lotes o construcciones vendidos y pagados en forma proporcional.

3.4.7. La solicitud de copias sustitutivas de primeras copias que prestan mérito ejecutivo

Este asunto está contemplado en el artículo 617 numeral 7 del Código General del Proceso, en el Decreto 960 de 1970 artículo 81, y reglamentado por los artículos 2.2.6.15.2.8.1 al 2.2.6.15.2.8.4 del Decreto 1664 de 2015, que adiciona el Decreto 1069 de 2015; el trámite

judicial quedó previsto en el artículo 114 del C. G. P.

Cabe recordar, que el artículo 115 numeral 2, inciso 2 y 3 del Decreto 1400 de 1970 Código de Procedimiento Civil, establecía que solamente la primera copia de una sentencia o providencia ejecutoriada prestará mérito ejecutivo; en caso de pérdida o destrucción de la susodicha copia, la parte interesada podrá solicitar copia sustitutiva, solicitando bajo la gravedad de juramento lo sucedido: que la obligación no se ha extinguido o se extinguió en la parte que se indique, y que en caso que aparezca la primera copia, se compromete a no usarla y entregarla al juez que la expidió para su respectiva invalidación, juramento que se entiende prestado con la presentación de la solicitud; este requisito de primeras copias fue abolido por el artículo 114, numeral 2, del Código General del Proceso, que estableció que las copias de las providencias con constancia de ejecutoria se considerarán título ejecutivo, eliminando el riguroso formalismo de las primeras copias.

De igual manera, el artículo 244, incisos 1 y 4 del Código General del Proceso, preceptuó que se presumen auténticos los documentos de los cuales se tiene certeza de la persona que lo ha extendido, y además se presumirán auténticos los documentos que reúnan los requisitos para constituirse en título ejecutivo, igualmente el artículo 626 *ibidem*, consagra que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo que la ley exija el original o determinada copia.

En el trámite notarial, el notario expedirá copia auténtica de la escritura, la cual debe llevar la anotación de ser sustitutiva de la primera copia que presta mérito ejecutivo, previa solicitud escrita donde se acredite el interés legítimo del solicitante por ser parte o beneficiario de la relación jurídica; que afirme bajo la gravedad de juramento que se entiende prestado con la radicación de la solicitud, los hechos que rodearon la pérdida o destrucción de la copia que presta mérito ejecutivo, que la obligación no se ha extinguido o la parte que se extinguió, y que en el evento en que aparezca se obliga a no usarla, y entregarla al notario para su invalidación.

3.4.8. Declaración de la posesión regular

Este asunto está contemplado como trámite notarial en la Ley 1183 de 2008, artículos 1 al 9 y reglamentado por los artículos 2.2.6.1. al 2.2.6.4 del Decreto 1069 de 2015.

La posesión está contemplada en el artículo 762 del Código Civil, como la tenencia de una cosa determinada “corpus” con ánimo de señor y dueño “animus”, además de la presunción de propietario, mientras otra persona no se atribuye esa condición; el artículo 764 *ibídem*, establece las dos clases de posesión: la regular que es la que se deriva de un justo título y que al menos al principio haya tenido la buena fe, y la irregular sería la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular, artículo 770 *ibídem*. Cabe recordar, que nuestro Código Civil deviene al igual que los demás códigos latinoamericanos del Código Napoleónico de 1804, y asumieron la concepción romana de la posesión “*possessio*”, que se deriva de “*possidere*”, la cual se compone de “*pot*” la cual se refiere a ejercer poder sobre una cosa y “*sedere*” que hace referencia a asentarse sobre la cosa, en tal sentido, como el estado de hecho o situación factual de tener y usar una cosa, independientemente que exista o no un derecho que lo respalde, sin embargo, cuando va evolucionando la usucapión y la posesión puede transformarse en propiedad, la posesión empieza a considerarse como un derecho por la defensa jurídica que se le otorga, como sucedió en la Ley de las XII Tablas en la época republicana romana, que estableció la usucapión en la Tabla VI así: “El que posee una cosa por espacio de uno o dos años, llega a ser propietario de ella”.

De otra parte, existen dos artículos del Código Civil que respaldan la posesión como derecho, el 785 y el 789, que establecen la posesión inscrita y su cesación, consistente en una formalización de la posesión en el Registro de Instrumentos Públicos, toda vez, que la protege frente a futuros poseedores con la posibilidad de ser cancelada voluntariamente o por una nueva inscripción derivada de la transferencia del derecho o por decreto judicial; disposiciones avaladas constitucionalmente por la Corte Suprema de Justicia el 18 de febrero de 1972. En tal sentido, la posesión empezó a ser considerado un derecho real de carácter provisional, posteriormente el Decreto 1250 de 1970,

artículo 7, en su último inciso, avalaba la inscripción de títulos de falsa tradición, es decir, la posesión regular; normatividad que son un claro antecedente de la declaración de posesión regular prevista en la Ley 1183 de 2008.

