

ALCANCES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL FRENTE A LA ESCRITURA PÚBLICA DESDE UN MARCO NORMATIVO Y CULTURAL

Luz Karime Lizcano Rodríguez *

Laura Lisseth Sandoval Meza **

Luis Miguel Barros Zuleta ***

Resumen:

La figura del notario se ha caracterizado por ser de especial importancia, en el momento de protocolizar o darle solemnidad a los actos que día a día las personas realizan como un negocio. Por ello, acuden al notario para que este en virtud de sus funciones declare fe pública sobre el documento o escritura que desean realizar, previa revisión, consejo y posibles correcciones del notario. Sin embargo, desde el punto de vista cultural la comparecencia del notario ante el documento no se materializa, es decir, en su mayoría el notario no está presente en el acto. Por lo anterior, esta investigación tiene un enfoque normativo y cultural de las funciones de comparecencia del notario en Colombia.

Palabras claves:

Notario- funciones – comparecencia – escritura pública – fe publica

Abstract:

The figure of the notary has been characterized by being of special importance, in the moment of registering or giving solemnity to the acts that people carry out every day as a business. Therefore, they go to the notary so that he can declare public faith in the document or writing they wish to make, after revision, advice and possible corrections by the notary. However,

*Egresada de la universidad Libre. Diplomado de solución de conflictos, conciliación. Especialización actual derecho inmobiliario, notarial y urbanístico.

**Egresada de la Universidad de Santander Udes de Bucaramanga. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia

***Egresado de la universidad popular del Cesar. Especialista en Derecho Inmobiliario Notarial y Urbanístico de la Universidad Libre de Cúcuta

from a cultural point of view, the appearance of the notary before the document does not materialize, that is to say, the notary is not present at the event. For the above, this research has a normative and cultural approach to the functions of notary appearance in Colombia.

Keywords:

Notary- functions – appearance – public writing – public faith

INTRODUCCIÓN

En Colombia el derecho notarial está regulado por en el decreto 960 de 1970 que a su vez ha tenido modificaciones a lo largo de los años. El notario se ha constituido como una figura de servidor público en la constitución política que así mismo está en la calidad de dar fe pública, es decir, la credibilidad sobre los actos que le competen y llegan a su conocimiento por medio de las asignaciones que la ley le otorga. Es por ello, que existe un alcance probatorio que se le reconoce a los actos y las declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales este da cuenta por haber ocurrido en su presencia (Sentencia C-863, 2012).

Es importante resaltar que el notario tiene la función de servicio público y esto es, porque el Estado decidió delegarle una función que se expresa como una descentralización por colaboración. Ha dicho la Corte Constitucional que este se presenta en los casos que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares para el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar acabo la prestación del servicio especial, resulta fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado (Sentencia C-863, 2012).

El notario al ejercer funciones públicas ejerce y da fe pública sobre los documentos que se allegan a su conocimiento para revestir de solemnidad y protocolizar los actos que se realizan ante él y evitar errores materiales o formales para poder formalizarlos. A nivel normativo y cultural es necesario determinar si hay pronunciamiento sobre la comparecencia del notario ante los documentos y en especial la escritura pública y así también como sucede a nivel cultural en las notarías de Colombia para exigir la comparecencia del notario.

Es por lo anterior, que el siguiente artículo tiene como objetivo determinar el alcance de la expresión “compareció ante mí” propia de las escrituras públicas en Colombia desde un marco normativo y cultural. Desarrollándose primeramente las funciones que le son otorgadas al notario mediante ley, especialmente el otorgar fe pública sobre los documentos que llegan a su conocimiento. En segundo lugar, se hablará de la escritura pública, a nivel doctrinal, legal y jurisprudencial, abarcando mediante que trámite se protocoliza y el valor probatorio que llega a tener. En tercer lugar, se estudiará el alcance del concepto “compareció ante mí” que se establecen a nivel cultural en las escrituras públicas en Colombia, como forma de presencia del notario ante todos los actos que llegan a su conocimiento para ser revestidos de solemnidad. Por último, estarán las conclusiones conforme al objetivo general de este artículo.

METODOLOGÍA

Desde el punto de vista de la profundidad del tema de investigación, se trata de un estudio descriptivo- explicativo, porque propone:

1. Describir el carácter normativo de las notarías, funciones del notario y de la solemnidad de la escritura pública, teniendo en cuenta la jurisprudencia, doctrina y casos en específico que se puedan aportar.
2. Explicativo porque se centra en definir las causas detrás del fenómeno de estudio.

