

DE DETERMINADOS TRÁMITES ANTE NOTARIO

CLARA ELENA ZABARAÍN URBINA

2011

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

1. EL MATRIMONIO

1.1 DEFINICIÓN Y GENERALIDADES

1.2 REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ

1.3 IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO

1.4 MATRIMONIO CIVIL ANTE NOTARIO

1.4.1 NOTARIO COMPETENTE PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO CIVIL

1.4.2 SOLICITUD

1.4.3 PERMISO DE LOS REPRESENTANTES LEGALES PARA LOS MENORES ADULTOS

1.4.4. TRÁMITE

1.4.5 OPOSICIÓN AL MATRIMONIO

1.4.6 LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO: LA ESCRITURA PÚBLICA

2. EL DIVORCIO

2.1 DEFINICION Y GENERALIDADES

2.2 DIVORCIO ANTE NOTARIO

2.2.1 COMPETENCIA

2.2.2 REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE DIVORCIO ANTE NOTARIO

2.2.3 CAPACIDAD

2.2.4. MUTUO ACUERDO

2.2.5 FORMALIZACIÓN DEL DIVORCIO MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA

2.2.6 DESISTIMIENTO

2.2.7 EFECTOS DEL DIVORCIO ANTE NOTARIO

2.2.8 TARIFA POR EL TRÁMITE DEL DIVORCIO

3. LIQUIDACION DE HERENCIA Y SOCIEDADES CONYUGALES VINCULADAS A ELLAS

3.1 NORMAS SUSTANCIALES Y PROCEDIMENTALES

3.2 REQUISITOS PARA EL TRÁMITE

3.3 NOTARIO COMPETENTE

3.4 CONTENIDO DE LA SOLICITUD

3.5 PROCEDIMIENTO

3.6 LIQUIDACIONES ADICIONALES

3.7 REGISTRO DE LA ESCRITURA

3.8 TERMINACION ANTICIPADA DEL TRÁMITE NOTARIAL

INTRODUCCION

Desde 1987, año en que se expidió la Ley 30 de 1987 en virtud de la cual se autorizó la celebración del matrimonio civil, el cambio de nombre y apellidos ante notario, la liquidación de sucesiones, de adopción y separación de cuerpos por consenso de personas capaces, ante notario mediante escritura pública, sucesiva y gradualmente se han ido transfiriendo a los notarios del país más e importantes trámites, antes reservados a la justicia.

Ha acertado el legislador con esta ampliación de competencias a los notarios porque con ello, además de descongestionar al sistema judicial, se le facilitan los trámites a los ciudadanos porque por supuesto, dada la organización y funcionamiento de las notarias y el menor número de asuntos que atienden los procedimientos ante ellas son mucho más rápidos y menos engorrosos.

Ahora bien, de los hoy múltiples trámites asignados a los notarios hemos querido escribir son tres fundamentales en la vida de los colombianos: el matrimonio, el divorcio y la liquidación de herencia y sociedades conyugales ligadas a ésta.

Sobre todo hemos hecho una investigación de los pronunciamientos jurisprudenciales y de la Doctrina de la Superintendencia de Notariado y Registro sobre estos aspectos, con la intención de presentar la interpretación y aplicación que de las normas que regulan estas materias se ha venido haciendo por autoridades en la materia.

No pretendemos con este estudio agotar la materia, ni mucho menos, pero si ofrecer un guía útil y comprensiva de los temas más importantes de los asuntos abordados.

1. EL MATRIMONIO

Este capítulo no solo abordará el trámite del matrimonio ante Notario, sino que para comprender y tener los elementos de juicio y el conocimiento necesarios para resolver los problemas que se puedan presentar en el trámite notarial se requiere conocer con cierto grado de detalle la figura del matrimonio, sus efectos y su régimen. Por esta razón antes de entrar en el tema propiamente notarial del matrimonio, se presentará todo lo relativo al contrato de matrimonio en el Derecho colombiano, haciendo énfasis en pronunciamientos jurisprudenciales que han precisado aspectos importantes del mismo.

1.1. DEFINICIÓN Y GENERALIDADES

La palabra matrimonio viene del latín *matrimonium*, la cual proviene de *matrem* (madre) y *monin* (calidad de). Y fue definido por los romanos de la época justiniana como "*est manis et femine conjunctio et consortium omnis vitae divini et humani juris comunicatio*".

En términos generales, y de acuerdo con la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua el matrimonio es "la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales".

El Código Civil define el matrimonio en el artículo 113, así:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente"

De la definición transcrita interesa destacar que el matrimonio es esencialmente un acuerdo de voluntades, un contrato, y que como tal debe cumplir con todos los requisitos de existencia y validez de todo contrato, de

conformidad con el Código Civil. Igualmente el matrimonio se contrae con unas determinadas finalidades expresamente consagradas en la norma citada. El matrimonio es finalístico o teleológico: el hombre y la mujer se unen para cohabitar, procrear y ayudarse mutuamente.

En sentencia C 507 de 2004, la Corte Constitucional expresó *“que éste se genera por la “decisión libre de un hombre y una mujer” de contraerlo. No obstante, el constituyente decidió que el matrimonio se regiría por “la ley civil”, reconociendo así al poder legislativo la facultad de ser el órgano que establezca cuáles han de ser las formas de familia protegidas, de acuerdo a las realidades sociales y culturales de la Nación”*

En cuanto a la regulación del matrimonio en nuestro Derecho positivo interesa, en primer término, referirse al artículo 42 de la Constitución Política que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y, también, que 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.

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C 482 de 2003, expresó que *“Conforme a la citada disposición constitucional es a la ley civil a la que corresponde establecer las normas que regulen lo atinente a las formalidades para contraer el matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, así como lo atinente a los derechos y deberes de los cónyuges, las reglas aplicables a su separación, a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio o por otras causas.”*

Así, entonces, se reitera que es la ley civil, la que rige en los aspectos formales de todo matrimonio, así como en lo relativo a las relaciones jurídicas de (y entre) los cónyuges y a la disolución del vínculo

La anterior precisión resulta importante, porque hay que tener en cuenta antes de la Reforma Constitucional de 1991 y en virtud del Concordato⁹ y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede suscrito el 12 de julio de 1973 y aprobado por la Ley 20 de 1974, el Estado reconocía

plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que, como lo dijo la Corte Constitucional en Sentencia C 456 de 1993, *“La Constitución Política de 1991 reconoce el matrimonio religioso como garantía de la pluralidad ideológica que inspira el nuevo ordenamiento constitucional colombiano, pero en condiciones de plena igualdad legal; de modo que ante la ley, todos los matrimonios cesan en sus efectos civiles por divorcio...”*

Vista la definición del matrimonio es importante compararlo, para establecer las diferencias, con una figura con la que guarda gran similitud cual es la unión marital de hecho o unión libre.

MATRIMONIO Y LA UNION LIBRE O UNION MARITAL DE HECHO

Tal como ha sido reconocido por la legislación colombiana y precisado por la jurisprudencia y doctrina nacionales, la familia nace no solamente del matrimonio sino también de la unión libre o unión marital de hecho, como la denomina la Ley 54 de 1990, la cual la define como la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Como se observa, son elementos de la unión marital la cohabitación y la singularidad, los que también lo son del matrimonio. En cuanto a la permanencia, aunque el matrimonio también se contrae con este propósito, puede durar un solo día, sin que por ésta razón deje de serlo. En cambio la unión marital requiere para ser calificada como tal y genere las consecuencias que le son propias que se halla dado por un lapso no inferior a dos (2) años.

En la pareja, el estado del compañero, igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes, ayuda, trabajo y socorros mutuos con una distribución en partes iguales, nacimiento de la sociedad patrimonial.

De la unión marital de hecho surgen unas consecuencias. Respecto de la pareja son los que se establecen entre sí, como el vínculo marital, el estado jurídico del compañero, los deberes, derechos y responsabilidades y el hogar marital.

Respecto al socorro y ayuda mutuos, derechos propios también del matrimonio, debe decirse que el compañero o compañera permanente durante la vigencia de la unión marital de hecho, tienen derecho a salud y ayuda por parte del otro compañero.

Ahora bien no obstante todas las similitudes entre estas dos figuras es claro que no son lo mismo, tal como la ha establecido la propia Corte Constitucional en varias sentencias. Por ejemplo en la Sentencia No. C-239/94, puntualizó que *“ Es erróneo sostener que la Constitución consagre la absoluta igualdad entre el matrimonio y la unión libre, o unión marital de hecho. Sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una **unión libre.**”*

(...)

*“El noveno inciso del artículo mencionado, determina que "Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derecho de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo se rigen por la ley civil". Nada semejante se prevé en relación con la unión marital de hecho, precisamente por ser **unión libre.**”* (El artículo citado es el 42 de la Constitución Política)

(...)

*“ Pero la verdad es la creación de una nueva institución jurídica, la **unión marital de hecho, a la cual la ley 54 le asigna unos efectos económicos, o patrimoniales como dice la ley, en relación con los miembros de la***

pareja. De allí, al establecimiento de los mismos derechos y obligaciones que existen entre los cónyuges, hay un abismo. Basta pensar, por ejemplo, que la sola voluntad de uno de sus miembros, es suficiente para poner término a la unión marital de hecho, lo que no ocurre con el matrimonio.”

A su turno, la Corte en la Sentencia C 659 de 1997, insiste en que la familia no solo surge de un vínculo jurídico sino también de uno natural que es precisamente la unión marital de hecho. En efecto, dijo el máximo tribunal de lo constitucional en esa oportunidad *“La familia, a la luz de la Constitución, tiene origen en un vínculo **jurídico** -que se establece en virtud del matrimonio, civil o religioso, en este caso con los efectos civiles que la propia Carta autoriza- o en uno natural, que por definición excluye la celebración del matrimonio y se funda en la voluntad libre de un hombre y una mujer de conformar el grupo familiar pero a partir de la unión marital de hecho.*

*Si bien tanto una como otra modalidad de constitución de la familia merece, con arreglo a los principios y preceptos constitucionales, la protección del Estado y la preservación de sus fines esenciales -la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos-, y toda persona tiene libertad para optar entre la unión matrimonial y la de hecho, **lo cierto es que en el sistema jurídico se contemplan de manera diversa los efectos y las características de la familia matrimonial y de la nacida con base en la unión libre.***

Habiendo optado espontáneamente por el matrimonio -que, implica someterse a un estatuto compuesto por reglas, derechos y obligaciones predeterminadas por la ley-, el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen de la celebración del contrato. Una de ellas, directamente derivada del texto constitucional, es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio celebrado entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica” (el resaltado es nuestro)

CONSECUENCIAS ECONOMICAS DEL MATRIMONIO O EFECTOS PATRIMONIALES

Con el solo hecho del matrimonio surge entre los cónyuges una sociedad de bienes, tal como lo determina el artículo 180, inciso 1º, del Código Civil, modificado por el Art. 13 del Decreto ley 2820 de 1974 que dispone que:

"Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 22, libro IV, del Código Civil".

Esta disposición es reiterada en el Art. 1774 del mismo código, según el cual:

"A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título".

Así, entonces, y según las disposiciones transcritas, la celebración del matrimonio genera en forma imperativa la sociedad conyugal entre los contrayentes.

Dicha sociedad está constituida por los bienes muebles que los cónyuges aportan o que adquieran a título oneroso o gratuito y por los inmuebles que adquieran a título oneroso. En la misma cada uno de aquellos tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que adquiera por cualquier causa.

Hay una excepción a esta regla y es el de los matrimonios entre extranjeros, por quedar éstos sometidos al régimen de separación de bienes, con la posibilidad de aplicación de otro en su lugar, si se aporta la prueba respectiva.

MATRIMONIO ILEGAL

Por último en este capítulo de generalidades es importante puntualizar que existe un evento en que el propio Código Penal sanciona la conducta de quien contrae matrimonio consiente de que, en su caso o en el de la persona

con quien contrae matrimonio, existe un impedimento dirimente, o sea de los que según la ley civil generan la nulidad del matrimonio. Se tiene que el sujeto activo de esta conducta punible obra contra expresa prohibición legal, lo que es castigado por el ordenamiento jurídico en protección del interés de la familia y del orden social.

1.2. REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ

Hacer la distinción entre los requisitos de existencia y validez del matrimonio resulta ser un poco una discusión académica, por cuanto de conformidad con los artículos 1740 y 1741 la inexistencia equivale a nulidad absoluta y debe ser declarada judicialmente.

No obstante lo anterior, es bueno precisar que conforme a la doctrina son requisitos de existencia del matrimonio:

- a) La diversidad de sexos: Esto por cuanto de conformidad con nuestra legislación el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer que, entre otras finalidades, tiene la de procrear.
- b) Que se realice con las formalidades establecidas en la ley, por cuanto de conformidad con el artículo 115 del Código Civil “El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes **expresado ante el funcionario competente en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Código**, y no producirá efectos civiles y políticos si en su celebración se contravinieren a tales formas solemnidades y requisitos”

Sin embargo debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 57 de 1887, artículo 1º, numeral 1º, el matrimonio es nulo cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes. Ante esta previsión, se impone colegir que el matrimonio solo será inexistente por esta causal cuando se celebra ante quien no es ni juez ni notario.