La posesión inscrita de la Ley 1183 de 2008, consiste en una facultad de los poseedores materiales de viviendas de estrato 1 y 2 sin título inscrito, para solicitar ante notario del respectivo círculo la inscripción de la posesión regular, con el fin de habilitarse para la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio en los términos establecidos del artículo 2629 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002 es decir, de 5 años y normas especiales de las viviendas de interés social; lo cual claramente es un beneficio para los poseedores regulares de esta clase de viviendas para gozar de este privilegio. La Ley 1183 de 2002, dispone que se debe jurar la inexistencia de pleito pendiente sobre el dominio o posesión del inmueble anterior a la solicitud, además podrá anexar títulos aparentes como la promesa de compraventa que haya habilitado la entrega y la adquisición de mejoras, derechos o acciones sobre el inmueble por instrumento público o privado, además del pago del impuesto predial y complementarios, como requisitos para la autorización de la escritura pública y su posterior inscripción en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos, bajo el código de "*Inscripción de Declaración de Posesión Regular*". Cabe recordar, que el artículo 15 *Ibidem*, establece que, en el evento de existir más de una notaría en el círculo de la jurisdicción del inmueble, la solicitud deberá elevarse ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o la Superintendencia de Notariado y Registro, para el caso de los inmuebles ubicados en Bogotá D. C. para ser sometida a reparto.

Reglamentariamente se destaca el término de 8 días que tiene el notario una vez conoce de la solicitud, para determinar si cumple con lo establecido en la Ley 1183 de 2008, para proceder a autorizar la escritura pública o en su defecto archivarla. Además, del requisito de que el inmueble no se encuentre en zonas de riesgo, suelo de protección ambiental, en desarrollos no legalizados o sea un bien público o fiscal, correspondiéndole al interesado y a las respectivas autoridades competentes, pronunciarse sobre la factibilidad de la declaración posesoria (Artículo 2.2.6.6.2 del Decreto 1069 de 2015), en un

término de 20 días hábiles, igualmente, el decreto reglamentario le impone la obligación al notario de indagar al interesado, para descartar la existencia de causales que ocasionen la excepción de la inscripción del artículo 9 de la Ley 1183 de 2008.



• Capítulo 4

Aplicación de los medios electrónicos en la función notarial

Aplicación de los medios electrónicos en la función notarial

Durante el desarrollo de la humanidad, la tecnología ha actuado como una muñeca matrioska, es decir, un avance tecnológico sustituye el anterior y posteriormente dará lugar a uno nuevo, y por lo general, la vanguardista, requiere menos mano de obra, a lo cual ya nos hemos acostumbrado, sin embargo, como nunca antes se han sido tan acelerados y contundentes, y han puesto en tela de juicio el reemplazo masivo de trabajadores, toda vez, que las nuevas tecnologías derivadas del internet, además del reemplazo de labores operativas que terminan automatizadas también han ido reemplazando labores profesionales.

En la actualidad el mundo transita la cuarta revolución industrial, denominada desde la Feria de Hannover del 2011 “Industria 4.0” y tiene el objetivo de la transformación de la industria hacia organizaciones inteligentes, la cual trae consigo nuevas tecnologías digitales y de internet, que permite la automatización de procesos sin la participación humana. La Industria 4.0, dista mucho de las anteriores revoluciones industriales (la mecanización, la electricidad y las tecnologías de la información), al lograr la fusión del mundo físico, digital y biológico, trayendo una fuerte influencia en la sociedad, en lo socioeconómico, toda vez, que además de causar desplazamiento de trabajadores, a los que permanezcan les exige nuevas competencias en el conocimiento y funcionamientos de las TICs, sin que la función notarial, a pesar de sus solemnidades, sea ajena a su impacto, y que el uso de nuevas tecnologías digitales inevitablemente traerán nuevos tipos de empleo y formas de trabajo, con sus correspondientes cambios en las estructuras internas de las notarías y forma de relacionarse con sus usuarios.

En nuestro país, el gobierno nacional mediante directivas presidenciales, documentos CONPES (3975 de 2019 y 3995 de 2020), y planes de desarrollo (Ley 1955 de 2019, artículo 148 y Ley 2294 de

2294 de 2023, artículo 143), ha fomentado la digitalización de los trámites administrativos, al igual con la expedición de diferentes normas, entre las cuáles tenemos la Ley 1437 de 2011, artículo 53, el cual habilita los medios electrónicos para los procedimientos y trámites administrativos, y demás normas compatibles de la Ley 527 de 1999, entre ellas la firma digital, el Decreto Ley 019 de 2012 que estableció la obligatoriedad de la identificación de los medios electrónicos, basada en la información biométrica que dispone la Registraduría Nacional del Estado Civil, Decreto Ley 2364 de 2012, artículo 7, donde se estableció la firma electrónica, de igual forma, se expidió la política de Gobierno Digital en los artículos 2.2.9.1.1.1. al 2.1.9.1.4.3. del Decreto 1078 de 2015, subrogado por el artículo 1 del Decreto 767 de 2022, normativa donde los particulares que cumplen funciones administrativas también son destinatarios. Por su parte, la Ley 2052 de 2020, artículos 1 y 9, estableció la obligación de implementar los servicios ciudadanos digitales a los particulares que cumplen funciones administrativas, reglamentado por el Decreto 620 de 2020; dichas normas instaron a la Superintendencia de Notariado y Registro, hiciera lo propio expidiendo las directrices de la implementación de los medios electrónicos en la función notarial, como respuesta a la necesidad de prestar servicios notariales no presenciales, cabe recordar, que los documentos electrónicos se sujetan a los lineamientos en el Sistema de Gestión de Documentos Electrónicos de Archivo del Archivo General de la Nación, finalmente, se destacan los documentos CONPES 3920 del 2018 sobre la Política Nacional de Explotación de Datos BIG DATA, y CONPES 3975 del 2019 sobre la Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial, que pretenden modernizar de forma transversal la administración pública colombiana, a los cuáles me referiré en los siguientes apartados.