Su objetivo principal es utilizar métodos de análisis para responder cuestiones o argumentar el porqué de una situación.

Es de carácter cualitativo, ya que no tiene la aplicación de números en cuestiones estadísticas, probabilidades o cantidad. Solo la caracterización desde el ámbito teórico y práctico de la manifestación de la escritura pública ante el notario por los medios culturales, como su aplicación en la práctica.

Los instrumentos y técnicas de recolección de datos serán bibliográficos. Fuentes primarias y secundarias

1. LA FE PÚBLICA EN LA FUNCIÓN NOTARIAL

El notario en palabras de la Corte Constitucional: “Se trata de particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública, y aunque objetivamente su situación ofrece similitudes con los empleados estatales, como la exigencia de neutralidad en sus actuaciones, técnicamente no es válido sostener que por tal circunstancia adquieran la condición de servidores públicos” (Sentencia C-029, 2019). Igualmente señalo la Corte que “la función notarial acarrea el ejercicio de autoridad, por cuanto comporta el desarrollo de una atribución del Estado, esto es, la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una función pública” (Sentencia C-029, 2019).

A partir de lo anterior, los notarios en Colombia se les pueden establecer las siguientes funciones (Guitierrez Torres, 2010):

1. Función publica
2. Función de interés general
3. Función rogada
4. Función documental
5. Ejercicio de autoridad.

Y otros autores como Eljade Chacón afirma que las notarías cumplen funciones de:

“Jurisdicción voluntaria: “función administrativa y no judicial”, siendo esto así, en los trámites notariales no existe contienda jurídica entre las personas y se realizan trámites que anteriormente eran únicos de los Juzgados Civiles aplicando una justicia preventiva.

Fe pública: se basa en la confianza que se le tiene al notario y por lo mismo en la vinculación y la certeza de la existencia de los actos que se realizan en su presencia.

Legitimación: permite la justificación de todos los derechos privados y garantiza la certeza y publicación de los actos que se hacen por este medio.

Forma: busca dar fuerza probatoria a los negocios jurídicos, de carácter escrito e intervenido por un funcionario público” (Elejalde, 1992).

El Estado colombiano con el fin de disminuir su carga en el número de procesos que le correspondía conocer, se dio la tarea de adoptar la función notarial que llego a tierras americanas a través del derecho indiano impuesto por los españoles en la conquista; con el fin de que el notario les otorgara fe pública sobre los documentos que llegan a su conocimiento.

Desde el régimen notarial se definen un conjunto de funciones del estatuto del notario se encuentra establecida una lista de funciones que le corresponden al notario y son:

- “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. Llevar el registro del estado civil de las personas en los casos, por los sistemas y con las formalidades prescritos en la Ley.
12. Las demás funciones que les señalen las Leyes” (Decreto 960, 1970).

Además de las anteriores funciones establecidas por el estatuto, el legislador ha dejado abierta la posibilidad para otras funciones que el notario pueda ejercer cuando la ley se lo autorice, teniendo en cuenta el artículo 6 del mismo estatuto, en el cual le corresponde al Notario la redacción de los instrumentos en que se consignan las declaraciones emitidas ante él, sin perjuicio de que los interesados las presenten redactadas por ellos o sus asesores. En todo caso, el Notario velará por la legalidad de tales declaraciones y pondrá

de presente las irregularidades que advierta, sin negar la autorización del instrumento en caso de insistencia de los interesados, salvo lo prevenido para la nulidad absoluta, dejando siempre en él constancia de lo ocurrido (Decreto 960, 1970).

Entre todas sus funciones se destaca a función N° 1 descrita, según la cual notario le corresponde, recibir, autorizar y extender la escritura pública lo que implica que la existencia de la escritura pública depende de la exhibición y puesta a disposición del notario para que este le otorgue solemnidad sobre este y de esta manera se cumpla con dar fe pública sobre este documento.

El estatuto del notario, instrumento regulador de la función notarial expedido por medio del decreto 960 de 1970 le dedica un capítulo a la regulación de la escritura pública, en el cual establece que es “el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el Notario, con los requisitos previstos en la Ley y que se incorpora al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización” (Decreto 960, 1970). Por lo tanto, la autorización de un documento es la actividad reglada encaminada a dotarlo de fe pública (Meneses Pacheco, 2018). En los termino anteriores, solo cuando un documento ha surtido el proceso de recepción, extensión, otorgamiento y autorización se reconoce como escritura pública.