Ahora bien, aunque la regla general en materia de contratos es que el consentimiento es un requisito de existencia, en punto del matrimonio lo es de validez toda vez que el artículo 140, numeral 3º del Código Civil, establece que el matrimonio es nulo cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos.

En cuanto a los requisitos de validez del matrimonio impone referirse a los establecidos por el Código Civil en el artículo 1504, como requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, o sea los requisitos de los actos jurídicos que son: a) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio b) Que sea legalmente capaz c) Que recaiga sobre un objeto lícito y d) Que tenga una causa lícita. Así mismo, y de conformidad con el artículo 115 del Código Civil que establece que el contrato de matrimonio es solemne, requiere de las solemnidades de ley para su validez.

Antes de hablar de las particularidades que estos requisitos tienen en materia matrimonial, es importante señalar que a diferencia de lo que sucede en el campo obligacional, en el derecho matrimonial en punto de nulidades rige el principio de que no existe nulidad sin texto que la consagre. Así mismo, y tal como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil el 9 de diciembre de 1975, “la división que para las nulidades en general hacen los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, en absolutas y relativas, no coincide con la actual división de las mismas en tratándose del matrimonio, que el legislador cataloga como insubsanables y saneables; aunque es preciso afirmarlo, cada grupo de éstas es fiel correspondencia en aquellas. De igual modo en el campo obligacional se establece que es absoluta tanto la nulidad producida por un objeto o causa ilícitos, como la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, y se establece también que cualquiera otra especie de vicio tal, produce nulidad relativa. Por el contrario en el campo del derecho matrimonial se dice de una manera expresa,

concreta, taxativa, relacionándolas una a una cuales son las causas precisas de nulidad que, por no ser subsanables, permiten ser declaradas de oficio por el juez, y de la misma manera se individualan los hechos precisos que generan las nulidades llamadas saneables”.

Como conclusión de lo anterior la Corte Suprema expresa que el régimen de nulidades nupciales no es el mismo que la ley ha erigido para los demás contratos y que la teoría de las nulidades matrimoniales tiene una estructura *sui generis*.

Consentimiento exento de vicio :La importancia del consentimiento en el matrimonio la relievra la Corte Constitucional en la Sentencia C507 de 2004 en la que expresó *“En su jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que “la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”. En la medida que el ser humano “se autoposee” y se “autodestina”, y el matrimonio “(...) comporta una entrega personal a título de deuda para conformar una comunidad de vida y amor y una participación mutua en la sexualidad, no puede darse sino por la libre decisión de cada uno de los cónyuges. (...)” Para la Corte “(...) la libertad en el consentimiento, en un contrato de esta naturaleza, es tema que involucra los derechos humanos a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica (...) por_ello debe garantizarse que ningún hecho, ningún acto distinto de la libre expresión del consentimiento, pueda llegar a producir un vínculo matrimonial.*

De acuerdo a la Constitución y a los demás tratados y convenios de derechos humanos sobre la materia, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “(...) la ley debe ser celosa en rodear al pacto conyugal de las circunstancias que aseguren un consentimiento verdaderamente libre, incondicional y vinculante, es decir capaz de crear el nexo jurídico a que se ha hecho referencia.” La expresión del consentimiento no es un mero acto ritual; las formalidades no son la esencia del matrimonio. Por esto, las exigencias relativas a la capacidad y madurez de los contrayentes que postulan las diversas legislaciones, les garantizan dar un consentimiento libre e incondicionado, y los protege del error en el que puedan incurrir.

Respecto al consentimiento y el matrimonio ante notario es importante hacer énfasis en que como quiera que los contrayentes deben manifestar su consentimiento de viva voz, los sordomudos no pueden contraer matrimonio ante notario, debiendo, en consecuencia, acudir al juez para ello.

Los vicios del consentimiento tratándose de matrimonio civil adquieren unas determinadas connotaciones que es necesario explicar.

El error: Para el matrimonio, el Código Civil en el artículo 140, numeral 1º, lo particulariza al decir que éste recae sobre las personas de ambos contrayentes o de uno de ellos. En concreto el error se da cuando alguien entendiendo casarse por ejemplo con Mario se casa con Alberto. Es, entonces, un error en la identidad del contrayente y no en sus cualidades o calidades lo que general la nulidad del matrimonio.

La fuerza: El numeral 5 del artículo 140 del Código Civil dispone que el matrimonio será nulo y sin efectos “Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes.”

Ahora bien, una modalidad de la fuerza es la que contempla el numeral 6 del artículo 140 del Código Civil que a la letra establece que es nulo el matrimonio “Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.”

En las Sentencias C- 007 de 2001 y C- 533 de 2000 hace la Corte Constitucional un interesante estudio de esta norma, que resulta útil para los fines de comprensión de la misma, transcribir aquí en sus apartes más relevantes: *“La Corte reitera que la nulidad del matrimonio constituye un vicio relativo, que resulta subsanable con la aquiescencia de la mujer en mantener el vínculo, siempre y cuando exista una manifestación de voluntad libre,*

expresa y clara, puesto que sólo así se garantiza que la convalidación del vicio es una forma de concretar la libertad de autodeterminación del contrayente (C.P. art. 16).

"La fuerza como vicio del consentimiento en el matrimonio y, expresamente dijo que dicha presión está consagrada en los numerales 5º y 6º del artículo 140 del Código Civil. Sin embargo, en razón de que sólo estaban demandados el numeral 5º y el artículo 145 de ese mismo estatuto, la Corte resolvió declararlos exequibles "bajo el entendido de que la cohabitación a que se refieren sea en todo caso voluntaria y libre, y dejando a salvo el derecho de demostrar, en todo tiempo, que ella no tuvo por objeto convalidar el matrimonio".

Los argumentos centrales de la sentencia, que ahora reitera la Corte, son principalmente cuatro. De un lado, esta Corporación sostuvo que la nulidad saneable "es más garantista de la libertad del cónyuge violentado", como quiera que el Estado debe respetar la decisión libre del cónyuge. En efecto, si el consorte violentado, en ejercicio de su libertad de autodeterminación, resuelve iniciar una relación afectiva que formalmente está vigente, el contrato matrimonial no sufre modificación no porque sea una imposición de la norma sino porque el Legislador respeta una determinación individual del interesado. Entonces, si "el consentimiento es lo esencial en el matrimonio" debe aceptarse que también es la causa de la convalidación del vicio de la fuerza. Textualmente, esta Corporación dijo:

"La disposición en comento precave intromisiones de terceros en los que debe ser una determinación individual y libérrima de los cónyuges, y en este sentido, como se ha dicho, respeta la Constitución"

De otro lado, la Corte sostiene que el consentimiento que convalida el vicio es igualmente importante a la determinación de contraer nupcias, por lo que estos deben rodearse de todas las garantías para que corresponda a una decisión "libre, incondicional y vinculante" de los contrayentes. En tal virtud, esta Corporación dijo que la convalidación del matrimonio celebrado mediante la fuerza es exequible, "siempre y cuando dé garantía de ausencia

de nuevos vicios y se lleva a cabo en absoluta libertad... [I]o importante es que el cónyuge violentado tenga siempre la oportunidad de demostrar la fuerza de que fue objeto, y la nulidad consecuencial del matrimonio, o si lo prefiere, de ratificar el consentimiento que antes expresó bajo el efecto de injusta presión".

Así mismo, esta Corporación manifestó que si existe una determinación libre de vicios del contrayente "parece sensato" que por razones de economía jurídica, el Legislador prevea mecanismos que eviten la ratificación expresa de la decisión o que obliguen a las parejas a disolver el vínculo jurídico (puesto que todo matrimonio se presume válido mientras no se demuestre lo contrario), para posteriormente contraer nuevas nupcias.

Finalmente, la norma acusada protege en mejor forma la estabilidad familiar, puesto que "[I]a familia que se constituye a partir de un matrimonio nulo, merece también la protección del legislador".

5.2. Los anteriores argumentos muestran que, contrario a lo expuesto por el actor, la convalidación del vicio derivado de la fuerza no establece una imposición legal contraria a la Carta, pues la ley no obliga a continuar con un contrato que nació viciado, simplemente le da efectos jurídicos a una decisión individual y libre del contrayente, cual es la de convalidar el vicio.

De otra parte, la Corte tampoco comparte el argumento del actor, según el cual la norma acusada consagra un "perdón" obligado de un acto delictivo. La demanda confunde los efectos penales de la conducta del secuestro con los efectos civiles del matrimonio que nació viciado. De hecho, la primera debe investigarse de oficio por el Estado y no es objeto de desistimiento, mientras que la nulidad relativa del matrimonio sólo puede ser alegada por quien fue víctima del rapto. Por consiguiente, la convalidación del vicio de la fuerza no borra la existencia del delito, con lo cual se desecha el argumento de la demanda."

El dolo: sobre el dolo ha dicho la jurisprudencia que en si mismo no es un vicio del consentimiento sino la causa del error que se genera en la mente

de la víctima. Así mismo, para que se consigue como un vicio del consentimiento, es necesario que haya sido la causa determinante del contrato, todo lo cual es perfectamente aplicable en tratándose del matrimonio civil.

Capacidad de los contrayentes: El artículo 140, numeral 2º, establece que el matrimonio será nulo y sin efectos cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad. La capacidad plena para contraer matrimonio se adquiere a los 18 años, de conformidad con el artículo 116 del Código Civil, según la modificación que le introdujo el Decreto 2820 de 1974, a través de su artículo 2º. Establece la ley una capacidad que podríamos llamar restringida porque requiere la autorización de los padres de los contrayentes y se da para las mujeres mayores de 12 años y los varones mayores de 14 años pero menores de 18. Este permiso, de conformidad con el artículo 117 del Código Civil, debe ser expreso y por escrito.

La Corte Constitucional al referirse a una demanda de nulidad de este numeral expresó *“La institución del matrimonio se funda en el libre ejercicio que hagan de su autonomía quienes van a contraerlo, tanto constitucional como legalmente En esta medida, la regla acusada parcialmente (es nulo y sin efectos el matrimonio contraído por un varón menor de catorce, y una mujer de doce fija un límite a las personas, de acuerdo con su sexo, para ejercer su libertad de casarse. Desde esta perspectiva podría decirse que la libertad para contraer matrimonio se limita durante dos años más en la vida a los hombres que a las mujeres”* (Sentencia C-507 de 2004)

De otro lado, en cuando al permiso de los padres para los menores de 18 años la Corte Constitucional puntualizó “En la sentencia C-344 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía) se consideró que la exigencia a los púberes de contar con el consentimiento de sus padres para contraer matrimonio, así como la posibilidad de que éstos los deshereden en caso de no haber observado esta regla, no implica violación o desconocimiento alguno de la libertad o autonomía de los menores Esta decisión se adoptó, entre otras

consideraciones, porque se asumió que el requisito de contar con la autorización de los padres no limita los derechos del menor, sino que por el contrario los protege. Para la Corte atentaría contra la institución de la familia, “(…) estimular (…) los matrimonios de adolescentes apenas llegados a la pubertad” (acento fuera del texto original). En esta ocasión, cabe resaltar, la Corte manifestó expresamente que las regulaciones civiles matrimoniales entre “púberes” (menor adulto) no son comparables a los menores que tienen relaciones sexuales, situación claramente diferente. No obstante la decisión adoptada por la sentencia C-344 de 1993 no fue unánime, los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero salvaron su voto por considerar que las disposiciones acusadas sí desconocían la autonomía de los menores—

(…)

7.3.6. En la misma línea del anterior precedente, pero refiriéndose a los efectos en materia económica del matrimonio de los menores, no a las reglas de capacidad, la Corte resolvió declarar exequible el primer inciso del artículo 125 del Código Civil, según el cual: 'el ascendiente, sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho'. Se consideró que “(…) el inciso primero del artículo 125 del Código Civil no quebranta los artículos 13, 14, 15, 16, 18 y 42 de la Constitución Política, sino que, por el contrario, los interpreta fielmente, por cuanto la ausencia de permiso para celebrar el matrimonio no afecta su validez ni mengua los efectos del contrato matrimonial, sino que dota a los padres de una herramienta eficaz, tanto para obligar a los menores a tomar una decisión reflexiva, como para que, en el evento de que el matrimonio se realice no obstante la falta de permiso, los padres o quienes en esta importante misión los sustituyen, mitiguen, al menos patrimonialmente, las consecuencias de la decisión” (C-1264 de 2000; M.P. Álvaro Tafur Galvis). En esta oportunidad dos Magistrados salvaron su voto, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero

(…)

7.4. Conclusión

El derecho a conformar libremente una familia es un derecho constitucional fundamental del cual también son titulares los menores de edad, sin perjuicio de que el legislador establezca condiciones para su ejercicio con el fin de proteger al menor y de que fije edades, incluso diferentes, para determinar la capacidad para contraer matrimonio, una de las formas de constituir familia".
(Sentencia C-507 de 2004)

Requisitos de forma: las solemnidades de ley

De conformidad con el artículo 115 del Código Civil el consentimiento de los contrayentes debe ser expresado en **la forma y con las solemnidades y requisitos** establecido en el Código so pena de que no produzca efectos ni civiles ni políticos sino se observan dichas solemnidades. Es claro, entonces, el Código al establecer la sanción para el caso de que no se cumplan las formalidades previstas en la ley, y ésta es que no produce efectos, lo que quiere decir que el matrimonio se invalida.