Sin embargo, el proceso de digitalización de la función notarial tuvo un duro revés, debido a que el Decreto 2106 de 2019, había establecido unas normas que impulsarían la digitalización de la escrituración y demás actuaciones notariales por medios electrónicos y su archivo en los artículos 59 al 63, empero estos artículos fueron declarados inexequibles en la Sentencia C – 159 de 2021; sin embargo, los avances tecnológicos crean una nueva realidad y afectan directa o transversalmente todas las actividades humanas, por lo tanto, la función notarial no puede sustraerse.

Finalmente, cabe recordar que la tecnología es axiológicamente neutra, cuando el científico estadounidense Julius Robert Oppenheimer creó la bomba atómica “Gadget”, probada el 16 de julio de 1945, al sur de los Álamos en Estados Unidos, y posteriormente, el 6 y 9 de agosto del mismo año devastando las ciudades niponas de Hiroshima y Nagasaki, dejando un saldo de más de 110 mil víctimas fatales, principalmente civiles; dando lugar a la era nuclear, esta capacidad de destrucción, nunca antes vista - ni después- hasta nuestros días, mantiene en vilo la propia subsistencia humana.

Oppenheimer hizo parte del comité científico que recomendaba al Consejo de Guerra de Estados Unidos su utilización contra Japón; su planteamiento era que fuera utilizada contra objetivos militares y no contra población civil, esto conllevó a que semanas después le dirigiera una carta al gobierno Truman manifestándole que "la seguridad de esta nación... no puede basarse, total ni principalmente en sus proezas científicas o técnicas. Solo puede basarse en hacer imposibles futuras guerras", y después se opuso a que Estados Unidos desarrollara una bomba de hidrógeno que es aún más potente y devastadora; lo cual le generó que fuera tildado de simpatizante del comunismo con múltiples enemigos políticos, por consiguiente, se marginó del gobierno estadounidense, nunca más volvió a trabajar para él, y en su lugar se dedicó hasta su muerte en 1967, a disertar sobre ciencia y ética en su Academia Mundial de las Artes y las Ciencias, de la cual fue fundador, siendo este ejemplo el mayor referente mundial que el uso de la tecnología comporta decisiones filosóficas – axiológicas.

Es por ello, que aún en estados liberales por razones de interés general o de Estado, la ley ha impuesto límites al principio de la autonomía de la voluntad, sobre ciertas conductas humanas o sobre ciertas relaciones sociales el Estado, donde muy seguramente la función notarial al ser desempeñada por los notarios por descentralización del Estado, una modificación drástica del también concebido como servicio público, requiere de un consenso social sobre los beneficios o consecuencias adversas que puedan traer a las relaciones sociales, lo cual ralentiza los efectos de los cambios tecnológicos en la función notarial, sin embargo, ya se aplican por la mayoría de los despachos notariales la implementación de la identificación biométrica, actualizan y consultan las base de datos sincronizadas, y algunas ya han utilizado

la escritura pública digital; esta última abordada en el siguiente acápite.

Finalmente, los cambios tecnológicos no tienen garantizada su permanencia perpetua porque cada vez se tornan más pasajeros, y están signados por la provisionalidad, sin embargo, al momento de escribirse la presente obra, la blockchain es invulnerable, puede ser que a futuro no lo sea, y la aplicación en diferentes áreas de la inteligencia artificial como máximo desafío de las organizaciones; al respecto en la presente unidad abordaré el proceso de digitalización en la escrituración, y la factibilidad de uso de la blockchain, smart contracts y la inteligencia artificial en la función notarial colombiana, haciendo salvedad que como estas tecnologías trascienden fronteras, es probable que su uso y aplicación sea discutido en instancias supranacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), donde se materializan recomendaciones y compromisos a los diferentes estados miembros.

4.1. Hacia la digitalización de la escritura pública

Las escrituras públicas digitales son documentos electrónicos creados por un software, luego no corresponde al escaneo de documentos físicos, para ser convertidos en archivos digitales, en tal sentido, corresponden a archivos electrónicos encriptados alojados en la nube con códigos únicos extendidos y autorizados por un notario, por lo tanto, además de la escritura tradicional que es la impresa físicamente existen las otras escrituras digitales, la electrónica con la firma digital de las partes y certificada con la firma manuscrita del notario, y la electrónica con la firma digital de las partes y encriptada con la firma electrónica del notario certificada.