El documento notarial y la solemnidad de la fe pública se refieren, en definitiva, a una medida de eficacia: eficacia de la forma sobre el fondo del negocio jurídico y eficacia de esa forma sobre el proceso eventual en el que el hecho jurídico se cuestione (J. Couture, 1954). Y es por medio de esa eficacia que cuando el documento es elevado a escritura pública tiene un carácter probatorio ante un proceso solemne.

Otro concepto que nos da Giménez Arnau es:

“jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo –cuya resolución queda a nuestro albedrío (como sería la fe humana), sino en virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social” (Gimenez Arnau, 2005).

La Corte Suprema de Justicia el 16 de marzo de 2011 define la fe pública y lo dijo de la siguiente manera:

“La fe pública es la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio 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” (Sentencia 34718, 2011).

Meneses Pacheco establece 4 características de la fe pública de notario:

1. “Es una institución jurídica, por ser un elemento de prueba;
2. está integrada por un conjunto de disposiciones legales cuyo objeto central es garantizar la autenticidad de los documentos públicos;
3. su fundamento es la seguridad del tráfico jurídico;
4. se proyecta en el campo probatorio a través de normas de valoración legal” (Meneses Pacheco, 2018).

Según lo anterior, el otorgamiento de la fe pública por parte del notario está compuesto por unas normas legales que permiten el perfeccionamiento solemnidad de los documentos públicos. Por lo tanto, esos requerimientos legales quedarán revestidos de garantías suficientes para poder declarar su autenticidad, una vez es firmado por el notario. De esta manera, es como en las anteriores características, la autenticidad de la escritura pública se presenta como un elemento de prueba que constituye una institución jurídica. El estatuto de instrumentos públicos así lo establece, aclarando que si no se cumple con esa autenticidad “Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva Oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ley, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro” (Ley 1579, 2012).

Pero el carácter que tiene el notario de dar fe pública sobre los documentos y escrituras públicas no es reciente, pues nació desde el derecho romano y es donde se fue consolidando y formalizando el hecho de escriturar los actos de las partes y darle un carácter de autenticidad a los hechos, es decir, como en ámbito de credibilidad de la presunción legal para que sea efectivamente un medio de prueba. El Notario, como funcionario ejerce la fe pública en un doble sentido:

- a). En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que ve, oye o percibe por sus propios sentidos.
- b). Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes, pues como sabemos, “los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las

administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias” (Martínez Ortega , 2016).

Ese carácter de valor probatorio que se le otorga a la escritura y documentos públicos sería una forma de seguridad jurídica que adquiere autoridad por medio del notario que es quien firma la comparecencia ante él. Todo esto tiene como consecuencia el que se genere más confianza en su realizador, en el instrumentador por la imagen de la obra que realiza, así se dice popularmente que el obrar sigue al ser, o sea, que podemos conocer a alguien a través de sus obras (Piccon, 2015).

Es importante tener en cuenta que la autenticidad de la escritura pública se presume a menos que se pruebe lo contrario, debido a la fe pública que el notario le otorgó al momento de haber estado presente y haber comparecido frente a él para perfeccionar las garantías de los hechos o lo que pactan las partes o unilateralmente una persona.

2. LA ESCRITURA PÚBLICA

Ya teniendo definida la función principal del notario que es la de dar fe pública sobre lo que llegue a su conocimiento, determinar el ámbito de aplicación y manifestación de la fe sobre los documentos y escrituras públicas, es necesario de abarcar la escritura pública en su totalidad.

La escritura pública “es el documento principal de la función notarial, o dicho con palabras más exactas o más claras del derecho notarial, el cual es conocido y estudiado por parte de los notarios públicos” (Torres Manrique).

En otras palabras, podría ser definida de la siguiente manera:

“La escritura pública es un documento que se registra ante Notario público un específico suceso o derecho autorizado por un fedatario público (notario), que da cuenta sobre la capacidad jurídica de los otorgantes, la información del mismo y la fecha en que se ejecutó. La escritura pública es una herramienta notarial que comprende una o más declaraciones de las personas involucradas en un acto o contrato, emitidas ante notario con la totalidad de las condiciones legales propias y específicas de cada acto, para su inclusión al protocolo” (Equipo Uniderecho, 2015).

La escritura pública nace con la figura del notario, cuando los notarios eran sacerdotes que se encargaban de presidir las contrataciones privadas en la antigua ciudad Sumer. Pero no es hasta cuando Carlo Magno legisla en las “capitulares” sobre la actividad notarial y establece que el instrumento notarial tiene el valor probatorio de una sentencia ejecutoriada (Valera).

