

Bogotá D.C., agosto de 2021

SNR2021EE037075

**Consulta de 2021 ante la Oficina Asesora Jurídica
de la Superintendencia de Notariado y Registro**

OAJ- 638

Doctora
LILIA VARGAS LEÓN
Técnico Investigador IV – C.T.I. – Código 1583
Fiscalía 6 Seccional
Villavicencio, Meta
E-mail: lilia.vargas@fiscalia.gov.co.

Asunto: Respuesta requerimiento **SNR2021ER040278**
CN- 03

Señora Técnico Investigador IV – C.T.I.

En atención a su oficio **No. 20340-02- 718** radicado con el número del asunto, a través del que elevó consulta a esta Superintendencia con el fin de resolver los siguientes interrogantes:

“1. Si existe o no disposición o norma legal que obligue a los notarios, si al momento de celebrar la protocolización de documento alguno, se requiere la certificación o constancia médica para constatar la capacidad mental de cualquiera de los intervinientes en un acto notarial.

2. Como debe actuar el notario cuando le abriga duda de la capacidad mental del compareciente, como se valora el juicio de capacidad mental.

Lo anterior se hace necesario para aclarar y poder tomar decisiones”.

Marco Jurídico:

- Ley 1755 de 2015

Código:
GDE – GD – FR – 08 V.03
28-01-2019

Superintendencia de Notariado y Registro
Calle 26 No. 13 - 49 Int. 201
PBX 57 + (1) 3282121
Bogotá D.C., - Colombia
<http://www.supernotariado.gov.co>
correspondencia@supernotariado.gov.co

- Ley 1437 de 2011
- Código Civil
- Decreto Ley 960 de 1970
- Decreto 2148 de 1983
- Decreto 1069 de 2015
- Ley 1996 de 2019
- Decreto 1429 de 2020

CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

Sea lo primero indicar que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución por parte de quien realiza la consulta o sobre los aspectos que la misma se refiere; aquellos simplemente reflejan el criterio que sobre una materia en particular pueda tener esta Oficina y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el Decreto 2723 de 2014 que dispone:

“Artículo 14. Funciones de la Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, las siguientes:

(...)

3. Atender y resolver las consultas o solicitudes que formulen en materia jurídica de competencia de la Superintendencia de Notariado y Registro.”

Dicho ello, se procede a dar respuesta así:

GENERALES DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO NOTARIAL

la Constitución Política de 1991 en artículo 131, consagra el servicio notarial como un servicio de carácter público, que prestan los notarios y registradores, en los siguientes términos.

“Artículo 131. Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia.

El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso.

Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro”. (Negrilla fuera del texto original)

Al respecto, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha analizado las características propias del servicio público notarial, la naturaleza jurídica de quien lo presta y los fundamentos facticos y jurídicos que respaldan la necesidad de la participación de los notarios en el desarrollo de las funciones a cargo del Estado. Al respecto, la honorable Corte Constitucional entorno a los generales del servicio, ha indicado:

“(i) es un servicio público; (ii) a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; (iii) que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; (iv) que para estos efectos se encuentran investido de autoridad; (v) sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico. El artículo 131 de la Carta Política instituye la función notarial como un servicio público en el que se advierte una de las modalidades de la aludida descentralización por colaboración, ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares, en lo cual la Corte no ha hallado motivos de inconstitucionalidad”.

Con fundamento en lo anterior, se observa que el notario es un particular que, gracias a la figura de la descentralización por colaboración, presta un servicio público, consistente en dar fe pública de los actos que los particulares presentan ante su Despacho, siempre y cuando se cumplan las solemnidades legales previstas para cada trámite notarial. En este punto, se debe tener presente que su rol es el de dar fe pública de las actuaciones que los particulares, pues no ostenta un poder de decisorio respecto a determinada situación jurídica, toda vez que esta es una competencia dada por la ley a los jueces o de las autoridades administrativas.

De ahí que se advierta que el artículo 3 del Decreto Ley 960 de 1970 señala las funciones que ha de cumplir en el desarrollo de la función a su cargo cuando los interesados acudan a su despacho¹, así:

¹ Decreto Ley 960 de 1970 ARTICULO 4o. <PRINCIPIO DE LA ROGACIÓN DEL SERVICIO>. Los Notarios sólo procederán a ejercer sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho de elegir libremente el Notario ante quien deseen acudir. Decreto 2148 de 1983. “El notario ejercerá sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho de elegirlo libremente, salvo lo estipulado para el reparto”.