La digitalización de la función notarial ha sido liderada por la Superintendencia de Notariado y Registro, en coordinación con los Ministerios de Justicia y del Derecho, y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el fin de que la escrituración sea más expedita y funcional. Inicialmente solo trece notarías cumplieron con los requerimientos y soportes tecnológicos para realizar inicialmente cuatro trámites que son la autenticación, el registro civil, compraventa de inmuebles y testamentos. Para tal efecto, el usuario digital debe

dirigirse a una de las notarías habilitadas para servicios notariales digitales, hacer el respectivo registro y en lo sucesivo podrá adelantar sus trámites desde la comodidad de sus casas u oficinas.

Cabe recordar, que las escrituras públicas digitales o electrónicas a pesar de las normas declaradas inexecutable con la Sentencia C – 159 de 2021, deben otorgarse de forma continua sin dejar espacios en blanco, ni se permite el uso en los nombres de abreviaturas o iniciales que puedan dar lugar a confusión, las cuáles serán suscritas con firma digital o electrónica con los mismos efectos de la firma autógrafa; y que los documentos se originen en forma electrónica se archivarán de igual forma, aunque la copia electrónica se integrará al archivo en formato físico.

Para que la “digitalización notarial” se materialice, la Superintendencia de Notariado y Registro, creó un repositorio donde se almacene copia del archivo integrado de las notarías que la extiendan y demás documentos que la soporten; este repositorio ayudará a respaldar la volumetría de trámites notariales, mitigando el riesgo de pérdida del protocolo, lo cual conllevó a adquirir una infraestructura en nube que soportó la operación digital, en tal sentido, este proceso no es una propuesta futurista sino una realidad en ampliación de aplicación.

Vale la pena resaltar, que las herramientas tecnológicas facilitan el funcionamiento 24/7 de las notarías como sucede con la 79 y 80 del Círculo de Bogotá que tienen su sede en el Aeropuerto El Dorado. Finalmente, resalto la creación del repositorio digital de salida de menores del país, fruto del convenio interadministrativo entre Migración Colombia y la Superintendencia de Notariado y Registro, que permite el cargue inmediato del permiso parental protocolizado ante cualquier notaria del país y minimiza la proclividad de fraude, en pro de la seguridad de los menores.

4.2. La función notarial, la blockchain y los smart contracts

Tal y como se abordó en la unidad 3, la función notarial va mucho más allá de la simple identificación de los otorgantes y la conservación de documentos; toda vez, que ella se desarrolla en la esfera de las relaciones sociales, donde cobra vigencia la labor de asesoramiento y

En Colombia, la cadena de bloques blockchain no tiene aplicación en la función notarial, sin embargo, la Superintendencia de Notariado y Registro no descarta el uso de nuevas tecnologías de autenticación, entre ellas la blockchain, tal y como se expresa en el artículo 41 del documento final, versión V1.0 del anexo técnico del Proyecto de digitalización notarial, bajo el entendido que el notariado es un escenario natural para la blockchain; teniendo en cuenta que, una vez registrado un documento en la blockchain no puede ser modificado sin dejar rastro digital, y si cambian datos avisará que el documento no es confiable; habida cuenta, que una cadena de bloques es un solo registro y funciona como un libro mayor que está “distribuido”, entre muchas partes diferentes, que puede ser actualizado solo con el consenso de la mayoría de participantes del sistema, y tanto la información inicial, como las modificaciones nunca podrán ser borradas.

Sin embargo, el blockchain de documentos no sería útil si opera como el de criptomonedas, que solo registra transacciones, toda vez, que no almacena el documento sino el hash del documento que sería lo que permite su comprobación, sin embargo, esta tecnología de bloques en nada serviría para el control jurídico y de legalidad de la información contenida en los documentos, ni tampoco podría servir para determinar la capacidad de los otorgantes, ni el consentimiento libre de vicios que son funciones propias del notariado.

Por su parte, la tecnología blockchain fue la matrioska de los smart contracts o contratos inteligentes, porque la blockchain suministró el canal seguro para la creación de los smart contracts, los cuáles han tenido un notable impacto desde el 2017, con las prolíficas criptomonedas, aunque fueron creados en el año de 1996 por Nick Szabo, con la promesa de facilitar la conformación de negocios jurídicos simplificados, generalmente innovadores, suprimiendo la intermediación, reduciendo los riesgos, a través de programas informáticos, empero, aunque son contratos autoejecutables, siempre requerirán de un tercero que verifique su ejecución.

Ahora bien, esencialmente los smart contracts son un algoritmo matemático que permiten denotar la constitución de las relaciones entre dos o más partes, lo cual ha permitido que se equipare a los vínculos de las relaciones contractuales, a los cuáles se les ha apodado con el

adjetivo de inteligente a esta clases de contratos o mejor aún vínculos, derivados de la automatización del vínculo que no depende de las partes para ejecutarse lo pactado, toda vez, que las condiciones contractuales están predeterminadas desde su creación, por ello, considero que el apelativo de inteligente sobrepasa la naturaleza de los smart contracts, aunado que desconoce el ordenamiento jurídico preexistente.