1.3. IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO

Aunque el tema de los impedimentos hace relación también a unas especiales capacidades para contraer matrimonio, por la importancia del tema resulta conveniente tratarlos en capítulo separado.

Los impedimentos son hechos o situaciones que constituyen un obstáculo para la celebración válida del matrimonio. Los impedimentos se clasifican en dirimientes e impeditivos, de acuerdo con la consecuencia que general.

1.3.1. Impedimentos Dirimientes: Estos, a su vez, se clasifican en absolutos y relativos. Los primeros impiden el matrimonio con cualquier persona y los segundos con unas personas determinadas.

-Vínculo anterior subsistente: Es un impedimento dirimente absoluto, previsto por el numeral del artículo 140 del Código Civil, que establece que el matrimonio es nulo y sin efectos cuando respecto del hombre o de la mujer, o

de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior. Es esta una causa de nulidad absoluta.

- El contraerse matrimonio por impúber: Establecida por el numeral 2º del artículo 140 del Código Civil. Es también un impedimento dirimente absoluto. Esta nulidad es saneable según lo establecido en el artículo 143 del Código, por el paso de los tres meses después de haber llegado los menores a la pubertad o cuando la mujer así sea impúber haya concebido.

- La demencia y la sordomudez: Establecida en el numeral 3º del artículo 140 del Código Civil, al prever que el matrimonio será nulo si se contrae por locos furiosos y los mentecatos a quine se les haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes, así como a los sordomudos que no pueden expresar con claridad su consentimientos. En todos estos sujetos la norma presume la falta de consentimiento y es por ello que impone la sanción de nulidad para el matrimonio por ellos contraído. Es un impedimento dirimente absoluto.

-El parentesco: Es un impedimento dirimente relativo y genera nulidad absoluta.

Los casos en que se da este impedimento los establece el artículo 140 del Código Civil, así:

Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos. Esto aplica tanto parentesco legítimo como al matrimonial. Numeral 9.

Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva o entre hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue la esposa del adoptante. Numeral 11.

Otro impedimento dirimente relativo es también el establecido por el artículo 13 de la Ley 57 de 1887, esto es, cuando es contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima.

Teniendo en cuenta que el Decreto 960 de 1970 le asigna al Notario una facultades especiales en materia de nulidad, al establecer en el artículo 21 que “el notario no autorizará el instrumento cuando quiera que del contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes o en hechos percibidos directamente por él, llegue a la convicción de que el acto sería absolutamente nulo por razón de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil”, debe negar la autorización del instrumento.

-Homicidio del cónyuge: También es un impedimento dirimente relativo y está consagrado en el numeral 8º del artículo 140 del Código Civil que establece que el matrimonio será nulo y sin efectos cuando uno de los contrayentes ha hechos matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior. Esta causal requiere de una explicación y es que el matrimonio debe producirse con el coautor o cómplice del delito. Si el notario llega a enterarse de esta circunstancia, está obligado a dar aplicación al artículo 21 del Decreto 960 de 1970, al que hizo alusión en el párrafo precedente.

-Adulterio: También es causa de nulidad absoluta. Lo consagra el numeral 7 del artículo 140 del Código Civil que establece que el matrimonio será nulo “Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado en juicio, probado el adulterio”

1.3.2. Impedimentos impedientes

-Impedimento de los tutores y guardadores: Es una prohibición prevista en el artículo 14 de la Ley 57 de 1887 y se refiere al tutor o curador que haya administrado los bienes de una mujer que no haya cumplido los 18 años, casarse con ella mientras la cuenta de su administración no haya sido aprobada por el juez.

Esta una prohibición que, sin embargo, no genera nulidad del matrimonio sino sanciones para el tutor o curador.

Dice el artículo 14 citado que el juez no autorizará los matrimonios que se realicen contraviniendo lo dispuesto. Es claro que igual disposición aplica en

caso de matrimonio celebrado ante notario, razón por la cual es obligación del este funcionario en tratándose de matrimonio celebrado por mujer de 18 años sometida a guarda que se vaya a casa con su guardador, exigir la aprobación judicial de la cuenta de la guarda, so pena de incurrir en sanciones disciplinarias.

-Consentimiento de los padres: En el caso de los menores de 18 pero mayores de 12 y 14 para la mujer y el hombre, respectivamente, se requiere el consentimiento de los padres. Sin embargo, si los contrayentes cumplen 18 años dentro de los tres meses siguientes al matrimonio o si la mujer queda embarazada, el vicio se sana. En caso de faltar el consentimiento que se exige por el Código Civil, el funcionario competente para celebrarlo no puede proceder a ello.

Impedimentos de las segundas nupcias

-De acuerdo con el artículo 73 del Código Civil, la mujer viuda no puede casarse antes de los 270 días subsiguientes a la disolución o nulidad de su matrimonio. Aplica en este caso el artículo 21 del Decreto 960 de 1970, por lo que debe el notario abstenerse de celebrar el matrimonio sino ha transcurrido el tiempo que establece el citado artículo 73.

-la persona que vaya a contraer matrimonio y tenga hijos de precedente matrimonio bajo su patria deberá, como requisito para que se pueda celebrar el matrimonio, elaborar un inventario solemne de los bienes que esté administrando. De acuerdo con la sentencia C-289 de 2000, proferida por la Corte Constitucional, la misma obligación que se establece para las personas que habiendo estado ligadas por matrimonio anterior, quisiere volver a casarse, se predica también respecto de quien resuelve conformar por una unión libre de manera estable, con el propósito responsable de formar una familia, a efecto de asegurar la protección del patrimonio de los hijos habidos en ella.

1.4 MATRIMONIO CIVIL ANTE NOTARIO

En virtud de la Ley 30 de 1987 se investió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para, entre otras cosas, autorizar la celebración del matrimonio civil mediante escritura pública.

Es bueno anotar que en virtud de la citada ley se buscó descongestionar el sistema judicial, tal como se lee en la exposición de motivos del proyecto de ley No. 208 de 1986 que luego se convirtió en la citada ley. En efecto en él se lee que las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno tienen entre otros los siguientes propósitos: *“racionalizar los procedimientos y descongestionar el sistema judicial, transfiriendo a otras autoridades asuntos que impliquen necesariamente decisión judicial”*

Se refería la exposición de motivos citada a los llamados asuntos de jurisdicción voluntaria, o sea aquellos en los que no existe litis o contienda entre las partes. Así, pues, con el propósito referido y enmarcado en lo que se ha dado en llamar primera reforma notarial, se dio a los notarios la facultad para que ante ellos y mediante escritura pública se celebre el matrimonio civil.

La facultad así otorgada fue desarrollada por el Ejecutivo mediante el Decreto 2668 de 1988 “Por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público”

El texto de la norma citada es el siguiente:

DECRETO 2668 DE 1988

(26 de diciembre)

Por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público.

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 30 de 1987, y oída la Comisión Asesora por ella establecida.

DECRETA:

Art. 1o._ Sin perjuicio de la competencia de los jueces Municipales, podrá celebrarse ante notario el matrimonio civil, el cual se solemnizará mediante escritura pública con el lleno de todas las formalidades que tal instrumento requiere. El matrimonio se celebrará ante el Notario del Círculo del domicilio de la mujer.

Los menores adultos celebrarán el matrimonio con el permiso de sus representantes legales, en la forma prevista por la Ley.

Art. 2o._ En la solicitud, que deberá formularse por escrito y presentarse personalmente ante el Notario por ambos interesados o sus apoderados, se indicará:

- a) Nombre, apellidos, documentos de identidad, lugar de nacimiento, edad, ocupación y domicilio de los contrayentes y nombre de sus padres;
- b) Que no tienen impedimento legal para celebrar matrimonio y
- c) Que es de su libre y espontánea voluntad unirse en matrimonio.

Cuando los interesados pretendan legitimar a sus hijos extramatrimoniales comunes no reconocidos, deberán designarlos en la solicitud.

Art. 3o._ Al escrito a que se refiere el artículo anterior, los pretendientes acompañarán copias de los registros civiles de nacimiento, válidos para acreditar parentesco, expedidas con antelación no mayor de un (1) mes a la solicitud del matrimonio.

Si de segunda nupcias se trata, se acompañarán, además, el registro civil de defunción del cónyuge con quien se estuvo unido en matrimonio anterior a los registros civiles donde conste la sentencia de divorcio o de nulidad o de dispensa pontificia, debidamente registrada y en inventario solemne de

bienes, en caso de existir hijos de precedente matrimonio en la forma prevista por la Ley.

Art. 4o._ Modificado. Decr. 1556 de 1989, artículo 1o. Presentada la solicitud con el lleno de todos los requisitos legales, el notario hará fijar un edicto por el término de cinco (5) días hábiles, en la secretaría de su despacho, en el que se hará constar el nombre completo de los contrayentes, documentos de identidad, lugar de nacimiento y vecindad.

Si el varón es vecino de municipio de distinto círculo, o si alguno de los contrayentes no tiene seis (6) meses de residencia en el círculo, se procederá en la forma prevista en el artículo 131 del Código Civil. En este caso, el notario primero del círculo fijará el nuevo edicto por el término de cinco (5) días.

El extranjero que no se encuentre domiciliado en Colombia y desee contraer matrimonio civil ante notario, deberá presentar y para tal fin, el registro civil de nacimiento y el certificado donde conste su estado de soltería, o sus equivalentes. Estos documentos deberán tener una vigencia inferior a tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su expedición.

Art. 5o._ Vencido el término de que trata el artículo anterior, desfijado el edicto y agregado a la solicitud, se procederá al otorgamiento y autorización de la escritura pública con la cual quedará perfeccionado el matrimonio.

Art. 6o._ En la escritura que contenga el contrato matrimonial se expresará el nombre, apellido e identidad de los contrayentes, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad y domicilio, la circunstancia de viva voz ante el Notario, previo interrogatorio de éste, de que mediante el contrato de matrimonio libre y espontáneamente se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente y que no existe impedimento para celebrarlo. Así mismo, se harán constar las legitimaciones a que hubiere lugar.

Presentes los contrayentes y el notario, éste leerá personalmente la escritura, y será suscrita por los intervinientes y el Notario en un solo acto.

Art. 7o._ Autorizada la escritura, se procederá a efectuar la inscripción en el registro civil. Así mismo, el notario, a costa de los interesados, comunicará telegráficamente, el mismo día o, a más tardar al siguiente, la celebración del matrimonio a los funcionarios para que hagan las respectivas notas marginales, las cuales deberán aparecer necesariamente en las copias que de ellas se expidan.

Art. 8o._ Si se presenta oposición antes de la celebración del matrimonio, se dará por terminado el trámite notarial. El escrito de oposición se presentará personalmente, bajo la gravedad de juramento, el cual se presume con la sola firma del opositor, acompañado de las pruebas que pretenda hacer valer.

La oposición temeraria será sancionada de acuerdo con lo establecido en la Ley.

Art. 9o._ Transcurridos seis (6) meses de la presentación de la solicitud, sin que se hubiere celebrado el matrimonio, se dará por terminado el trámite notarial sin perjuicio de que los interesados puedan presentarla nuevamente.

Art. 10._ Podrá contraerse matrimonio estando presente la mujer y el apoderado del varón, en la forma establecida en el artículo 11 de la Ley 57 de 1987.

En caso de inminente peligro de muerte de alguno o de ambos contrayentes, se dará aplicación al artículo 136 del Código Civil.

Art. 11._ El presente Decreto rige a partir del primero (1o) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.”

1.4.1 NOTARIO COMPETENTE PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO

CIVIL:

No ha sido caprichosa la escogencia del Notario competente para celebrar el matrimonio civil. Se requiere que la información de la futura celebración del contrato matrimonial, se dé a conocer a quienes, eventualmente, pudieren oponerse al mismo y qué mejor, entonces, que darla a conocer en el lugar del domicilio de la mujer. Aunque si los domicilios de los contrayentes son diferentes, el edicto que informa del futuro matrimonio se publicará también en la Notaria Primera del lugar del domicilio del contrayente.