“ARTICULO 3o. <FUNCIONES DE LOS NOTARIOS>. Compete a los Notarios:

1. Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las Leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad. 2. Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados. 3. Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios o particulares y de otros Notarios que las tengan registradas ante ellos. 4. Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal. 5. Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la correspondiente fe de vida. 6. Recibir y guardar dentro del protocolo los documentos o actuaciones que la Ley o el Juez ordenen protocolizar o que los interesados quieran proteger de esta manera. 7. Expedir copias o certificaciones según el caso, de los documentos que reposen en sus archivos. 8. Dar testimonio escrito con fines jurídico - probatorios de los hechos percibidos por ellos dentro del ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en sus archivos. 9. Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la Ley civil deban otorgarse ante ellos. 10. Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados. 11. <Numeral derogado por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970.> 12. <Numeral derogado por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970.> 13. Llevar el registro del estado civil de las personas en los casos, por los sistemas y con las formalidades prescritos en la Ley. 14. Las demás funciones que les señalen las Leyes.

PARÁGRAFO. <Parágrafo INEXEQUIBLE, con efectos diferidos a partir del 20 de junio de 2023> <Parágrafo adicionado por el artículo 59 del Decreto Ley 2106 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Para el desarrollo y ejecución de las competencias relacionadas en este artículo, el notario podrá adelantar las actuaciones notariales a través de medios electrónicos, garantizando las condiciones de seguridad, interoperabilidad, integridad y accesibilidad necesarias.

La Superintendencia de Notariado y Registro expedirá las directrices necesarias para la correcta prestación del servicio público notarial a través de medios electrónicos.” (Subrayado fuera del texto original)

De otra parte, el artículo 37 del Decreto Ley 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."

Y el artículo 40 Ibidem, 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, teniendo en cuenta que 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.

Concordantemente, en el proceso de perfeccionamiento del instrumento corresponde al notario verificar el cumplimiento del artículo 3 del Decreto 2148 de 1983, cuyo texto 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".

En tal orden, conforme a 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.

Así las cosas, realizadas las anteriores precisiones, procedemos a resolver sus interrogantes en el mismo orden de presentación.

PRIMERA Y SEGUNDA PREGUNTA:

Mediante Ley 1996 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, se precisa que

se presume la capacidad legal de todas las personas sin distinción, y que en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para restringir el ejercicio legal, el derecho a decidir o de manifestar su voluntad. Esta disposición legal parte de que las personas con discapacidad pueden tomar sus decisiones, expresar su voluntad y preferencias, obligarse y cumplir con sus obligaciones de manera autónoma, haciendo uso de apoyos si así lo requieren.

Así las cosas, con la ley 1996 de 2019 se establece la garantía del derecho a la capacidad legal plena de todas las personas con discapacidad.

La Ley precisa que siempre se presume la capacidad legal de todas las personas sin distinción, y que **en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para restringir el ejercicio legal y el derecho a decidir de una persona.** (Artículo 6, Ley 1996 de 2019).

La ley parte de que las personas con discapacidad pueden tomar sus decisiones, expresar su voluntad y preferencias, obligarse y cumplir con sus obligaciones de manera autónoma, haciendo uso de apoyos si así lo requieren.

Por ello, la Ley 1996 de 2019 elimina la figura de la interdicción, lo que quiere decir que a partir de la promulgación de la ley no se podrán iniciar procesos judiciales para decretarla, y tampoco se podrá solicitar que una persona se encuentre bajo medida de interdicción para adelantar trámites públicos o privados. (Artículo 61 Ley 1996 de 2019).

El artículo 6° de la Ley 1996 de 2019, expresa:

“Presunción de capacidad. Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usar o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

PARÁGRAFO. *El reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan*

surtido los trámites señalados en el artículo 56 de la misma”. (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, el artículo 8° ibidem, señala:

*“Ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad legal. Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. **La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume.**”*

La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente”.

¿Qué son los apoyos?

Son formas de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, la comunicación para expresar su voluntad y preferencias. (Artículo 3, Ley 1996 de 2019)

Es una asistencia que se presta a una persona con discapacidad para que pueda cumplir con un proyecto de vida en igualdad de condiciones con las demás, participar activamente de la sociedad, y superar barreras.

Este acompañamiento puede abarcar la asistencia para ejercer su derecho a tomar decisiones de forma autónoma.

Así mismo, el artículo 16 de la Ley 1996 de 2019, dispone:

“ Acuerdos de apoyo por escritura pública ante notario. Los acuerdos de apoyo deberán constar en escritura pública suscrita por la persona titular del acto jurídico y la o las personas naturales mayores de edad o jurídicas que actúen como apoyos, conforme a las reglas contenidas en el Decreto número 960 de 1970 y aquellas normas que lo modifiquen, adicionen o sustituya (...)”

Terminación y modificación del acuerdo de apoyos.

Código:
GDE – GD – FR – 08 V.03
28-01-2019

Superintendencia de Notariado y Registro
Calle 26 No. 13 - 49 Int. 201
PBX 57 + (1) 3282121
Bogotá D.C., - Colombia
<http://www.supernotariado.gov.co>
correspondencia@supernotariado.gov.co

Frente a la terminación y modificación de los acuerdos de apoyo, la Ley 1996 de 2019, en su artículo 20, expresa:

“Terminación y modificación del acuerdo de apoyos. La persona titular del acto puede terminar de manera unilateral un acuerdo de apoyos previamente celebrado en cualquier momento, por medio de escritura pública o ante los conciliadores extrajudiciales en derecho, dependiendo de la forma en que se haya formalizado el acuerdo.