En la actualidad, los smart contracts no han sido legislados en Colombia, sin embargo, para que sean integrados a nuestro ordenamiento jurídico deben estar acorde con normas de mayor jerarquía como la Constitución Política, el Código de Comercio, el Código Civil, entre otras, que establecen principios y regulaciones donde rigen los vínculos jurídicos, garantistas de los derechos y deberes de las partes contractuales, cuyo desconocimiento ocasionaría la inexistencia, nulidad u oponibilidad del vínculo jurídico.

En tal sentido, en cuanto al respeto de principios constitucionales, tales como, el principio de la autonomía de la voluntad, que es eje transversal de los contratos, como fuente de las obligaciones, sin que el ejercicio de esta autonomía pueda desconocer el sistema jurídico establecido. En los smart contracts, inicialmente hay una manifestación ambigua de este principio, que termina diluida ante la automatización de la ejecución; de otra parte, el principio de la presunción buena fe, también se hace difícil de establecer teniendo en cuenta, que los mismos solo responden a un lenguaje de patrones que imposibilita identificar las intenciones de las partes, en la medida que solo se guía por la ejecución de acciones.

En cuanto al cumplimiento de los smart contracts de la normatividad civil, su mayor censura se derivaría de los requisitos de validez de los contratos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil y desarrollados en normas subsiguientes, tales como, la capacidad, donde los vínculos derivados de ellos no presuponen una identificación de las partes; en segundo lugar, el consentimiento libre de todo vicio también previsto en el Código de Comercio, en el artículo 864, no puede determinarse con la simple oferta y aceptación que presupone su creación, la cual se lleva a cabo en un escenario de rapidez y facilidad. En tercer lugar, la automatización de su ejecución imposibilita

determinar las causas que determinó su creación, las cuáles podrían estar en contra de las buenas costumbres; en cuarto lugar, la ejecución de los smart contracts no permiten determinar el objeto real del vínculo, facilitando verse sobre objetos que no están en el comercio, constituyendo un objeto ilícito.

Conforme a lo expuesto, respecto a estas dos tecnologías, puedo afirmar que la blockchain, será a lo sumo una herramienta más no una sustitución de la labor de los notarios, y respecto a los smart contracts, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano no son válidos y no tienen posibilidad de desarrollarse normativamente, tal y como actualmente son concebidos, por lo tanto, tampoco sustituirán la función fedante de los notarios.

4.3 La función notarial, el big data y la inteligencia artificial (IA)

El ejercicio de la función notarial inescindiblemente les permite a los notarios acceder a datos de las personas, entendiéndose por datos como la representación primaria de las diferentes variables, tanto de índole cualitativo como cuantitativo. Si solo quedan bajo la percepción de los sentidos de los notarios son analógicos, cuando los escala a una interpretación binaria se convierten en digitales, los cuales una vez recolectados, almacenados y procesados constituyen información que puede ser utilizada para generar conocimientos, o para obtener beneficios económicos o sociales, en tal caso, ya estamos frente a una explotación de datos.

El CONPES 3920 del 2018 identificó en su diagnóstico, que en Colombia hay una baja disponibilidad de datos públicos digitales, debido principalmente a la baja digitalización, bajo nivel de datos abiertos y baja interoperabilidad, donde solo el 4% de las entidades públicas tendrían la idoneidad para el aprovechamiento de datos, por ello, recomendó el diseño e implementación de una herramienta que le facilite a las entidades públicas la administración de datos.

De otra parte, el primer dato que empezó a protegerse fue el *habeas data* y sus datos conexos, pero con la masificación del *big data*, la autorización de tratamiento de datos personales de la Ley 1581 de 2012, hoy constituye un documento más de los expedientes

administrativos sin ofrecer una protección real en la práctica, frente a la inteligencia artificial que utiliza un procesamiento de datos estructurados, en la mayoría de casos, en ambientes no controlados que no permiten la rectificación de la información personal.

La inteligencia artificial o IA, es una tecnología que hace uso de algoritmos para analizar casos. La OCDE en el 2019 la definió así: “Un sistema basado en una máquina que pueden para un conjunto determinado de objetivos definidos por humanos, hacer predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en entornos reales o virtuales”, es decir, la inteligencia artificial muestra patrones comunes a la inteligencia humana, ayudando a la eficiencia de las personas al ocuparse de tareas simples.

En Colombia, la IA ha ido avanzando en la administración de justicia, la cual está íntimamente relacionada con la función notarial. Entre las herramientas que han implementado están: Pretoria la cual apoya el proceso de selección de sentencias de tutela para la revisión eventual; el Fiscal Watson que analiza datos del Sistema Penal Oral Acusatorio; Robot Siarelis empleada por la Superintendencia de Sociedades para apoyar la resolución de conflictos societarios; y el sistema de Juez Inteligente, que permite apoyar la valoración probatoria desarrollado por la Universidad de Medellín; estos avances tecnológicos me permiten concluir que la IA es una tecnología en ascenso en la administración de justicia, sin que llegue a reemplazar al operador judicial, toda vez, que esta función nunca podrá ser automatizada, por ser una función administrativa reservada al Estado, la cual está prescrita de ser desarrollada por personas privadas, de igual manera sucede con la representación judicial, en la medida que la representación judicial tampoco podrá ser automatizada, por lo tanto, considero que la IA siempre será una herramienta auxiliar del operador judicial y del representante judicial, que le brindará más eficiencia e independencia, en cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, y el artículo 5 de la Ley Estatutaria 270 de 1996.