Como lo ha dicho la Corte Constitucional al ocuparse de revisar la constitucionalidad de la norma que atribuye al juez de la residencia de la cónyuge la competencia para celebrar el matrimonio civil, “la ley pretende que el matrimonio goce de la publicidad necesaria, a fin de evitar los matrimonios ocultos, que podrían afectar derechos de terceros, pues el matrimonio genera cambios importantes en el estado civil de las personas. Y, más importante aún, la ley juzga necesario que la celebración ocurra en un sitio en donde los futuros contrayentes sean conocidos, puesto que allí es donde la sociedad y los funcionarios pueden conocer mejor los posibles impedimentos que puedan presentarse. Este requisito es pues también un mecanismo para asegurar la validez de los matrimonios que se van a realizar, puesto que "se teme que tales impedimentos no se presenten donde los futuros esposos son completamente desconocidos. (SENTENCIA C-112 DE 2000)

En el exterior son competentes los cónsules de Colombia para la celebración del matrimonio civil, en razón a que éstos cumplen funciones notariales, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 17 del Decreto 453 de 1930 y por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, aprobada por Colombia.

En concepto de la División Legal de Registro del Estado Civil de la Superintendencia de Notariado y Registro, se precisó que se podía contraer matrimonio civil ante cónsul colombiano en el exterior siempre y cuando uno de los contrayentes fuera colombiano ya fuera por nacimiento o por adopción. En efecto, la División Lega de Registro del Estado Civil Precisó *“Por lo tanto podrá celebrarse ante cónsul el matrimonio civil tratándose de:*

-Dos colombianos por nacimiento.

-Un colombiano por nacimiento y un extranjero. Un colombiano por adopción y un extranjero.

-Dos colombianos por adopción.

-Un colombiano por nacimiento y un colombiano por adopción.

El matrimonio se celebrará ante el cónsul del círculo del domicilio de la mujer, el cual se solemnizará mediante escritura pública con el lleno de todas las formalidades que tal instrumento requiere.

A la solicitud, que deberá formularse por escrito y presentarse personalmente ante el cónsul, los pretendientes acompañarán los registros civiles de nacimiento válidos para acreditar parentesco, y tratándose de extranjeros, además, el certificado done conste su estado de soltería, o sus equivalentes. Estos documentos deberán tener una vigencia inferir a gres meses, contados a partir de la fecha de su expedición; autorizada la escritura, se procederá a efectuar la inscripción en el registro civil en la forma prevista por los artículo 67 y siguientes del D. ley 1260 de 1970. Así mismo, el cónsul a costa de los interesados, comunicará telegráficamente, el mismo día o a más tardar al siguiente, la celebración del matrimonio a los funcionarios que conserven en sus archivos los registros civiles de nacimiento para que hagan las respectivas anotaciones”

Ahora bien, que pasa cuando el matrimonio es celebrado por un notario incompetente. La repuesta la tiene el numeral 1º del artículo 13 de la ley 57

de 1887, que establece que el matrimonio será nulo si se celebra ante notario incompetente.

1.4.2 SOLICITUD

Para contraer matrimonio civil ante notario, el artículo 2 del Decreto 2668 de 1988, exige la presentación personal de una solicitud escrita por ambos interesados o sus apoderados.

Sobre este aspecto lo que interesa resaltar es que el documento debe estar firmado por ambos interesados, pero no necesariamente tienen que concurrir los dos al mismo tiempo para su presentación, puede hacerlo uno primero y otro después. Ahora bien, si la solicitud se presenta mediante apoderado, cada uno de los futuros contrayentes puede dar poder por separado, pero la solicitud debe estar contenida en un mismo documento firmado por los dos pretendientes. Si es a través de apoderado, el poder debe ser especial, no vale un poder general, y debe contener el nombre de la persona con quien se desea contraer matrimonio, así como su voluntad libre y espontánea de contraer matrimonio. No es necesario que estos apoderados sean abogados titulados.

En la Instrucción Administrativa 01 de junio de 2001, la Superintendencia de Notariado y Registro, hizo varias precisiones sobre el tema del apoderamiento en el matrimonio civil, así: *“De conformidad con la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 57 de diciembre 28 de 1990, el artículo 11 de la Ley 57 de 1887, quedará así:*

“Puede contraerse el matrimonio no sólo estando presentes ambos contrayentes sino también por apoderado especial constituido ante notario público por el contrayente que se encuentre ausente, debiéndose mencionar en el poder el nombre del varón o la mujer con quien ha de celebrarse el matrimonio. El poder es revocable, pero la revocación no surtirá efecto si no es notificada al otro contrayente antes de celebrar el matrimonio.”

La disposición transcrita permite inferir claramente cómo la posibilidad para contraer matrimonio por poder puede invocarse válida e indistintamente por

el contrayente (varón o mujer) que se encuentre ausente, constituyendo el correspondiente poder ante Notario público, en cuyo texto se debe mencionar el nombre del varón o la mujer con quien se ha de celebrar el matrimonio.

Ahora bien, la revocación del poder sólo surtirá efectos en la medida en que tal decisión le sea notificada al otro contrayente antes de celebrar el matrimonio.

Cuando se trate de matrimonio de extranjeros por poder, se deberá tener en cuenta la ciudadanía de quien representa al extranjero así:

a) Si el representante del extranjero es un ciudadano colombiano que ha sido autorizado mediante poder amplio y suficiente por el extranjero, no es necesario solicitar copia de la visa, en este caso se presentará la copia de la cédula de ciudadanía de la cual el representante es titular.

b) Si el delegado es un ciudadano extranjero, deberá ser titular de cualquiera de las visas enunciadas en el oficio No. 0027 del 13 de junio de 2000, expedido por el Jefe de la División de Visas del Ministerio de Relaciones Exteriores..”

La Superintendencia de Notariado y Registro ha precisado que si el matrimonio se va a celebrar ante notario, la solicitud solo puede presentarse ante notario, esto es, que no vale una solicitud presentada ante juez. Así mismo, es necesario que se presente ante el mismo notario que va a celebrar el matrimonio.

De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 2668 de 1988, la solicitud debe contener:

a) Nombre, apellidos, documentos de identidad, lugar de nacimiento, edad, ocupación y domicilio de los contrayentes y nombre de sus padres; b) Que no tienen impedimento legal para celebrar matrimonio y c) Que es de su libre y espontánea voluntad unirse en matrimonio.

Así mismo, en el caso de que se pretenda legitimar a sus hijos extramatrimoniales comunes no reconocidos, deberán designarlos en la solicitud. Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 239 del Código Civil establece que para que se produzca la legitimidad de los hijos es necesario que los padres designen en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio, estén vivos o muertos, no hay ninguna dificultad si los futuros contrayentes olvidaron hacerlo en la solicitud ante el notario, pues como lo permite este artículo lo pueden hacer en el acto de matrimonio o en escritura pública.

A la solicitud deberán anexarse los siguientes documentos, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2668 de 1988:

a) Copia de los registros civiles de nacimiento, válidos para acreditar parentesco, expedidas con antelación no mayor de un (1) mes a la solicitud del matrimonio.

Teniendo en cuenta que el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 determina que se probaran con copia de la partida o folio o con certificación expedida en los mismos, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, aunque el citado artículo 3 del Decreto 2668 de 1988, habla de copias de los registros civiles de nacimiento, serán válidos los certificados si contienen la información necesaria para acreditar parentesco.

En cuanto a extranjeros, hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 1º del Decreto 1556 de 1989, en el sentido de que el extranjero que no se encuentre domiciliado en Colombia y desee contraer matrimonio civil ante notario, deberá presentar para tal fin, el registro civil de nacimiento y el certificado donde conste su estado de soltería o sus equivalentes, documentos que deben tener una vigencia inferior a tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su expedición.

Respecto al tema de la identificación de extranjeros para contraer matrimonio civil, mediante la Instrucción Administrativa 01 de 2001, la Superintendencia de Notariado y Registro precisó: *“El Ministerio de*

Relaciones Exteriores, mediante oficio No. 00084 de enero 7 de 1999, determinó con base en lo dispuesto en el artículo 108 del decreto 2371 de 1996, que la visa a presentar por los extranjeros para contraer matrimonio con nacionales colombianos en este país, es la Clase Temporal, Subclase Ordinaria y Categoría Especial.

Igualmente, a los extranjeros con nacionalidad de países que no requieran visa de turista para ingresar al país, en caso de que la razón de su ingreso, sea la de contraer matrimonio con nacional colombiano, les es exigible la visa respectiva, para tal fin. Lo anterior, para optimizar el control migratorio y asegurar la existencia de información oficial, para los nacionales colombianos que vayan a contraer nupcias con extranjeros.”

Ahora bien, el registro civil de nacimiento y el certificado donde conste su estado de soltería o equivalente, deben cumplir lo establecido en los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil, que establecen que los documentos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán ser autenticados por el cónsul o agente diplomático de Colombia, o en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el ministerio de relaciones exteriores de Colombia. El artículo 260 citado, determina que si el documento es extendido en un idioma distinto al castellano, para que obren como prueba, requieren ser traducidos por un traductor oficial y la traducción debe ser autorizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Si se trata de segundas nupcias, se acompañará el registro civil de defunción del cónyuge con quien estuvo unido en matrimonio anterior o los registros civiles del en donde conste la inscripción de la sentencia de divorcio o nulidad del matrimonio civil.

En el caso de existir hijos de matrimonio anterior, se deberá presentar un inventario solemne de bienes en la forma prevista en los artículos 169, 170 y 171 del Código Civil.

A propósito del artículo 170 del Código Civil, modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 6º, que establece que habrá lugar al nombramiento de curador aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o de la madre y que cuando fuere así el curador especial deberá testificarlo, mediante respuesta a la consulta No. 3.461, el 18 de agosto de 2.008, referida al inventario solemne de bienes de los hijos menores o no emancipados, cuyos padres contraen matrimonio civil ante notario, la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro concluyó:

"1. No se puede exigir el inventario solemne, sino en aquellos casos donde real y físicamente existen bienes en cabeza de los menores y estos estén administrados por sus padres, entendiéndose, que los bienes pueden ser muebles o inmuebles.

*2. Cuando no hay bienes del menor bajo la administración de algunos de los padres que va a contraer matrimonio, **NO ES NECESARIO SOLICITAR INVENTARIO SOLEMNE DE BIENES.***

3. Si el menor no tiene bienes, no es viable administrar ni efectuar inventario de lo que no se tiene."

En respuesta a la Consulta No. 2149 del 13 de julio de 2007, respecto al matrimonio Civil ante Notario entre un extranjero y una colombiana, en la que se consultó sobre los requisitos para la celebración de matrimonio civil, ante notario, entre un extranjero estadounidense con una colombiana, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro conceptuó: *"El artículo 18 del Código Civil, expresa: "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia"; y el artículo 57 del C.P. y M, dispone: "las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes; salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos". En la celebración de matrimonio civil entre un colombiano y un extranjero, el notario debe limitarse a exigir los requisitos previstos en los Decretos 2668 de 1988 y 1556 de 1989. La solicitud debe ser escrita y presentada personalmente o por sus apoderados. El ciudadano colombiano debe aportar el registro civil de nacimiento expedido con*

antelación no mayor a un mes, (modificado por el párrafo del artículo 21 de la Ley 962 de 2005) y respecto al extranjero, copia del registro civil de nacimiento y el certificado donde conste el estado de soltería, o sus equivalentes.

Estos documentos deberán tener una vigencia inferior a tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su expedición (artículo 1° Decreto 1556 de 1989).

El párrafo de la Ley 962 de 2005 expresa: “Las copias del registro civil de nacimiento tendrán plena validez para todos los efectos, sin importar la fecha de su expedición. En consecuencia, ninguna entidad pública o privada podrá exigir este documento con fecha de expedición determinada, excepto para la celebración del matrimonio, eventos estos en los cuales se podrá solicitar el registro civil correspondiente con fecha de expedición actualizada, en ningún caso, inferior a tres (3) meses”. El artículo 3° del Decreto 2668 de 1988, dispone: “ ...si de segundas nupcias se trata, se acompañarán, además, el registro civil de defunción del cónyuge con quien se estuvo unido en matrimonio anterior o los registros civiles donde conste la sentencia de divorcio o de nulidad o de dispensa pontificia, debidamente registrada y un inventario solemne de bienes, en caso de existir hijos, en la forma prevista por la ley.” Además de los documentos citados, el extranjero para la celebración del matrimonio debe aportar el documento idóneo de identificación, que es el pasaporte vigente ó cédula de extranjería o el carnet que expide la Dirección del Protocolo; la visa, o el permiso de ingreso, deben estar vigentes. (Instrucción Administrativa No. 04 del 11 de enero de 2006), No se requiere visa especial para contraer matrimonio, (Instrucción Administrativa No. 01 del 26 de enero de 2005).