Cumplido lo anterior, con el cumplimiento de los requisitos formales, 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, conforme lo establecido en el artículo 40 del estatuto del notario (Decreto 960, 1970).

2.1 NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN COLOMBIA

Para poder otorgar solemnidad a una escritura pública, la Corte Suprema de Justicia en el año 2000 ha establecido los pasos para su perfeccionamiento y son los siguientes:

“1) Una escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo. El C. de. P. C., más sintético, dice que cuando un documento público es otorgado por un notario o por quien haga sus veces y se ha incorporado al respectivo protocolo, se denomina escritura pública (artículo 251-3).

2) Para el perfeccionamiento de la escritura se requieren cinco pasos: recepción, extensión, otorgamiento, autorización y protocolización.

3) Para el acto de otorgamiento y firma del instrumento, los interesados deben presentar los comprobantes fiscales, al punto que, si no se hace, se prohíbe al notario aceptar tal otorgamiento. Por lo tanto, ante el impago es imposible la autorización. Tales comprobantes fiscales, como ordena expresamente el artículo 44 del decreto 960 de 1970, se deben agregar a las escrituras a que correspondan, en forma original o en fotocopia autenticada.

4) La escritura pública es un documento complejo, simbiótico, en cuanto se compone, de una parte, de las declaraciones de los interesados y, de la otra, de las que hace el notario. El notario, así, es el autor del instrumento, y los otorgantes, los autores del negocio jurídico, partes que conforman la unidad estructural conocida como escritura pública. Proviene de los interesados todas las declaraciones relacionadas con el inmueble, y del notario todas aquellas relacionadas con la identificación de la escritura, la comparecencia e identificación de los otorgantes, la protocolización de todos los documentos que se insertan junto a la declaración de voluntad de los

otorgantes, la autorización de la escritura, etc. Por eso, insístase, la escritura pública constituye una unidad estructural” (Sentencia 16678, 2000).

En materia de escritura pública se tiene que es un documento que contiene las declaraciones de voluntad de una o varias personas emitidas ante el notario para hacer un determinado contrato o un acto jurídico individual. El proceso de elaboración de una escritura pública tiene cuatro etapas en la notaría:

1. Recepción de las Declaraciones esto es, de lo que el usuario quiere decir ante el notario (Unión Colombiana del Notariado Colombiano, s.f.).

La recepción es el acto por el cual el notario recibe, percibe o se entera de las declaraciones que los interesados quieren hacer (Sentencia 16678, 2000).

2. Lectura y aceptación del texto de lo que ha leído o Ha oído el usuario, para que lo apruebe y lo firme. Puede ser explicado como la extensión que consiste en redactar, elaborar y plasmar materialmente el texto.
3. Transcripción en texto escrito de lo dicho o declarado por el usuario. El otorgamiento es el asentimiento expreso que los declarantes dan al documento elaborado o extendido. Esta fase implica la comparecencia de las personas ante el notario, su identificación ante éste, la lectura del instrumento y la suscripción o firma del mismo (Sentencia 16678, 2000).
4. Firma del notario, después de la firma de los interesados y después de cumplidos todos los requisitos del contrato respectivo (Unión Colombiana del Notariado Colombiano, s.f.).

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que la autorización y protocolización se dan en un mismo momento y es:

“La autorización se cumple con la firma del notario en muestra de la fe que le imprime al instrumento con base en que se llenan los requisitos legales. No obstante, el notario se puede abstener de firmar, por ejemplo, cuando observa que el instrumento es nulo o cuando no se pagan los derechos notariales o los impuestos, en los casos en que la normatividad permite a la notaría el recaudo directo. En este momento de la confección de la escritura pública es imprescindible la presentación de los denominados comprobantes fiscales, cuando se trata de bienes inmuebles y que

comprende el pago oportuno de impuestos municipales o distritales, para lo cual basta con la entrega del “recibo de pago”. La protocolización es la anotación o radicación del instrumento en el Libro de Relación” (Sentencia 16678, 2000).

