

0748

SNR2015EE008261

Consulta No. 0841 ante la Oficina Asesora Jurídica Superintendencia de Notariado y Registro

SECRETARÍA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN

15 MAR 27 PM 2:44

RECEIVED SECRETARÍA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN

Asunto: Escritura pública por persona de avanzada edad y con Alzheimer, CN – 05, radicación ER 007167 de fecha 12 de febrero de 2015.  
Fecha: 26 de marzo de 2015.

Señores Abaunza Márquez:

En el asunto descrito, solicitan concepto en el sentido de determinar las normas y las medidas que se deben tomar en una Notaría para permitir realizar una escritura pública de venta por una persona de avanzada edad, con demencia senil, Alzheimer, persona no hábil para obligarse, autodeterminarse y efectuar negocios. Lo anterior, por cuanto su señora madre sufría de todas las enfermedades anteriores y el Notario permitió que realizara la escritura pública de venta de su casa.

Marco Jurídico:

- Decreto 960 de 1970
- Decreto 2148 de 1983

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica:

Sobre el particular, inicialmente es importante precisar, que los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica, se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 -, esto es, no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia, ni son de obligatorio acatamiento o ejecución por los



apn

Hoja No. 2  
Srs Abaunza Márquez

Registradores de Instrumentos Públicos y/o Notarios del país. Aquellos, simplemente reflejan el criterio que sobre una materia en particular pueda tener esta Entidad y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el decreto 2723 de 2014.

El artículo 3°. del Decreto 2148 de 1983, expresa: " El Notario no autorizará el instrumento cuando llegue a la conclusión de que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los otorgantes o por estar clara y expresamente prohibido en la ley.

De los demás vicios que afecten el acto objeto del contrato advertirá a los comparecientes y si éstos insistieren lo autorizará, dejando constancia de ello en el instrumento".

A su turno el artículo 2°. Ibídem, señala que el notario ejercerá sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho de elegirlo libremente, salvo lo estipulado para el reparto.

De conformidad con las normas transcritas, el Notario presta su servicio a quien lo solicite, salvo que el acto esté expresamente prohibido por la ley o cuando sea de aquellos que degeneren en nulidad absoluta.

De otra parte, el artículo 37 del D.L. 960 de 1970 establece: " Extendida la escritura será leída en su totalidad por el Notario, o por los otorgantes, o por la persona designada por éstos, quienes podrán aclarar, modificar o corregir lo que les pareciere **y al estar conformes, expresarán su asentimiento.** De lo ocurrido se dejará testimonio escrito en el propio instrumento y la **firma de los otorgantes demuestra su aprobación.**" (subrayo)

Y el artículo 40 Ibídem, señala: " El notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar".

Así las cosas, el Notario permite el otorgamiento del proyecto escriturario, una vez éste cumpla con todos los requisitos de ley.

La forma externa que debe revestir todo negocio jurídico formal es la Escritura Pública, y su elaboración requiere de un proceso, que en orden cronológico el primero es el de la ROGACION, o requerimiento que deben hacer las partes al Notario para obtener de éste la prestación de sus servicios. Luego procede el de la RECEPCION, que consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados; La EXTENSION, que es la versión escrita de lo declarado; el OTORGAMIENTO, entendido como el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido, y la AUTORIZACION, consistente en la fe que imprime el Notario a éste, en vista que se han llenado los requisitos pertinentes.

Hoja No. 3  
Srs Abaunza Márquez

Los únicos casos en que el Notario se debe abstener de autorizar el instrumento son los señalados por los artículos 10, y 143 del Decreto 2148 de 1983 y 231 del Decreto 960 de 1970.

En cuanto a la incapacidad, en sentencia de julio 18 de 1941 la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto así: " En la teoría de la apariencia hay un campo de acción y experimentación bastante limitado, fundamentándose en dos razones igualmente valederas a saber: a). en que lo concerniente a la protección jurídica de los incapaces debe prevalecer sobre la tutela y protección de los terceros de buena fe y b). en que el error sobre la capacidad del sujeto no es invencible ni generalizado, sino excepcionalmente."

Con fundamento en lo anterior, el Notario debe cerciorarse de la incapacidad mental y física del vendedor o poderdante o las partes en cualquier clase de contrato, según el caso, es decir, si observa que existe una de las incapacidades señaladas en el artículo 1504 del C.C., se abstiene de permitir el otorgamiento de la respectiva escritura o del poder o de la promesa de venta o de permuta, pero de no darse dicha incapacidad, permitirá el otorgamiento, circunstancia ésta que de despertar dudas al respecto, deberá dirimirse a través de la justicia ordinaria.

Se recomienda en estos casos de avanzada edad, que el Notario solicite a los interesados una valoración médica en la cual se precise el grado de lucidez mental del paciente.

De otra parte, la ley faculta a las personas para disponer de sus bienes y al notario de autorizar la respectiva escritura, siempre y cuando no esté prohibido por la ley o llegue a la conclusión que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los comparecientes.

En el caso en consulta, el Notario si observa alguna irregularidad en el usuario del servicio notarial, se puede abstener de prestar el servicio y solicitar a los interesados una valoración médica en la cual se precise el grado de lucidez mental del paciente.

El artículo 8º del Estatuto de Notariado, establece "Los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la ley".

En este sentido el artículo 116 del Decreto 2148 de 1983, dice:


"Artículo 116.—La autonomía del notario en el ejercicio de su función implica que dentro del marco de sus atribuciones interpreta la ley de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil y no depende de un superior jerárquico que le revise sus actuaciones para reformarlas, confirmarlas o revocarlas, sino que actúa bajo su personal responsabilidad."

Hoja No. 4  
Srs Abaunza Márquez

Y el artículo 195 del D. 960, expresa: "Los Notarios son responsables civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo de la prestación del mismo".

Teniendo en cuenta lo anterior, si luego de autorizada la escritura, o prestado el servicio notarial, algunos de los otorgantes o interesados se sienten lesionados en sus derechos, pueden formular la correspondiente queja ante la Superintendencia Delegada para el Notariado de esta entidad y acudir a través de abogado titulado ante el Juez competente e iniciar la acción que corresponda.

Cordial saludo,

  
**Edilberto Manuel Pérez Almanza**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica ( E )

Proyectó: Gladys E. Vargas B.  
Profesional Especializado OAJ