Si el extranjero otorga poder para que lo representen en la celebración del matrimonio, es decir, no viene al país, no se requiere ninguno de los documentos de identificación arriba señalados, por lo tanto el poder puede ser otorgado ante la competente autoridad extranjera, identificándose con el documento idóneo en ese país u otorgarlo ante Cónsul Colombiano en el exterior. El certificado de soltería. o sus equivalentes lo debe expedir la autoridad competente del lugar de origen del extranjero. Los equivalentes al

certificado de soltería, son aquellos documentos que se utilicen en el país de origen para acreditar el estado de soltería, éstos dependen de cada país.

El artículo 5° del Decreto 2820 de 1974, que modificó al artículo 169 del Código Civil, expresa: “La persona que teniendo hijos (de precedente matrimonio) bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curatela, quisiere (volver a) casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando. Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial.” Nota: Las expresiones puestas entre paréntesis, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, en Sentencia C-289 de 2000, MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Y el artículo 6° Ibídem, señala: “El artículo 170 d el C.C. quedará así: Habrá lugar al nombramiento de curador aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o de la madre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo.” El nombramiento de curador especial es obligatorio, no importa que el hijo sea o no propietario de bienes. Cuando carece de bienes, la gestión del guardador se limita a verificar la falta de éstos. De las normas anteriores, se desprende que así no existan bienes, debe nombrarse un curador especial al menor, a fin de que testifique lo anterior.

Respecto al inventario de bienes, si en el país de origen del extranjero no existen jueces de familia para efecto del nombramiento de curador, debe existir alguna autoridad que haga sus veces y es ésta a quien le corresponde elaborar dicho inventario, si no existe quién elabore el inventario, deberá anexar certificación en tal sentido, expedida por autoridad competente. Lo anterior, por cuanto la ley no hace excepción alguna respecto al inventario de bienes en tratándose de extranjeros.

Como quiera que los notarios son los encargados de dar fe pública, considera esta entidad que la certificación puede provenir de un notario. La ley colombiana no prevé quién es el competente en el exterior. También puede aportar unas declaraciones extraprocesos en las cuales el extranjero manifieste que en su país no existe el inventario de bienes. Los documentos otorgados en el país extranjero, deberán presentarse debidamente legalizados ante la autoridad que delega cada país para apostillar (Convención de La Haya de octubre 5 de 1961, Ley 455 de 1998), o presentarse debidamente legalizados por el cónsul colombiano en el respectivo país y abonada la firma de éste por el

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, documentos aquellos que se acompañarán con la respectiva traducción oficial cuando fuere el caso (artículo 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil).

1.4.3 PERMISO DE LOS REPRESENTANTES LEGALES PARA LOS MENORES ADULTOS

El artículo 1º del Decreto 2668 de 1988 exige el permiso de los representantes legales de los menores adultos para que puedan contraer matrimonio civil, como ya se vio en el punto relativo al consentimiento para contraer matrimonio. De acuerdo con nuestra legislación civil, son menores adultos las mujeres menores de 18 años y mayores de 12 y los varones menores de 18 años y mayores de 14 años. Para ellos es necesario el consentimiento expreso y escrito de sus padres, o en defecto de éstos, de quienes sean sus representantes legales.

Esta exigencia, antes que considerarse como limitación a la autonomía o libertad de los menores, ha sido estimada como una protección para ellos.

Este permiso debe ser dado por escrito y de manera expresa.

Los artículos 117 a 122 del Código Civil regulan esta materia. En ellos se establece que los menores adultos deben obtener el permiso de sus padres legítimos o naturales, del padre y de la madre adoptante. Si alguno de ellos ha fallecido, o se hallare impedido para conceder el permiso, bastará el consentimiento del otro. Si no hay acuerdo entre los padres, es necesario acudir al Juez de Familia, para que por medio de un proceso verbal sumario resuelva el desacuerdo, tal como lo establece el artículo 5º del Decreto 2272 de 1999.

Se entiende faltar el padre o la madre, de conformidad con lo establecido en el artículo 118 del Código Civil, cuando ha fallecido o está demente, o encontrarse ausente del territorio nacional y no esperarse su pronto regreso o por ignorarse el lugar de su residencia.

Así mismo, según el artículo 119 del Código Civil, se entiende faltar el padre que haya sido privado de su patria potestad.

Cuando faltan los padres para dar su permiso, es necesario obtener el del curador general o, en su defecto, el de un curador especial.

Para que el curador pueda negarse a dar el permiso, debe alegar una de estas causas, de acuerdo con el artículo 122 del Código Civil:

La existencia de cualquier impedimento legal;

El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título 8º De las segundas nupcias, en su caso;

Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia o de la prole;

Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse;

Estas sufriendo esa persona la pena de reclusión;

No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

De las demás personas de quienes se debe obtener el permiso para contraer matrimonio los menores adultos, ninguno requiere expresar la causa por la cual se niega a dar su consentimiento.

El Código Civil en su artículo 124 establece una sanción de tipo económico para aquellos que estando obligados a obtener el permiso de sus padres no lo hicieron y es la posibilidad de que éstos los deshereden. Esta sanción también podrá imponerse por todos los otros ascendientes.

En esta misma línea, el artículo 125 del Código Civil determina que el ascendiente sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del

matrimonio le haya hecho. Al respecto la Corte Constitucional en pronunciamiento ya aludido en esta obra, expresó: *Se consideró que “(...) el inciso primero del artículo 125 del Código Civil no quebranta los artículos 13, 14, 15, 16, 18 y 42 de la Constitución Política, sino que, por el contrario, los interpreta fielmente, por cuanto la ausencia de permiso para celebrar el matrimonio no afecta su validez ni mengua los efectos del contrato matrimonial, sino que dota a los padres de una herramienta eficaz, tanto para obligar a los menores a tomar una decisión reflexiva, como para que, en el evento de que el matrimonio se realice no obstante la falta de permiso, los padres o quienes en esta importante misión los sustituyen, mitiguen, al menos patrimonialmente, las consecuencias de la decisión” (C-1264 de 2000; M.P. Álvaro Tafur Galvis)*

1.4.4. TRÁMITE

Ordena el Decreto 2668 de 1988, que a la solicitud presentada con el lleno de todos los requisitos legales, el trámite que se le debe dar es el de la fijación de un edicto en la secretaría del despacho del notario, dice el decreto, lo que debe entenderse como en un lugar visible porque lo que se pretende con este edicto es darle publicidad a la celebración del futuro matrimonio, para que quien tenga derecho se oponga a él.

Si en la solicitud se omite algún requisito, el notario deberá rechazarla y devolver los documentos a quienes los presentaron, sin necesidad de que se de un pronunciamiento con alguna formalidad

El edicto debe contener el nombre completo de los contrayentes, documentos de identidad, lugar de nacimiento y domicilio.

Este edicto se fijará por un término de cinco (5) días hábiles. Solo una vez vencidos éstos, se podrá proceder al otorgamiento y autorización de la escritura pública, en la fecha y hora que se haya fijado por los futuros contrayentes.

1.4.5 OPOSICIÓN AL MATRIMONIO

Establece el artículo 8º del Decreto 2668 de 1988 que la oposición a la celebración del mismo, esto es hasta que el notario firme la escritura que es la autorización de la misma. Es claro que se puede presentar en cualquier momento desde la iniciación del trámite.

Obsérvese que lo único que exige a norma es que se presente acompañado de las pruebas que se pretenda hacer vales, bajo la gravedad del juramento. Considero que en asunto tan serio y tan comprometedor como lo es el instante mismo en que se va a dar comienzo a la celebración del matrimonio o se esté celebrando ya. Surja una oposición como sino se hubiera adelantado la más mínima actuación o trámite alguno para evitar, precisamente cualquier tipo de posición malintencionada y por ello de última hora que solo pueda ocasionar perjuicios y malestar de orden familiar o social. Entonces, debo preguntarme: Para qué la publicidad que se procura con el edicto, razón por la cual su publicación constituye un requisito esencial sin el cual, si es cierto, que no puede celebrarse el matrimonio. Es claro que dada la naturaleza jurídica del matrimonio, no podía introducirse en el trámite pertinente una controversia que, en cierto modo, escapa a la jurisdicción voluntaria, carácter de los trámites que se pueden llevar ante notario público. En este caso, nada obsta el requerimiento de un principio de prueba que acredite el interés legítimo para oponerse al matrimonio. Así, entonces, no será cualquier documentación la que se aporte para oponerse al matrimonio.

En este sentido, consideramos que el notario solo puede abstenerse de celebrar el matrimonio por esta causa cuando se dan alguna de las causales que la Superintendencia de Notariado y Registro listó en una de las instrucciones que sobre el matrimonio expidió y que son:

- ✓ Diferencia de sexos
- ✓ Capacidad sexual: capacidad para poder consumir el acto sexual
- ✓ Capacidad de procreación: Posibilidad de engendrar hijos
- ✓ Capacidad mental: madurez para afrontar los derechos y obligaciones que trae consigo el matrimonio
- ✓ Vínculo matrimonial anterior

- ✓ Parentesco entre los contrayentes, así
 - Por línea directa: padres con hijas, madres con hijos o con nietos
 - Por afinidad: padrastro con hijastra; suegro y nuera, suegra y yerno, etc.)
 - Parentesco civil: padres adoptantes con hijos adoptivos; la esposa del adoptante y el hijo adoptivo de éste.

- ✓ Homicidio cometido por uno de los contrayentes en la persona de su cónyuge o en la del cónyuge del otro contrayente o con su complicidad

Compartimos plenamente la reserva expresada por cierto sector de la doctrina nacional sobre la oposición basada en la incapacidad sexual, la de procreación y la inmadurez mental, porque constituyen todas ellas aspectos que atañen directa y exclusivamente a fuero interno de las personas, violatorias de la dignidad y la libertad de la persona.

En cuanto a la forma de presentar la oposición, la Superintendencia de Notariado y Registro, en las instrucciones que ha impartido respecto al matrimonio civil ante notario ha puntualizado que la oposición debe hacerse por escrito que debe contener:

- ✓ Parentesco que lo ligue con alguno de los futuros esposos, cuando fuere el caso.
- ✓ Fundamento de la oposición
- ✓ Pruebas documentales que acrediten la existencia del impedimento
- ✓ Poder, si se tramita la oposición por intermedio de apoderado.

De acuerdo con el artículo 8º del Decreto 2668 de 1988, la oposición debe presentarse por escrito, personalmente y bajo la gravedad del juramento, el cual se entiende prestado por la sola presentación del escrito con la firma de quien se opone.

1.4.6. LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO: LA ESCRITURA PÚBLICA

El matrimonio se perfecciona con el otorgamiento y autorización de la escritura pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 2668 de 1988.

Ahora bien, esta escritura pública debe contener necesariamente:

1. Nombre, apellido e identidad de los contrayentes
2. Lugar y fecha de nacimiento
3. Nacionalidad y domicilio
4. La circunstancia de hallarse en su entero y cabal juicio.
5. Su manifestación de viva voz ante el notario previo interrogatorio de éste, de que mediante el contrato de matrimonio libre y espontáneamente se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente y que no existe impedimento para celebrarlo
6. Si hay lugar a ello, se harán constar las legitimaciones.

La escritura debe ser leída personalmente por el notario y suscrita por éste y los intervinientes, en un solo acto.

En el acto del matrimonio no se requiere la presencia de testigos como lo ha puntualizado la Corte Constitucional en la Sentencia C 401 de 1999, en la cual expresó : De otra parte, la Corte también tiene que anotar que, luego de la vigencia del decreto 2668 de 1988, (artículos 2, 3 y 6) para la celebración ante notario del matrimonio civil, el cual se solemnizará mediante escritura pública con el lleno de las formalidades que tal instrumento contempla, no se requiere, la presencia de testigos, pues así se desprende de la lectura del artículo 2 que dispone sobre los requisitos de la solicitud y sus anexos, los cuales deben presentar los futuros cónyuges que debe formularse por escrito ante el funcionario notarial. En efecto, el decreto en mención dice: "*en la solicitud que deben presentar los interesados o sus apoderados se indicarán a) nombres, apellidos, documentos de identidad, lugar de nacimiento, edad, ocupación y domicilio de los contrayentes y nombre de sus padres; b) que no tienen impedimento legal para celebrar*

matrimonio y que es de su libre y espontánea voluntad unirse en matrimonio, igualmente deberán acompañar los pretendientes los registros civiles de nacimiento válidos para acreditar parentesco y en caso de segundas nupcias, se acompañarán además el registro civil de defunción del cónyuge con que se estuvo casado ó los registros civiles donde consta la sentencia de divorcio o de nulidad o de dispensa pontificia debidamente registrada y un inventario solemne, en caso de existir hijos de precedente matrimonio en la forma prevista en la ley.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 99, numeral 1 del Decreto 960 de 1970, será nula la escritura si el notario actúa fuera de los límites del respectivo círculo notarial.