La Corte Suprema de Justicia es muy clara en cuanto a los pasos a seguir para el perfeccionamiento de la escritura pública y por eso establece estrictamente la comparecencia del notario frente al acto al cual le va a otorgar fe pública. Desde la recepción hasta la autorización es deber del notario estar frente a las partes y acto jurídico que va a tomar carácter de solemne. Es de esta manera, como se debería hacer el perfeccionamiento de la escritura pública a nivel cultural hoy en día, es decir, como realmente se debería materializar. Esto porque, las escrituras públicas se componen de una frase muy especial dada por el notario y es “compareció ante mí”, que es necesario analizarla jurídica y lingüísticamente para determinar si se materializa a nivel cultural en la realidad.

3. LA COMPARECENCIA ANTE NOTARIO

Primeramente, hay que decir que, según la Real Academia Española, la palabra comparecer es presentarse en un lugar, llamada o convocada por otra (Real Academia Española, 2005), esto quiere decir que en presencia del notario las partes deben estar presentes y manifestarle lo que están dispuestos a realizar para su protocolización.

El notario debe verificar las partes y el acto para poder otorgarle solemnidad por medio de la fe pública. Por eso, En esta función el notario certifica que la persona que está firmando compareció ante su despacho con documento de identidad. El notario solo puede verificar que quien firma tenga un documento de identidad, y que este corresponde a los nombres y el número de identificación que contiene el documento privado en el cual certifica la firma. Cuando una persona acude a una notaría para realizar autenticación de firma, pueden ocurrir varias situaciones, por ejemplo, o que el documento privado adolezca de alguna falsedad material o ideológica; o que el documento no adolezca de falsedades, pero exista una suplantación de la persona que aparece como firmante en el documento y de quien compareció para la firma, circunstancias en las que también sucede que el usurpador asiste con una cédula falsa (Abello Gual, 2015).

Ahora bien, existen errores constitutivos de nulidad en el derecho civil, cuando crean vicios en el consentimiento, y existen errores producidos por maquinaciones fraudulentas

que configuran la estafa (art. 246 del CP). La vulnerabilidad de cierto tipo de población (por su grado de formación o por ser personas de la tercera edad) hace a esta más propensa a las maquinaciones fraudulentas de terceros, por lo cual se hace necesario que en el momento de su comparecencia el notario o los funcionarios de la notaría comprueben que la persona actúa con pleno conocimiento sobre el objeto y las condiciones en que va a contratar, para luego evitar inconvenientes (Abello Gual, 2015). Es la necesidad de evitar al máximo esos errores que se pueden dar sobre los actos que se realizan antes los notarios, porque como se dijo anteriormente muchos de estas escrituras o documentos públicos van a ser parte de un proceso judicial en el cual van a tener un valor probatorio significativo.

El estatuto del notario en su artículo 40 establece que el notario puede autorizar el instrumento una vez cumplido con requisitos formales de cada uno de los casos y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar (Decreto 960, 1970) y con esto el estatuto se refiere a la regularidad formal del instrumento.

El acto de comparecencia y seguridad jurídica a las personas que acuden ante un notario es necesario que se manifiesten las siguientes actividades:

- 1. Escuchar al solicitante:** el cliente acude ante el notario porque tiene una necesidad específica, un asunto que usualmente le premia, le agobia o bien implica una posibilidad de mejorar su calidad de vida, puede tratarse del inicio del trámite sucesorio tras la muerte de un ser cercano y querido del otorgamiento de un testamento o bien de la compra de una casa o de la constitución de una empresa, lo que implica el iniciar un nuevo negocio. El asunto que el cliente plantea al notario es para aquel de vital importancia, por ello el notario debe poner toda su atención a lo que el cliente le expone (Beltrán Lara, 2018). El escuchar a las partes y poder entender sus solicitudes es el primer paso que debe realizar el notario y como se dijo anteriormente, es importante la verificación de las identidades de las partes involucradas, que dentro de esta primera actividad el notario las puede verificar para evitar efectos de nulidades.

En este punto el notario debe mirar la capacidad de las partes y lo hace mediante el juicio de capacidad que debe sujetarse a los principios de intermediación, de legalidad y de responsabilidad, que permitan construir los cimientos sobre los que deben sustentarse cuantos análisis se hagan sobre esta materia (Pérez Gallardo, 2013). No cabe en las posibilidades que un notario de un juicio de capacidad a alguien que realmente no se encuentre frente a él, que de verdad pueda verificar que se exteriorice

la voluntad libre, expresa y que pueda ser espontánea ajustándose a las intenciones de las dos partes.