Que ya se haya iniciado la implementación de la IA en la administración de justicia, es un buen prelude de su probable aplicación en la función notarial, sin embargo, finalmente cabe anotar que en países

en vía de desarrollo como el nuestro, con una brecha de desigualdad medida por el coeficiente de Gini, que en el 2022 fue de 0.556; desigualdad que también se materializa en el acceso al internet y de herramientas tecnológicas, lo cual constituye una barrera, que ralentiza la implementación absoluta de nuevas tecnologías, toda vez, que su obligatoriedad en vez de provocar una democratización del servicio público, terminaría privatizándolo al limitar su acceso, y por lo tanto, no representaría un factor de desarrollo.

Ahora bien, los trámites notariales están reglamentados con unos requisitos de solemnidad, previstos en el Código Civil, Código de Comercio, Código General del Proceso, Decreto 960 de 1970, Decreto 1260 de 1970, Decreto 1664 de 2015, Decreto 1069 de 2015, resoluciones y circulares de la Superintendencia de Notariado y registro, entre otras normas, en la mayoría de ellos, se requiere la mediación del notario y otros funcionarios judiciales, que constituyen un óbice para su sustitución por la IA, en tal sentido, considero que este nuevo desarrollo tecnológico, a lo suma se aplicará como apoyo a ciertas etapas de los procesos notariales, sin que ello implique la subrogación integral del modelo latino del notariado imperante en Colombia.

Referencias

- Abello, J. A. (2010b). El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: la responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales en las EPS en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 26, pp. 267-284.
- Acuerdo 1, del 31 de enero de 2020, por el cual se adopta el reglamento del Consejo Superior de la Carrera Notarial, Consejo Superior de la Carrera Notarial, Colombia.
- Acuerdo 2, del 31 de enero de 2020, por el cual se establece el procedimiento operativo para implementar el derecho de preferencia consagrado en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, Consejo Superior de la Carrera Notarial, Colombia.
- Aguilar, T. (2006). *Naturaleza jurídica del notario*. Medellín: Señal Editora.
- Alarcón, Y., *La sociedad conyugal en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013, 53-54.
- Bacigalupo, E. (2005). Posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. *Curso de Derecho Penal Económico*. Segunda Edición. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Págs. 177-189.
- Bahamón, M. y HELO, O., *El divorcio en Colombia*, Bogotá, Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, 1977, 12-18.
- Batista, M. (2005). La responsabilidad Penal de los órganos de la empresa. *Curso de Derecho Penal Económico*. Segunda Edición. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Págs. 143-155.
- Boffi, P. (1942) *Contribución Notarial a la Reforma del Código Civil*, Buenos Aires.

- Bustos, J; Hormazabal, H. (2006). Lecciones de derecho penal. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Cabanelas, G. (1972) Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliaca S.R.L.
- Carnelutti, F. (2004). Cómo nace el derecho, tercera edición. Editorial Temis S.A.S.
- Carral, L. (2017) Derecho Notarial y Derecho Registral. México DF: Editorial Porrúa.
- Cerezo, J. (2008). Derecho penal parte general. Buenos Aires: B deF.
- Cervini, R. & Adrisoila, G. (2005). Derecho penal de la empresa desde una visión garantista. Buenos Aires: B de F.
- Cesano, J. D. (2007). Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica. Tratado de responsabilidad médica. Buenos Aires: Legis.
- Cesano, J. D. (2010). La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: Bases para su análisis. En Berruezo Rafael; Rodríguez Juan María; et al. Derecho Penal Económico. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Constitución Política de la República de la Nueva Granada, 21 de mayo de 1853, Nueva Granada.
- Constitución Política de Colombia, 8 de mayo de 1863, Estados Unidos de Colombia.
- Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991, República de Colombia.
- Cubides, M, Derecho Notarial Colombiano. Pág. 139. (1ª. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1.978).
- Cuello, J. (2009). El Derecho Penal Español Parte General. (Vol. II). Madrid, España: Editorial Dykinson.

Del Castillo Codes, E. (2007). La imprudencia: autoría y participación. Monografías de Derecho Penal. (No. 10). Madrid, España: Editorial Dykinson.

Decreto 3346, 28 de diciembre de 1959, Por el cual se da una adecuada dirección y un ordenamiento racional al servicio público de notariado y registro, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto Ley 960, 20 de junio de 1970, Por el cual se expide el estatuto de notariado, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto Ley 1260, 27 de julio de 1970, Por el cual se expide el estatuto del registro del estado civil de las personas, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto 2163, 9 de noviembre de 1970, Por el cual se oficializa el servicio de notariado, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto 410, 27 de marzo de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto 2148, 1 de agosto de 1983, Por el cual se reglamentan los decretos leyes 960 y 2163 de 1970 y la ley 29 de 1973, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto 2141, 15 de julio de 1986, Por el cual se adopta el Código Electoral, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto Ley 624, del 30 de marzo de 1989, Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto 1890, 28 de septiembre de 1999, Por el cual se reorganiza el Ministerio de Justicia y del Derecho y se dictan otras disposiciones sobre la materia relacionadas con las entidades que integran el Sector Administrativo de Justicia, Presidencia de la República, Colombia.