Una vez autorizada la escritura pública, se hará la inscripción en el registro civil de matrimonio, a costa de los interesados

2. EL DIVORCIO

2.1 DEFINICION Y GENERALIDADES

El divorcio se define como la disolución del vínculo que se crea con el matrimonio, por lo cual una vez producido éste los cónyuges quedan en libertad para contraer nuevamente matrimonio.

Buscando los orígenes del divorcio nos podemos remontar al Derecho Romano en el que se conocía como *divortium* el fenómeno de la disolución del matrimonio que podía darse por incapacidad matrimonial de alguno de los cónyuges, por *capitis diminutio*, por muerte de alguno de los cónyuges, por *incestus superveniens* que se daba cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno por lo que los cónyuges se convertían en hermanos, por llegar al cargo de senador quien estuviera casado con una liberta, o por la cesación de la *affetio maritalis* y que consistía en la voluntad de ambos cónyuges de dar por terminado el matrimonio.

En el derecho francés el matrimonio era indisoluble, pero a partir de la revolución francesa con todas sus ideas liberales y libertarias se permitió dar fin al matrimonio mediante el matrimonio-contrato y luego surge el matrimonio-sanción.

Con el divorcio, como ya se explicó, se rompe el vínculo matrimonial por declaración de la justicia o de las autoridades no judiciales a las cuales les hayan atribuido esa facultad.

En Colombia, que fue el primer país de Hispanoamérica en permitir el divorcio, se consagró en 1853, sin embargo su vigencia duró muy poco pues la ley que lo permitía fue derogada en 1856.

Luego en 1863 se restablece parcialmente, por cuanto como la forma del Estado era federal los estados miembros de la Unión tenían su propia legislación y algunos de éstos permitían el divorcio. En 1873 se adoptó el Código Civil para toda la Unión, y en este el matrimonio era el único reconocido.

Ya en el Estado centralista adoptado en virtud de la Constitución de 1886, se adopta un único Código Civil mediante la Ley de 57 de 1887; el código adoptado es el mismo Código Civil de 1873, pero en materia de matrimonio la Ley citada le introdujo modificaciones importantes, por cuanto, a diferencia del anterior, le dio validez al matrimonio católico e hizo indisoluble el vínculo cualquiera que fuera la clase de matrimonio celebrado.

En el texto original del artículo 153 del Código Civil, se establecía que “*El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados.*”, lo que quería decir que el divorcio no era vincular y, por supuesto, solo era aplicable para el matrimonio civil.

En 1976, la ley 1ra. derogó el citado artículo y, en su lugar, estableció que el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado. Con esto el divorcio se volvió vincular, y una vez decretado el divorcio quedan disueltos el vínculo

matrimonial y la sociedad conyugal, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1ra. de 1976.

Con el Decreto Ley 1900 de 1989, se estableció el divorcio del matrimonio civil ante notario con fundamento en la causal dada por la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años, establecida en el numeral 8 del artículo 154 del Código Civil. Sin embargo, la Ley 25 de 1992, mediante la cual se desarrolla parcialmente el artículo 42 de la Constitución Política, deroga el Decreto Ley 1900 de 1989.

La misma Ley 25 de 1992 modificó el artículo 154 del Código Civil y estableció como causales de divorcio, las siguientes:

- 1) Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges.
- 2) El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.
- 3) Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
- 4) La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
- 5) El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.
- 6) Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.
- 7) Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.
- 8) La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.
- 9) El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

La causal novena, que es la misma que se puede invocar para el trámite de divorcio notarial, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil se adelanta a través de un proceso de jurisdicción voluntaria. Justamente por esta falta de

contención entre las partes, fue que el legislador estimó posible asignar este trámite a los notario, cosa que fue hecha nuevamente en nuestro país a través de la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto 4436 de 2005.

Respecto a la naturaleza jurídica del divorcio ante notario, conviene anotar que se trata nada más ni nada menos que de un acto jurídico; es la decisión de los cónyuges la que disuelve el matrimonio; no hay aquí ninguna decisión de autoridad, la intervención del notario se da para solemnizar, a través de la escritura pública, la decisión de las partes.

Es necesario aclarar que ante notario y respecto del divorcio se dan dos figuras: una es la de la disolución del vínculo matrimonial, en el caso del matrimonio civil y la otra es la de la cesión de los efectos jurídicos del matrimonio religioso. Recuérdese que en tratándose de matrimonio católico, éste es indisoluble. Sin embargo, como la Constitución de 1991 estableció en su artículo 42 que *“Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”*, fue posible en Colombia hablar de divorcio de matrimonio católico, en los términos ya vistos, esto es, éste no es vincular, solo hace cesar los efectos jurídicos del matrimonio.

De acuerdo con el artículo 42 citado en el párrafo precedente, se tiene que es el propio constituyente el que permite la disolución del matrimonio y faculta al legislador para determinar los motivos que pueden determinar la separación o la disolución del vínculo mediante el divorcio.

Nuestro derecho positivo ha adoptado el “sistema causalista” de acuerdo con el cual el divorcio solo puede pedirse por causas expresamente previstas en la ley taxativamente, distinguiendo esas causas o motivos en causales de divorcio sanción y causales de divorcio remedio. En las primeras hay la noción de culpa de uno de los cónyuges y en las segundas, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia *“lo que se busca es solucionar el conflicto familiar, permitiendo la ruptura del vínculo cuando ya haya cierto grado de certeza en torno a que el mismo ha fracasado porque se ha hecho imposible la vida común de los cónyuges. Tales como la 6ª (toda enfermedad o anormalidad grave...), la 8ª (la separación de cuerpos judicial o de hecho, que haya durado más de dos (2)*

años) y la 9ª (el mutuo acuerdo). En estas no es aplicable la noción de cónyuge culpable, porque no se mira quien infringió sus obligaciones sino la ruina o frustración del vínculo matrimonial.” (Sentencia del 15 de diciembre de 1998, del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, Magistrado Ponente: Jesael Antonio Giraldo)

Así, entonces, se tiene que el matrimonio ante notario se funda en una de las causales que ha sido denominada por la jurisprudencia como causales de divorcio remedio. Justamente en la sentencia citada en el párrafo precedente, ahondando más en la naturaleza de estas causales, transcribe un comentario del tratadista español Vicente L. Montes que por ser ilustrativo de la causal que da lugar al divorcio ante notario, resulta interesante citar aquí también “*La ley española parece orientada desde el punto de vista central de la tesis que pudiéramos llamar de quiebra, ruina o frustración del matrimonio. Se ha producido un fracaso que razonablemente es irreparable en el matrimonio y éste no puede cumplir la función social que el ordenamiento le asigna, por lo que podemos entender que mantener el vínculo no es socialmente conveniente y en cambio, es preferible, como se ha dicho, levantar acta de la definitiva frustración y dejar en libertad a las partes implicadas para que reconstruyan su vida de la manera que entiendan más conveniente*”

2.2 DIVORCIO ANTE NOTARIO

Como ya se expresó mediante la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto 4436 de 2006, se estableció nuevamente en Colombia el trámite de divorcio ante notario.

La ley citada establece textualmente:

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.

...Artículo 34. DIVORCIO ANTE NOTARIO. Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante

escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley.

El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente.

PARÁGRAFO. El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad.”

Véase cómo, así como la Ley 30 de 1987, tuvo como fin descongestionar la administración de justicia, ésta que le asignó este trámite a los notarios tuvo una finalidad similar, enmarcada además en el propósito, de facilitarle los trámites a los ciudadanos racionalizándolos, lo que se obtiene con la posibilidad de que un proceso que era exclusivamente judicial, ahora se pueda adelantar ante notario.

Tal y como quedó consagrado en la Ley 962, es la sola voluntad de las partes la que disuelve el vínculo jurídico, voluntad que se expresa en el instrumento público que es la escritura. Lo único que puede oponerse a esa voluntad, es el Defensor de Familia, con fundamento en la protección de los menores hijos. Es entonces, así como el matrimonio, un acto jurídico celebrado en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que tiene como única restricción la oposición que al mismo pueda hacer el Defensor de Familia, pero en protección de un interés superior, que es el de los hijos menores.

La Ley 962 de 2005 fue reglamentada por el Decreto 4436 de 2005 que se transcribe para mayor ilustración del tema.

DECRETO 4436 DE 2005

(noviembre 28)

Por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley 962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponden por el artículo 189 ordinal 11 de la Constitución Política, y de las legales establecidas en los artículos 5° y 218 del Decreto-ley 960 de 1970.

DECRETA:

El Divorcio ante Notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos:

Artículo 1. *El Divorcio ante Notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos.* El divorcio del matrimonio civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, por mutuo acuerdo de los cónyuges, podrá tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante escritura pública.

Artículo 2. *La petición, el acuerdo y sus anexos.* La petición de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, será presentada por intermedio de abogado, tal como lo dispone el artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

Los cónyuges presentarán personalmente el poder ante Notario o juez.

La petición de divorcio contendrá:

- a) Los nombres, apellidos, documento de identidad, edad y residencia de los cónyuges.
- b) El acuerdo suscrito por los cónyuges con la manifestación de voluntad de divorciarse o de que cesen los efectos civiles del matrimonio religioso. Además contendrá disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal; y se informará sobre la existencia de hijos menores de edad;
- c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza,

educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas;

d) Los anexos siguientes:

- Copias o certificados de los registros civiles de nacimiento y matrimonio de los cónyuges, y habiendo hijos menores, las copias o los certificados de los registros civiles de nacimiento de los mismos.

- El poder de los cónyuges al abogado para que adelante y lleve a término el divorcio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, incluyendo expresamente, si así lo deciden, la facultad para firmar la Escritura Pública correspondiente.

- El concepto del Defensor de Familia, en el caso de que haya hijos menores de edad, si por cualquier circunstancia legal ya se cuenta con este, sin perjuicio de la notificación del acuerdo de los cónyuges establecida en el párrafo del artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

Artículo 3°. *Intervención del Defensor de Familia.* Habiendo hijos menores de edad, el Notario le notificará al Defensor de Familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito, el acuerdo al que han llegado los cónyuges, en los términos del artículo anterior. El Defensor de Familia deberá emitir su concepto en los quince (15) días siguientes a la notificación. Si en dicho plazo el Defensor de Familia no ha allegado su concepto, el Notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la Escritura y le enviará una copia a costa de los interesados.

Las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se incorporarán al acuerdo, de ser aceptadas por los cónyuges. En caso contrario se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la Escritura Pública, y se devolverán los documentos de los interesados, bajo recibo.

Artículo 4°. *Desistimiento.* Se considerará que los interesados han desistido de la solicitud de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, si transcurren dos (2) meses desde la fecha en que el instrumento fue puesto a su disposición, sin que concurran a su otorgamiento.

Artículo 5°. *Protocolización de los anexos y Autorización.* En la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso se protocolizará la solicitud, el poder, las copias o certificados de los registros civiles y el concepto del Defensor de Familia.

Una vez satisfechos los requisitos sustanciales y formales exigidos en la ley y en este decreto, el Notario autorizará la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso.

Artículo 6°. *Registro de la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos.* Una vez inscrita la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios, el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados.

Artículo 7°. *Tarifa.* El trámite del divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso causará, por concepto de derechos notariales, la tarifa fijada para los actos sin cuantía, y se cancelará con la presentación completa de la respectiva solicitud.

Artículo 8°. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de su publicación.

2.2.1 COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 1° del Decreto 4436 de 2005, es competente para conocer del trámite del divorcio del matrimonio civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, cualquier notario que escojan los interesados. A diferencia del trámite del divorcio ante juez en el que la competencia se fija por razón del territorio siendo competente el juez de familia del domicilio del demandado o del domicilio común anterior a la demanda,

mientras el demandante lo conserve, en materia de divorcio notarial prima la regla del notariado latino y es la libertad de escogencia del notario.

Vale aclarar que la ley ha dejado a salvo la competencia de los jueces de familia para conocer de los proceso de divorcio por mutuo acuerdo, por lo que se puede afirmar que en el tema hay una doble competencia.