- 2. Interpretar la voluntad:** debemos tener en cuenta que no siempre las personas acuden ante el notario no son abogados o tienen conocimiento sobre las leyes, en consecuencia, existe la posibilidad de que no expresen las partes necesariamente coincida exactamente con lo que en realidad desean, a través de la entrevista con sus clientes, el notario debe descubrir cuáles son sus deseos y el modo de satisfacerlos, pongamos un ejemplo: comparece ante un notario una persona que manifiesta que desea escriturar su casa para su hijo; el notario deberá escuchar a esa persona y descubrir si se trata de una compraventa, de una donación, de la formalización, de un acto celebrado con anterioridad o incluso del otorgamiento de un poder o de un testamento (Beltrán Lara, 2018).

La comparecencia ante el notario implica que se interprete debidamente la voluntad de las partes y el notario pueda darles el respectivo procedimiento a las actuaciones, porque, así como lo manifiesta Miguel Beltrán anteriormente, muchas personas acuden ante la notaría sin ninguna representación de un abogado o una asesoría previamente.

- 3. Aconsejar:** para resolver el asunto planeado, es probable que existan varias soluciones, las cuales pueden llevar distintos plazos, costos, ventajas y desventajas, el notario, en atención al caso en concreto, deberá aconsejar a su cliente de cuál es la mejor manera de ayudarlo (Beltrán Lara, 2018). El momento en el que el notario aconseja sobre las situaciones en el caso en concreto, se asegura que el acto jurídico que se está formalizando tenga plena seguridad y las partes estén bien enteradas del proceso que van a celebrar.
- 4. Prepara el instrumento:** una vez que se ha determinado cuál es la mejor solución para el caso planteado, el notario deberá preparar la escritura, para ello recabará del interesado los documentos necesarios para elaborar el instrumento. De igual manera tramitará de las instituciones correspondientes las constancias, certificados, premios, avalúos, licencias, autorizaciones, dictámenes necesarios para que el documento pueda sufrir debidamente sus efectos (Beltrán Lara, 2018).

- 5. Redactar el instrumento:** el instrumento es autoría del notario, al redactarlo, el notario plasma su conocimiento jurídico y su habilidad para expresarse (Beltrán Lara, 2018), es importante que para ello deberá tomar en cuenta su imparcialidad y probidad de extenderse sobre los documentos que le son facultados.

De lo anterior, se puede deducir que la expresión “comparece ante mi” contiene una gran amplitud desde que las partes se presentan ante el notario y él tiene el deber de escucharlas, hasta la fase final que es la redacción del documento. Todo esto, para tener en cuenta que la función de certificar, dar fe pública de determinados actos o hechos, van ligados de la protección, asegurar, da seguridad y eficacia jurídica a las personas que acuden ante el notario, porque el notariado busca lograr certeza jurídica a cumplir con las funciones que le fueron otorgadas por el Estado.

Así, como lo afirma Pérez Gallardo, el notario no es un perito, pero debe saber aplicar las máximas de la experiencia cuando aprecia esa capacidad volitiva de los sujetos, que le permite autorizar el instrumento público. El juicio notarial de capacidad actúa como la caja negra de un avión, es el sello indeleble en el que se sustenta la manifestación de voluntad o consentimiento, en tanto sin discernimiento, ni voluntad, no puede existir acto o negocio jurídico alguno. Solo las personas capaces pueden protagonizar un acto jurídico, y reitero hablo de personas capaces o competentes, con independencia del grado de capacidad o de competencia del sujeto, en todo caso, este será decisivo para la autorización de cada instrumento público, pero compete al notario su apreciación ad hoc (Pérez Gallardo, 2013).

4. SOLEMNIDAD DE LA ESCRITURA PUBLICA

Teniendo en cuenta que le notario se ha ocupado de cumplir con funciones públicas que le son asignadas, esto fundamentado en el principio de literalidad en el cual viene con la solemnidad de los documentos y de lo escrito como se habló el capítulo anterior. El ejercicio de su función es especialmente documental.

Aquellas partes que no lleven estrictamente el documento que deseen solemnizar, es deber del notario determinar y declarar la voluntad mediante documento revestido de una escritura pública. De no hacerse por escrito y haber constatado con la solemnidad del notario por medio de la comparecencia, no nacerá al derecho el documento.

La Corte Suprema de Justicia afirma que “Las declaraciones que hacen las partes en una escritura pública tienen plena fuerza obligatoria entre ellas y sus causahabientes; desde el punto de vista probatorio su contenido se asimila o equivale a una confesión; su poder de convicción es pleno mientras no sea impugnado en forma legal y desvirtuado con otras pruebas que produzcan certeza en el juez” (SC 11294, 2016).