Decreto 3454, 3 de octubre de 2006, Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000, Presidencia de la República, Colombia.

- Decreto 2054, 16 de octubre de 2014, Por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, Presidencia de la República, Colombia.
- Decreto 2723, 29 de diciembre de 2014, Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro, Presidencia de la República, Colombia.
- Decreto 1069, 26 de mayo de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, Presidencia de la República, Colombia.
- Decreto 1664, 20 de agosto de 2015, Por el cual se adiciona y se derogan algunos artículos, del Decreto 1069 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho y se reglamentan los artículos 487 parágrafo y 617 de la Ley 1564 de 2012, Presidencia de la República, Colombia.
- Decreto 1762, 2 de junio de 2004, Por el cual se reglamenta la Ley 861 de 2003 relativa al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia, Presidencia de la República, Colombia.
- Decreto 2817, 22 de agosto de 2006, Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes, Presidencia de la República, Colombia.
- Decreto 19, 10 de enero de 2012, Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, Presidencia de la República, Colombia.
- Decreto Ley 2106, 22 de noviembre de 2019, Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública, Presidencia de la República, Colombia.
- Díaz, M. L. (1983) Derecho Notarial Chileno. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- Díaz y García Conlledo. (1991). La autoría en el derecho penal. Barcelona, España: Editorial PPU.
- Documento CONPES 3920, 17 de abril de 2018, Departamento Nacional de Planeación, Colombia.
- Documento CONPES 3975, 8 de noviembre del 2019, Departamento Nacional de Planeación, Colombia.
- Feijóo, B. (2007). Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Colección de Derecho Penal. Madrid, España: Cámara de Comercio de Madrid.
- Fernández, C. M. (1985) Tratado de Notaria. Tomo I. Madrid – España: Editorial la Merced.
- Fernández, S. (2007). El administrador de hecho y derecho. Tirant Monografías (No. 519). Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- Ferre, J. C.; Nunez, M; Ramírez, P. (2010). Derecho Penal Colombiano Parte General. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Figalfo, S. (2008). Responsabilidad Penal por Ejercicio de la Medicina en Equipo. Lisboa, Portugal: Coimbra Editora.
- García, P. (2007). Derecho Penal Económico. (Tomo I - Segunda edición). Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Giménez-Arnau, E., (1976) Derecho Notarial, Pamplona – España, Universidad de Navarra.
- Gómez, M. C. (2003). La responsabilidad penal del médico. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Hernández, A. (2002). Autoría y participación. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Págs 265-287.
- Iglesias, J. (1972). “Derecho Romano”; Barcelona, Ariel.
- Jackobs, G. (1998). Imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jescheck, H. (2002). Tratado De Derecho Penal Parte General. (5a edición). Granada, España: Editorial Comares.

Ley del 29 de mayo de 1837, Por el cual se establece el Código Penal, Secretaría del Senado, Nueva Granada.

Ley del 20 de junio de 1853, Por medio del cual se regula el matrimonio civil, Secretaría del Senado, Nueva Granada.

Ley del 8 de abril de 1856, Por la cual se establece el matrimonio civil facultativo, Secretaría del Senado, Nueva Granada.

Ley 84, 26 de mayo de 1873, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, Secretaría del Senado, Estados Unidos de Colombia.

Ley 57, del 15 de abril de 1887, Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, Secretaría del Senado, Colombia.

Ley 30, 25 de febrero de 1888, Se reforma el Código Judicial, Secretaría del Senado, Colombia.

Ley 35, 27 de febrero de 1888, Que aprueba el convenio del 31 de octubre de 1887, celebrado en la ciudad de Roma entre el sumo pontífice León XIII y el Presidente de la República, Secretaria del Senado, Colombia.

Ley 8, 18 de febrero de 1922, Por la cual se adiciona el código Civil, Secretaria del Senado, Colombia.

Ley 54, 5 de diciembre de 1924, Por la cual se aclara la legislación existente sobre matrimonio civil, Secretaría del Senado, Colombia.

Ley 28, 12 de noviembre de 1932, Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial del Matrimonio), Secretaría del Senado, Colombia.

Ley 29, 28 de diciembre de 1973, Por la cual se crea el Fondo Nacional del Notariado y se dictan otras disposiciones, Secretaría del Senado, Colombia.

- Ley 1, 19 de enero de 1976, Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de Derecho de Familia, Secretaría del Senado, Colombia.
- Ley 25, 17 de diciembre de 1992, Por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11,12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política, Secretaría del Senado, Colombia.
- Ley 133, 23 de mayo de 1994, Por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política, Secretaría del Senado, Colombia.
- Ley 527, 18 de agosto de 1999, Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, Secretaría del Senado, Colombia.
- Ley 599, 24 de julio de 2024, Por el cual se expide el Código Penal, Secretaría del Senado, Colombia.
- Ley 588, 5 de julio de 2000, Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial, Secretaría del Senado, Colombia.
- Ley 962, 8 de julio de 2005, Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, Secretaría del Senado, Colombia.
- Ley 1437, 18 de enero de 2018, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Secretaría del Senado, Colombia.
- Ley 1564, 12 de julio de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, y se dictan otras disposiciones, Secretaría del Senado, Colombia.