El acuerdo de apoyo puede ser modificado por mutuo acuerdo entre las partes en cualquier momento, por medio de escritura pública o ante los conciliadores extrajudiciales en derecho y ante los servidores públicos a los que se refiere el artículo 17 de la presente ley, dependiendo de la forma en que se haya formalizado el acuerdo. (...)”

Directivas Anticipadas:

El artículo 21 de la Ley en mención, expresa:

“Directivas anticipadas. Las directivas anticipadas son una herramienta por medio de la cual una persona, mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos. Estas decisiones pueden versar sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre otros actos encaminados a tener efectos jurídicos”.

A su vez, el artículo 22 *ibídem*, señala:

“Suscripción de la directiva anticipada. La directiva anticipada deberá suscribirse mediante escritura pública ante notario (...)”

Por otro lado, el Decreto 1429 de 2020, por el cual se reglamentan los artículos 16, 17 y 22 de la Ley 1996 de 2019, en su artículo 2.2.4.5.2.4., señala:

“Trámite para la formalización de acuerdos de apoyo o directivas anticipadas ante las Notarías. El trámite para la formalización de acuerdos de apoyo o directivas anticipadas de personas mayores de edad con discapacidad previsto en la Ley 1996 de 2019, podrá realizarse ante el Notario y se formalizará mediante escritura pública. El trámite será el siguiente: (...)”

Aunado a lo anterior, se requiere tener en cuenta que el artículo 52 de la Ley en mención, dispone:

“Vigencia. Las disposiciones establecidas en esta ley entrarán en vigencia desde su promulgación, con excepción de aquellos artículos que establezcan un plazo para su implementación y los artículos contenidos en el Capítulo V de la presente ley, los cuales entrarán en vigencia veinticuatro (24) meses después de la promulgación de la presente ley”.

Así mismo el artículo 53 señala:

“Prohibición de interdicción. Queda prohibido iniciar procesos de interdicción o inhabilitación, o solicitar la sentencia de interdicción o inhabilitación para dar inicio a cualquier trámite público o privado a partir de la promulgación de la presente ley”.

Por su parte el artículo 54 establece:

“Proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio. Hasta tanto entren en vigencia los artículos contenidos en el Capítulo V de la presente ley, el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto jurídico puede determinar de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto.

El proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio será promovido por una persona con interés legítimo y que acredite una relación de confianza con la persona titular del acto.

El juez, por medio de un proceso verbal sumario, determinará la persona o personas de apoyo que asistirán a la persona titular del acto jurídico, teniendo en cuenta la relación de confianza, amistad, parentesco o convivencia entre estos y la persona titular. La sentencia de adjudicación de apoyos fijará el alcance de los apoyos teniendo en cuenta las normas establecidas en la presente ley, al igual que el plazo del mismo, el cual no podrá superar la fecha final del periodo de transición.

La persona titular del acto jurídico podrá oponerse a la adjudicación judicial de apoyos en cualquier momento del proceso”.

Finalmente, el artículo 57 de la Ley 1996 de 2019 expresa:

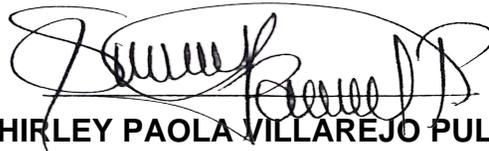
*“Modifíquese el artículo 1504 del Código Civil, que quedará así: **Artículo 1504.** Incapacidad absoluta y relativa. Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.*

De conformidad con las normas anteriormente transcritas, todas las personas se presumen capaces y en ningún caso se podrán imponer medidas que restrinjan la misma y el desarrollo de los actos jurídicos que pretenda realizar, por lo que al Notario no le asiste fundamento legal para exigir una certificación o constancia médica alusiva a la capacidad del usuario del servicio notarial.

Así mismo, con el fin de facilitar el ejercicio de su capacidad legal, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, la comunicación para expresar su voluntad y preferencias se ha establecido la figura del “apoyo”, como quiera que con ello se garantizan los derechos inherentes a las personas.

En los anteriores términos se da por atendida su petición, no sin antes señalar que quedamos atentos a cualquier requerimiento adicional sobre el particular.

Atentamente,



SHIRLEY PAOLA VILLAREJO PULIDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Superintendencia de Notariado y Registro

Proyectó: Gladys E. Vargas B. / Profesional Especializada

Revisó: María Esperanza Venegas/Coordinadora Grupo Jurídico Registral, Notarial y de Curadores Urbanos

Código:
GDE – GD – FR – 08 V.03
28-01-2019

Superintendencia de Notariado y Registro
Calle 26 No. 13 - 49 Int. 201
PBX 57 + (1) 3282121
Bogotá D.C., - Colombia
<http://www.supernotariado.gov.co>
correspondencia@supernotariado.gov.co