El estatuto del notario establece en su artículo 12 que deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general para los cuales la ley exija la solemnidad (Decreto 960, 1970), es por ello que la misma ley establece que la omisión a un requisito formal como la solemnidad de la escritura pública en ciertos actos jurídicos produce nulidad absoluta o inexistencia como se determina en la doctrina. Algunas de las actuaciones que se deben celebrar por escritura pública son:

1. Acta de constancia y de celebración de matrimonio (Ley 84, 1873).
2. Matrimonio civil ante notario (Decreto 2668, 1988).
3. Divorcio (Ley 962, 2005).
4. Usufructo sobre inmuebles (Ley 84, 1873).
5. La constitución de sociedades comerciales (Decreto 410, 1971).
6. Promesa de compraventa y oferta en el procedimiento para la adquisición directa de tierras rurales (Ley 1152, 2007).
7. Partición de bienes en vida (Ley 1564, 2012).
8. Cambio de nombre (Decreto 999, 1988).
9. Constitución de un censo (Ley 153, 1887).
10. Demás establecidos por la ley

La Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto del valor de la escritura pública y su valor probatorio como solemnidad, haciendo referencia a que con ella era suficiente poder acreditar en casos de compraventa:

“instrumento notarial en sí mismo, con abstracción de la nota de registro y según fue allegado en primera instancia, era suficiente entre las partes, tanto como formalidad sustancial de la compraventa, como para demostrar a plenitud el contrato y establecer en concreto el contenido de sus cláusulas. Porque si de acuerdo con el artículo 1857 del C.C. la compraventa es contrato consensual por excelencia, y sólo por excepción 'la venta de bienes raíces y servidumbres y de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública', no puede remitirse a duda que el acto notarial sin registro alguno, forma, solemniza y prueba plenamente entre las partes el

contrato de compraventa celebrado, en fuerza de la misma ley, como título y no como modo de adquirir la propiedad. No se trata, en efecto, de afirmar y probar titularidad del dominio frente a terceros, lo que atañe a la anotación de la escritura en el registro público, sino de medir el contenido jurídico de la compraventa como contrato y entre quienes concurren a su perfeccionamiento. Cuestión que arranca del propio instrumento notarial como formalidad ad substantiam y a la vez como auténtico medio de prueba entre las partes” (SC 3269, 1993).

CONCLUSIONES

Dentro del marco normativo, es importante aclarar que existe muy poca normativa que le permita ampliar las limitaciones, obligaciones o especificaciones en las cuales el notario debe estar muy consciente de las funciones que tiene como funcionario público y de forma significativa de declarar fe pública.

Dentro de la doctrina se encuentran algunos pasos como lo demostró el autor Beltrán Lara que describe los pasos exactos que el notario debe hacer cuando llega ante él un acto que necesita ser protocolizado y por eso debe, escuchar al solicitante, interpretar la voluntad, aconsejar, prepara el instrumento y redactar el instrumento, que en este caso es la escritura pública para que cumpla con las solicitudes de las partes y no sea susceptible de algún tipo de vicio de forma o fondo.

Es necesario que estos pasos se cumplan, porque esto garantiza la verdadera comparecencia y la expresión “compareció ante mí” utilizada de manera cultural en Colombia en los actos que el notario firma. Comparecencia significa presencia, en virtud de estar frente a las partes y ser fiel declarante de la fe pública que recae dentro de sus funciones para cumplir con valores probatorios cuando estos documentos lo requieran.

La comparecencia del notario no es muy reconocida a nivel doctrinal y jurisprudencial en Colombia y es por ello por lo que en Colombia a nivel cultural no se ve la presencia del notario tal como lo afirman sus actas de fe en los actos que firma. Los escasos pronunciamientos sobre estos casos permiten descuidar esta figura a la cual hoy en día todos los ciudadanos acuden a ella y de la cual confían alrededor de 50 actos que deben celebrarse por medio de escritura pública.

Es por lo anterior, que una recomendación y prevención frente a la función de los notarios de comparecencia ante los actos que se deben hacer en su presencia es la efectividad de esa actividad, pues de no cumplir dejan expuesta la escritura y documentos a vicios de forma o de fondo y los notarios a una posibilidad de una falta disciplinaria que acarree un proceso judicial por omisión a sus funciones.