Ley 1579, 1 de octubre de 2012, Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones, Secretaría del Senado, Colombia.

Ley 1819, 29 de diciembre de 2016, Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones, Secretaria del Senado, Colombia.

Ley 1952, 28 de enero de 2019, Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario, Secretaría del Senado, Colombia.

Ley 1996, 26 de agosto de 2019, Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, Secretaria del Senado, Colombia.

López, C. (1996). Introducción a la imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mariaca, V. J. A. (1996) Análisis deontológico de la función notarial en el sistema jurídico boliviano. La Paz – Bolivia: Editorial Fides et ratio.

Marinoni, L. G. (2011). Tutela específica de los derechos. Lima – Perú: Palestra Editores.

Martínez, H., *El divorcio en Colombia*, Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1993, 6-12.

Mendoza, A. F. (1993) Tratado de Derecho Notarial. Editorial Jurídica Santiago de Chile: Cono Sur Ltda.

Meini, I. (2005). Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada. Nuevo Foro Penal. (No 68). Págs. 62 - 92.

Mengual y Mengual, J. (1932), Elementos del Derecho Notarial, Barcelona, Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Monroy, M., *Régimen concordatario colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1975, 23-32 y 55-87.

Núñez, R., (1986) *Estudios del Derecho Notarial*, Madrid, Instituto de España.

Ossorio, A. (1997) *El Alma de la Toga*, Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires – Argentina. Editorial Aries.

Paz, J., (2011). *Repertorio de Derecho Notarial Argentino*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores.

Pérez, F. C. B. (2003) *Derecho Notarial*. México DF: Edit. Porrúa.

Resolución 858, 31 de enero de 2018, Por la cual se actualizan las tarifas de los derechos por concepto del ejercicio de la función notarial, Superintendencia de Notariado y Registro, Colombia.

Resolución 5296, del 15 de noviembre de 2000, Por la cual se autoriza a los Notarios del país a prestar en forma compartida con los registradores del Estado Civil, el servicio de Registro del Estado Civil, Registraduría Nacional del Estado Civil, Colombia.

Reyes, Y. (2007). *Imputación objetiva*. (3ª edición). Bogotá: Temis.

Risso, E. (1940). *Homenaje al escribano Dr. Don Victorino de la Plaza en su centenario*. La Plata – Argentina, Escuela de Artes y Oficios.

Roxin, C. (2007b). *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. (7a edición). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.

Saénez, J. (2001). *La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995*. Madrid, España: Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.

Sanahuja, J. (1945). *Tratado de Derecho Notarial*, Barcelona, Bosh.

Schunemann, B. (2007). *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

- Sentencia C-093 de 1998, M. P. : Vladimiro Naranjo Mesa, Corte Constitucional, Colombia.
- Sentencia del 15 de mayo de 2000, M. P. : Carlos Augusto Gálvez Argote, Corte Suprema de Justicia, Colombia.
- Sala Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002, M. P.: Carlos Mejía Escobar, Corte Suprema de Justicia, 2002.
- Silva, J. M. (2001). Autoría delictiva en las estructuras organizadas. En: Silva, J. M. &Suárez, C. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública. Bogotá: Grijley, Instituto Peruano de Ciencias Sociales.
- Silva, J. M. (2004). Estudios sobre los delitos de omisión. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Suárez, A. (2007). Autoría. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Velázquez, F. (2010). Manual de derecho penal. (4a. edición). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2007). Derecho Penal Parte General. (Cuarta edición). Medellín, Colombia: Editorial Comlibros.
- Zaffaroni, E.; Alajia, A.; Slokar, A. (2006) Manual de Derecho Penal Parte General. (Segunda edición). Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima, Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Carlos Alberto Jaimes Fernández

Abogado

Universidad Libre, seccional Cúcuta, donde también cursó las especializaciones en Derecho Procesal, Derecho Público, Contratación Estatal, Derecho Penal y Criminología, Derecho Inmobiliario, Notarial y Urbanístico, es Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar seccional Cúcuta.

Ha sido docente de pregrado y posgrado desde el 2004 en la Corporación Universitaria Remington, Universidad Francisco de Paula Santander, Universidad Simón Bolívar, Corporación Universitaria Autónoma del Norte, y en la Escuela Superior Administración Pública, en esta última logró la categoría de Titular en el 2018, también es capacitador de la Escuela Superior de Administración Pública y de la Escuela de Alto Gobierno del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El autor también es Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública, Administrador de Empresas de la Universidad Francisco de Paula Santander y Economista de la Universidad de Pamplona, Especialista en Gestión Ambiental de la Fundación Universitaria del Área Andina, Magister en Administración de Instituciones de Salud de la Universidad Experimental del Estado Táchira, y Doctor en Educación de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.



UNIVERSIDAD
DE PAMPLONA



ISBN (Digital): 978-628-7656-39-0