2.2.2 REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE DIVORCIO ANTE NOTARIO

a) Petición presentada por apoderado: Este es un trámite que solo puede ser llevado por quienes tengan el carácter de abogado, y poder a éste conferido necesariamente debe presentarse personalmente por los cónyuges ante el notario o juez. La petición, así presentada debe ser escrita.

b) Contenido de la solicitud:

- ✓ Los nombres, apellidos, documentos de identidad, edad y residencia de los cónyuges
- ✓ El acuerdo que debe ser suscrito por los cónyuges. El acuerdo es justamente la manifestación de voluntad de divorciarse o de que cesen los efectos civiles del matrimonio religioso. Debe contener la petición lo que hayan resuelto los interesados sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre ellos, si así lo deciden, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal. Si hay hijos menores debe informarse de su existencia
- ✓ En caso de haber hijos menores es necesario que se regule lo atinente a la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos; se requiere indicar la cuantía de la obligación alimentaria, de acuerdo con lo que se establece en el Código del Menor sobre este tema; la custodia y cuidado personal de los menores y el régimen de visitas con la periodicidad de las mismas.
- ✓ Los anexos que debe tener la petición son las copias o certificados de los registros civiles de nacimiento y matrimonio de los cónyuges, y habiendo hijos menores, las copias o certificados de los registros civiles de nacimiento de los mismos. El poder de los cónyuges al abogado

para que adelante el divorcio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso y, si así lo deciden, la facultad para firmar la escritura pública que solemniza el divorcio. El concepto del Defensor de Familia, en el caso de que haya hijos menores de edad, si ya se cuenta con él, sin perjuicio de la necesidad de notificación del acuerdo del acuerdo de los cónyuges.

2.2.3. CAPACIDAD

Este, como todo acto jurídico, se rige por las normas de capacidad que para este caso serán las mismas normas de capacidad para la celebración del matrimonio, por lo cual los menores adultos así como tienen capacidad para contraer matrimonio, deben tenerla para divorciarse, pero en esta caso, consideramos que ya no es necesario el permiso de sus representantes legales, permiso que lo consagra la ley en protección de estos menores.

2.2.4. MUTUO ACUERDO

Lo único que exige la ley para que proceda el divorcio ante notario es justamente la voluntad concurrente de los esposos sobre su decisión de quererse divorciar. Es lo único, pero es fundamental; sin ésta no hay divorcio que pueda ser solemnizado mediante escritura pública. No es necesario, es más no son procedentes, consideraciones adicionales, como por ejemplo las causas que los han llevado a tomar la decisión de poner fin al matrimonio. Manifestaciones en este sentido deben ser rechazadas por el notario por improcedentes, porque pueden llevar a poner un manto de duda sobre el común acuerdo a que han llegado los interesados.

Pero como lo exige la ley, este común acuerdo no es solo sobre la decisión de poner fin al vínculo sino que debe existirlo sobre todos los aspectos que involucrados en el trámite de divorcio notarial, desde la escogencia misma del notario, del abogado, la forma cómo cumplirán las obligaciones alimentarias, todo lo referente a la crianza, educación, mantenimiento de los hijos, el régimen de las visitas, la custodia y cuidado personal de los hijos y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal. Esto quiere decir que para que proceda el

divorcio ante notario no puede haber ninguna diferencia entre los interesados en ninguno de estos aspectos, porque de haberlas se frustrará el trámite.

2.2.5 FORMALIZACIÓN DEL DIVORCIO MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA

Ya se explicó como el divorcio es un acto jurídico que solo requiere del consentimiento mutuo de los cónyuges que quieren poner fin al vínculo matrimonial. Pero para que este consentimiento tenga vida y efectos jurídicos se requiere que el mismo se exprese en el instrumento público que es la escritura. Así, entonces, se puede afirmar que el divorcio es un acto jurídico solemne que se perfecciona por la manifestación de voluntad de las partes plasmada en la escritura pública

La escritura pública de divorcio debe contener:

- a) El nombre, apellido, edad, domicilio y residencia e identificación de los comparecientes
- b) En la escritura deben quedar registrados todos los aspectos contenidos en la petición, porque en realidad ellos constituyen la parte sustancial de la declaración de los interesados, el mutuo acuerdo, que es lo que da lugar a la ruptura del vínculo matrimonial. En consecuencia, en el instrumento pública constará el consentimiento convergente de las partes sobre su espontánea y libre voluntad de poner fin a la unión matrimonial, esto es, de divorciarse o de que cesen los efectos civiles del matrimonio religioso, sin que sea de recibo, todo lo contrario resultaría improcedente, agregar declaraciones que puedan desvirtuar que la causa del divorcio es el mutuo consentimiento. Pero como ya se indicó, el acuerdo también gira en torno al cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre las partes; si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo debe indicar la forma en que contribuirán los padres a la crianza, la educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme a la disposición correspondiente del Código del Menor, señalando el lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores y el régimen de visitas, indicando la

periodicidad de éstas. Si la sociedad conyugal estuviere vigente, la liquidación de ésta puede hacerse en esta misma escritura o en otra diferente. Así mismo, en la escritura pública debe quedar constancia de la intervención del defensor de familia.

- c) En cuanto a los documentos que deben protocolizarse con la escritura están: la solicitud y sus anexos, el documento que contiene el poder al abogado constancia de la diligencia de presentación personal o del reconocimiento del contenido ante juez o notario. Copia o certificados de los registros civiles de nacimiento y matrimonio de los cónyuges. Copias o certificado de los registros civiles de nacimiento de los hijos menores para acreditar parentesco y, por último, el documento que contiene el concepto favorable del defensor de familia, si ya se cuenta con él, en el caso de que existan hijos menores.

2.2.6 DESISTIMIENTO

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 4436 de 2005, hay dos eventos en los que se presume que los cónyuges han desistido de divorciarse o de cesar los efectos civiles del matrimonio religioso:

- a) Si desde la fecha en que el instrumento fue puesto a su disposición, pasan dos (2) meses sin que los interesados concurran a su otorgamiento.
- b) De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 4436, cuando los cónyuges no aceptan las observaciones legalmente sustentadas que haga el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la escritura pública, y se devolverán los documentos a los interesados gajo recibo.

2.2.7 EFECTOS DEL DIVORCIO ANTE NOTARIO

1. Teniendo en cuenta que el divorcio rompe el vínculo matrimonial o hace cesar los efectos civiles del matrimonio religioso, se produce un cambio en el

estado civil de la persona. Este cambio en el estado civil debe ser debidamente registrado, tal como lo establece el artículo 5 del Decreto 960 de 1970.

El artículo 6 del Decreto 4436 de 2005 determina que el notario debe inscribir la escritura de divorcio o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios. Una vez hecho este registro el notario debe comunicar la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados

2. Roto el vínculo matrimonial los ex cónyuges pueden volver a casarse, razón por la cual dejan de existir las obligaciones y derechos recíprocos. Como en el divorcio ante notario no cabe posibilidad alguna de que se considere la culpabilidad de uno de los cónyuges, no es aplicable el artículo 411, numeral 4, del Código Civil, según el cual debe alimentos el cónyuge culpable al cónyuge divorciado sin su culpa. Así, entonces, en cuestión de alimentos, se estará a lo que libremente decidan los interesados, sin embargo hay que tener en cuenta que de conformidad con el artículo 424 del Código Civil el derecho a pedir alimentos es irrenunciables, consideramos aplicable el pronunciamiento de la Corte Constitucional que precisó que los deberes conyugales de ayuda y socorro subsisten aún En efecto en la Sentencia T-185/10, el máximo tribunal constitucional del país manifestó *“En los términos del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos jurídicos, lo que corresponde a la constitución a partir del matrimonio, o por vínculos naturales, mediante la decisión responsable de un hombre y una mujer de constituir una familia.*

En este orden de ideas, el matrimonio como uno de los actos constitutivos de la familia, se encuentra definido en el artículo 113 del Código Civil de la siguiente manera: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. Desprendiéndose en cabeza de los cónyuges una serie de deberes los cuales se complementan con lo prescrito en el artículo 176 del Código Civil, modificado por el Decreto 2820 de 1974, según el cual los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse

mutuamente, en todas las circunstancias de la vida, de acuerdo al principio de reciprocidad.

Esta obligación de socorro y ayuda que la ley predica de los cónyuges casados, comprende varias dimensiones que cobijan, entre otras cosas, prestaciones de carácter personal y económico que hacen posible la vida en común y el auxilio mutuo. A través de estos vínculos no sólo se manifiesta el deber constitucional de solidaridad, sino que también se desarrolla el principio de reciprocidad que caracteriza la relación conyugal.

Igualmente, dentro de los deberes conyugales se encuentra el deber de alimentos, considerado como una obligación de orden económico que comprende no sólo la alimentación sino también lo indispensable para el sustento, el vestuario, habitación, recreación, educación, asistencia médica y cuidados de instrucción, si ellos fueren exigidos por las circunstancias.

Como un desarrollo del principio de solidaridad predicable de los miembros de la familia, el Sistema de Seguridad Social en Salud protege al núcleo familiar de la persona cotizante, es decir, de quienes se consideren, de acuerdo con las opciones permitidas por la Constitución, familia. De esta forma, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 establece que el P.O.S. tendrá una cobertura familiar e indica, como se explicó, quiénes se consideran beneficiarios

Ahora bien, aunque la finalidad de la familia propende por la unidad y estabilidad de sus miembros, existen circunstancias que imposibilitan la unión en común y que son causales de disolución del vínculo conyugal. De ahí que el propio artículo 42 de la Constitución Política prevea que los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún cuando se rompa el vínculo conyugal, las aludidas obligaciones de socorro y ayuda no necesariamente se extinguen sino que pueden sufrir una transformación, en el entendido de que las prestaciones de tipo personal no pueden seguir siendo exigibles pero algunas obligaciones económicas pueden continuar en condiciones específicas.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-246 de 2002, al señalar:

En efecto, la función del deber de solidaridad que se expresa en las relaciones conyugales, cuando se señala que una de las finalidades del matrimonio está constituida por el auxilio mutuo que se deben el hombre y la mujer que libremente deciden casarse (artículos 113 y 176 C.C.) no supone que, ante la existencia de circunstancias que configuran alguna de las causales de divorcio definidas por la ley, los cónyuges deban permanecer casados. El ámbito en el que se pueden materializar las acciones humanitarias con las que uno de los cónyuges responde ante situaciones que ponen en peligro la vida digna del otro, no depende de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, pues aunque el hecho del divorcio pone fin al vínculo existente entre los esposos no extingue por completo las obligaciones definidas en la ley. El propio legislador decidió que después del divorcio este deber legal que concreta uno de los fines del matrimonio continua si bien reducido eventualmente a una dimensión económica (artículo 160 C.C.) puesto que el cónyuge culpable debe, cuando se dan las condiciones señaladas por el legislador, pagar alimentos al cónyuge inocente dentro de la visión del derecho civil en el cual se denota una concepción del divorcio como sanción, cuando éste no es mutuamente acordado (artículo 411, numeral 4, C.C.).

En este orden de ideas, puede concluirse que pese a la terminación del vínculo matrimonial puede subsistir el deber de alimentos que comprende la prestación del servicio de salud, en la medida en que no puede abandonarse al cónyuge con una enfermedad o discapacidad grave, pues sería atentatorio del principio de la dignidad humana y de los deberes de socorro y ayuda que, como se expuso anteriormente, eventualmente perduran después de la separación o divorcio de los cónyuges. “

3. Como el derecho a heredar deriva de a calidad de cónyuge, desaparecida ésta, se pierde igualmente este derecho. Sin embargo, debido a que el artículo 1231 del Código Civil establece que aun el cónyuge divorciado tiene derecho a la porción conyugal, este derecho si no se pierde por causa del divorcio.

4. Disuelve la sociedad conyugal, si ésta no se hubiera disuelto anteriormente.

5. La mujer embarazada debe denuncia su estado al marido o a sus consanguíneos, y ante la falta de éstos, al juez de familia o al civil municipal. La finalidad de esta comunicación es evitar el desconocimiento de la paternidad legítima.

6. De acuerdo con el artículo 160 del Código Civil, subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes, lo que quiere decir que la patria potestad no se afecta para nada con el divorcio. En la misma escritura de divorcio o en otro documento, uno de los padres puede darle la administración de los bienes de los hijos menores al otro, sea parcial o totalmente. En efecto, de conformidad con el artículo 307 del Código Civil, modificado por el artículo 4 del Decreto 2820 de 1974, *“Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dichas administración o representación. “*

En la escritura pública de divorcio tiene que quedar regulado lo relativo a la forma en que los padres deben contribuir a los gastos de los hijos comunes.

7. De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 57 de 887, no se reputará hijo del marido el concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges a meno de probarse que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo, o que durante le divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

2.2.8 TARIFA POR EL TRÁMITE DEL DIVORCIO

La tarifa por el trámite del divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, por concepto de derechos notariales, será la fijada para los actos sin cuantía, y se cancelará con la presentación completa de la respectiva solicitud.

3. LIQUIDACION DE HERENCIA Y SOCIEDADES CONYUGALES VINCULADAS A ELLAS

La Ley 30 de 1987 autorizó la liquidación de sucesiones ante notario mediante escritura pública. En desarrollo de esta Ley, se dictó el Decreto 902 de 1988 que autorizó la liquidación de herencia y las sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario. Mediante el Decreto Ley 1729 de 1989 se reformó el Decreto 902.