Referencias

- Abello Gual, J. (2015). Responsabilidad penal del notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas. Estudio desde la perspectiva del derecho penal económico. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 18(36), 81-98. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v18n36/v18n36a06.pdf>
- Beltrán Lara, M. (2018). Instrumento notarial. *Universidad Nacional Autónoma de México*, 17-34. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3833/3.pdf>
- Decreto 2668. (26 de Diciembre de 1988). Presidente de la República. *Por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario público*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1478913>
- Decreto 410. (27 de marzo de 1971). Presidente de la República. *Por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 33.339. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Decreto 960. (20 de Junio de 1970). Presidente de la República. *Por el cual se expide el Estatuto del Notariado*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 33.118. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0960_1970.html
- Decreto 999. (23 de mayo de 1988). Presidente de la República. *Por la cual se señala la competencia para correcciones del registro del estado civil, se autoriza el cambio de nombre ante notario público, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1204224>
- Elejalde, R. (1992). *Derecho Notarial y Registral*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Equipo Uniderecho. (13 de febrero de 2015). *Uni Derecho.com*. Obtenido de ¿Que es una escritura pública?: <http://www.uniderecho.com/que-es-una-escritura-publica.html>
- Gimenez Arnau, E. (2005). *Introducción al derecho notarial*. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.

- Guitierrez Torres, J. (2010). Responsabilidad civil patrimonial de los notarios en Colombia. Universidad de la Sabana. Obtenido de <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/6323/126689.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- J. Couture, E. (1954). *El Concepto de Fé Pública. Introducción al derecho notarial*. Montevideo.
- Ley 1152. (25 de julio de 2007). Congreso de la República. *por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de https://www.finagro.com.co/sites/default/files/ley-2007-n0001152_20070725.pdf
- Ley 153. (15 de agosto de 1887). Congreso de la República. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15805>
- Ley 1564. (12 de Julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 48489. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>
- Ley 1579. (1 de octubre de 2012). Congreso de la República. *Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.570. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1579_2012.html#CAP%C3%8DTULO%20I
- Ley 84. (26 de mayo de 1873). Congreso de la Republica. *Codigo Civil*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 2.867. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Ley 962. (8 de julio de 2005). Congreso de la República. *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*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0962_2005.html
- Lugo Denis, D., Espinosa Conde, I., Pozo Vinuesa, M., & Cruz Pérez, M. (2017). El documento Electrónico desde la perspectiva de la actividad notarial en Cuba. *Academia y Derecho*, 201- 214. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/237>
- Martínez Ortega, J. (2016). *Introducción al Derecho Notarial*. Madrid: Asociación Estatal de Empleados de Notarías – FEAPEN-.

- Meneses Pacheco, C. (2018). Significado De La Fe Pública En La Prueba Por Medio De Documentos Públicos. *Revista de Derecho*, 25(1). Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100181
- Pérez Gallardo, L. (2013). Díez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad:. *Revista de Derecho*, 153-183. Obtenido de <https://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/download/.../1424>
- Piccon, A. (2015). Fe pública y valor probatorio del instrumento público notarial. *Revista Notarial*, 1(92), 315-337. Obtenido de <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/11/RNCba-92-2015-13-Doctrina.pdf>
- Real Academia Española. (2005). *RAE*. Obtenido de <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=comparecer>
- SC 11294. (17 de agosto de 2016). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Ariel Salazar Ramirez*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- SC 3269. (16 de julio de 1993). Corte Suprema de Justicia. Sala de Csacion Civil. *M.P.: Nicolás Bechara Simancas*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Sentencia 16678. (14 de febrero de 2000). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Alvaro Orlando Perez Pinzon*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Sentencia 34718. (16 de marzo de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. *M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_a41e8bdf463e0064e0430a0101510064
- Sentencia C-029. (30 de enero de 2019). Corte Contitucional. Sala Plena. *M.P.: Alberto Rojas Rios*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-12759. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-029-19.htm>
- Torres Manrique, F. (s.f.). Escritura Pública. Obtenido de <https://studylib.es/doc/492386/escritura-publica-agente>
- Unión Colombiana del Notariado Colombiano. (s.f.). *Diligencias en Notarías. Orientacion al ciudadano*. Obtenido de Orientaciones Básicas para realizar las diligencias notariales mas frecuentes: <http://www.unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com/sitio/sites/default/files/CARTILLA%20DILIGENCIAS%20EN%20NOTAR%C3%8DAS.pdf>

Valera, L. (s.f.). Capítulo II: Antecedentes Historicos del notariado. Obtenido de http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/varela_v_va/capitulo2.pdf