El texto del Decreto 902 de 1988, con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 1729 de 1989 es el siguiente:

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,
en uso de las facultades que le concede la Ley 30 de 1987
y oída la Comisión Asesora, creada por el artículo 2o de dicha Ley,

DECRETA:

ARTICULO 1o. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 1729 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Podrán liquidarse ante notario público las herencias de cualquier cuantía y las sociedades conyugales cuando fuere el caso, siempre que los herederos, legatarios y el cónyuge sobreviviente, o los cesionarios de éstos, sean plenamente capaces, procedan de común acuerdo y lo soliciten por escrito mediante apoderado, que deberá ser abogado titulado e inscrito.

También los acreedores podrán suscribir la solicitud, sin perjuicio de la citación a que se refiere el artículo 3o. de este Decreto.

Cuando el valor de los bienes relictos sea menor de cien mil pesos (\$100.000.00), no será necesaria la intervención de apoderado. El valor señalado se incrementará en las fechas y porcentajes previstos en el artículo 3o. del Decreto 522 de 1988.

La solicitud deberá presentarse personalmente por los apoderados o los peticionarios, según el caso, ante el notario del círculo que corresponda al último domicilio del causante en el territorio nacional, y si éste tenía varios, al del asiento principal de sus negocios. Si en el lugar hubiere más de un notario,

podrá presentarse la solicitud ante cualquiera de ellos, a elección unánime de los interesados.

PARAGRAFO. Al trámite de este Decreto también podrá acogerse el heredero único.

ARTICULO 2o. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 1729 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La solicitud deberá contener: el nombre y vecindad de los peticionarios y la indicación del interés que le asiste para formularla: el nombre y último domicilio del causante, y la manifestación de si se acepta la herencia pura y simplemente o con beneficio de inventario, cuando se trate de heredero.

Además, los peticionarios o sus apoderados, deberán afirmar bajo juramento que se considerará prestado por la firma de la solicitud, que no conocen otros interesados de igual o mejor derecho de que ellos tienen, y que no saben la existencia de otros legatarios o acreedores distintos de los que se enuncia en las relaciones de activos y pasivos que se acompañan a la solicitud.

No obstante, si de los documentos aportados con la solicitud se infiere que el causante había contraído matrimonio, el notario exigirá que la solicitud sea presentada conjuntamente con el cónyuge, a menos que se demuestre su muerte o la disolución de la sociedad conyugal.

La ocultación de herederos, del cónyuge supérstite, delegatarios, de cesionarios de derechos herenciales, de albacea, de acreedores, de bienes o de testamentos, y la declaración de pasivos no existentes, hará que los responsables queden solidariamente obligados a indemnizar a quienes resulten perjudicados por ella, sin perjuicio de las sanciones que otras Leyes establezcan.

ARTICULO 3o. Para la liquidación notarial de la herencia y de la sociedad conyugal cuando fuere el caso, se procederá así:

1. Los solicitantes presentarán al notario los documentos indicados en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el inventario y avalúo de lo

bienes, la relación del pasivo de la herencia y de la sociedad conyugal si fuere el caso, y el respectivo trabajo de partición o adjudicación.

2. Numeral modificado por el artículo 3 del Decreto 1729 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Si la solicitud y la documentación anexa se ajusta a las exigencias de este Decreto, el notario la aceptará mediante acta y ordenará la citación de las personas que tengan derecho a concurrir a la liquidación, por medio de edicto emplazatorio que se publicará en un periódico de circulación nacional, se difundirá por una vez en una emisora del lugar si la hubiere y se fijara por el término de diez (10) días en sitio visible de la notaria.

Así mismo dará inmediatamente a la oficina de cobranzas o a la Administración de Impuestos Nacionales que corresponda, el aviso que exige las disposiciones legales sobre el particular y comunicará a la Superintendencia de Notariado y Registro, la iniciación del trámite, informando el nombre del causante y el número de su cédula de ciudadanía o la tarjeta de identidad, o el NIT, según el caso.

Publicado el edicto en el periódico respectivo, se presentará al notario la página en la cual conste la publicación de aquél y exigirá la certificación de la radiodifusora, cuando a ello hubiere lugar.

Si faltará alguno de los requisitos exigidos en el presente Decreto, el notario devolverá la solicitud a quienes la hubieren presentado, con las correspondientes observaciones.

3. Diez (10) días después de publicado el edicto sin que se hubiere formulado oposición por algún interesado y cumplida la intervención de las autoridades tributarias en los términos establecidos por las disposiciones correspondientes, siempre que los impuestos a cargo del causante hubieren sido cancelados o se hubiera celebrado acuerdo de pago con la respectiva autoridad, procederá el notario a extender escritura pública, con la cual quedará solemnizado y perfeccionada la partición o adjudicación de la herencia y la liquidación de la

sociedad conyugal si fuere el caso. Dicha escritura deberá ser suscrita por los asignatarios y el cónyuge, si fuere el caso, o por sus apoderados.

De la misma forma podrá proceder el notario, si dentro de los términos establecidos por las normas tributarias, la Oficina de Cobranzas o el Administrador de Impuestos Nacionales correspondiente no hubiere concurrido a la liquidación notarial para obtener el pago de los impuestos a cargo del causante.

El notario no podrá extender la respectiva escritura, sin él lleno de los requisitos exigidos por el presente numeral.

4. Si después de presentada la solicitud de que trata el artículo 1o y antes de que se suscriba la escritura de que trata el numeral anterior, falleciere un heredero, legatario o el cónyuge sobreviviente, el trámite de la liquidación continuará con su apoderado, siempre que sus sucesores sean plenamente capaces y no revoquen el poder.

Si no se cumplieren los requisitos establecidos en el inciso anterior, el notario dará por terminada la actuación y entregará el expediente a los interesados. De esta misma manera deberá proceder el notario cuando en alguno de los sucesores sobreviniere una incapacidad.

5. Si antes de suscribirse la escritura de que trata el numeral 3o del presente artículo, se presentare otro interesado de los que determina el artículo 1312 del Código Civil, deberán rehacerse de común acuerdo, por todo los interesados, la partición de la herencia y la liquidación de la sociedad conyugal si fuere el caso.

Si no existiere acuerdo, se dará por terminada la actuación notarial, debiendo el notario entregar el expediente a los interesados.

6. Si después de suscrita la mencionada escritura aparecieren nuevos interesados, éstos podrán hacer valer ante el juez competente sus derechos, o solicitar al mismo notario, conjuntamente con los que intervinieron en la anterior

liquidación, que ésta se rehaga, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los numerales anteriores. Para efectos de la liquidación notarial adicional no es necesario repetir la documentación que para la primera se hubiere presentado, ni nuevo emplazamiento.

7. Si durante el trámite de la liquidación surgiere desacuerdo entre los interesados que hayan concurrido a solicitarla o intervenido posteriormente, el notario dará por terminada la actuación y les devolverá el expediente.

8. Numeral modificado por el artículo 4 del Decreto 1729 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Cuando después de otorgada la escritura pública que pone fin a la liquidación notarial, apareciere nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal, o cuando se hubiese dejado de incluir en aquélla bienes inventariados en el trámite de dicha liquidación, podrán los interesados solicitar al mismo notario una liquidación adicional, para lo cual no será necesario repetir la documentación que para la primera se hubiere presentado, ni nuevo emplazamiento.

Si después de terminado un proceso de sucesión por vía judicial, aparecieren nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal, podrán los interesados acudir a la liquidación adicional, observando para ello el trámite de la liquidación de herencia ante notario.

ARTICULO 4o. Podrán acumularse en una sola actuación las liquidaciones de las herencias de ambos cónyuges.

ARTICULO 5o. Copia de la escrituras de que tratan los numerales 3, 6, y 8 del artículo 3o, deberán registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumento Públicos correspondientes al lugar de ubicación de los bienes raíces, objeto de la partición o adjudicación. Si en la partición o adjudicación figuran derechos en sociedades comerciales, se inscribirán en la Cámara de Comercio del domicilio principal de éstas cuando fuere el caso de la misma manera se procederá cuando se adjudiquen bienes que por disposición legal estén sujetos a otra clase de registro.

ARTICULO 6o. Si transcurridos dos (2) meses a partir de la fecha en que según el numeral 3 del artículo 3o del presente Decreto, deba otorgarse la escritura pública, y ésta no hubiere sido suscrita, se considerará que los interesados han desistido de la solicitud de liquidación notaria. En este caso, el notario dará por terminado la actuación y dejará constancia de ello, debiendo los interesados, si existe acuerdo unánime, iniciar nueva actuación.

ARTICULO 7o. Si se estuvieren adelantando simultáneamente dos o más liquidaciones notariales de una misma herencia o sociedad conyugal, los notarios que conocieren de ellas, deberán devolver las actuaciones a los respectivos interesados, o a sus apoderados, tan pronto conozcan por cualquier medio dicha situación, para que éstos promuevan, de común acuerdo, una sola liquidación notarial o inicien proceso judicial de sucesión.

Cuando la Superintendencia de Notariado y Registro tenga conocimiento de que cursan varias liquidaciones de la misma herencia o sociedad conyugal, ordenará a los respectivos notarios que procedan como lo dispone el inciso anterior.

ARTICULO 8o. Quien tenga conocimiento de que se están adelantando simultáneamente varias actuaciones notariales para la liquidación de la misma herencia o sociedad conyugal, informará tal circunstancia a los respectivos notarios o a la Superintendencia de Notariado y Registro, para que proceda en las formas que se determina en el artículo anterior.

ARTICULO 9o. Cuando se otorguen varias escrituras de partición o adjudicación de una misma herencia, y en ellas se hubieren incluido bienes sujetos a cualquiera de los registros establecidos por la Ley, prevalecerá aquella que primero hubiere sido registrada. En este caso, los registradores se abstendrán de registrar escrituras de otras notarias sobre la misma herencia, y procederán a devolverlas a los respectivos notarios con la correspondiente anotación.

Si en las escrituras suscritas no se hallaren incluidos bienes sujetos a registro, prevalecerá aquella que primero hubiere sido otorgada.

Lo anterior no obsta para que cualquier interesado pueda acudir ante el juez, a fin de que éste decida definitivamente sobre la partición o adjudicación de la herencia.

Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido por los numerales 6 y 8 del artículo 3o del presente Decreto.

ARTICULO 10. Si antes de otorgarse la escritura pública de que tratan los numerales 3 y 5 del artículo 3o, se hubiere iniciado proceso judicial de sucesión del mismo causante o liquidación de sociedad conyugal y se llevara la respectiva prueba al notario que esté conociendo de ellas, deberá éste dar por terminada la actuación y enviarla al juez ante el cual se estuviere adelantando dicho proceso.

ARTICULO 11. Los interesados en procesos de sucesión o liquidación de sociedad conyugal en curso, si fueren plenamente capaces, podrán optar por el trámite notarial. La solicitud, dirigida al notario, deberá ser suscrita por todos los interesados y presentada personalmente mediante apoderado. A ella se deberán anexar los documentos referidos en este Decreto y copia auténtica de la petición dirigida al juez que conoce del correspondiente proceso, para que suspenda la actuación judicial.

Concluido el trámite notarial, el notario comunicará tal hecho al juez respectivo, quien dará por terminado el proceso y dispondrá su archivo.

ARTICULO 12. La base para la liquidación de los derechos notariales será el valor del patrimonio líquido de la herencia o de la sociedad conyugal en su caso, de acuerdo con las tarifas que fije el Gobierno para la autorización de escrituras públicas.

ARTICULO 13. El presente Decreto rige a partir del 1o de junio de 1988 y deroga todas las disposiciones legales que le sean contrarias.

3.1 NORMAS SUSTANCIALES Y PROCEDIMENTALES

Cuando hablamos de la liquidación de herencia es necesario referirse previamente a las normas sustanciales en donde encuentra su fundamento y para ello, en primer término, hay que decir que la sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, de conformidad con el artículo 673 del Código Civil. Al momento de morir una persona, su patrimonio, o sea todos sus bienes y obligaciones valorables económicamente, se transmite a sus herederos quienes adquieren el derecho a suceder al causante en la universalidad jurídica patrimonial, en la medida en que la ley o el testamento les asignen. El patrimonio, entonces, pasa de muertos a vivos por la sucesión.

Todo el régimen de sucesiones se encuentra consagrado en el Título I del Libro Tercero del Código Civil en donde se regule lo referente al causante, la herencia, los asignatarios, los requisitos de éstos, o sea, capacidad, dignidad y vocación, el testamento y las donaciones, así como la ley como reguladores de la sucesión, los requisitos de la partición y, en general, todo lo que regula directa o indirectamente la partición sucesoral.

Ahora bien, la comunidad o indivisión universal que se forma respecto del patrimonio de la persona que fallece debe finalizarse y las reglas que ordenan este procedimiento están contenidas en el Código de Procedimiento Civil. El juicio de sucesión está ubicado en este Código dentro de los procesos e liquidación, pero debe reconocerse que su naturaleza, en principio, es la de un proceso de jurisdicción voluntaria, pero que eventualmente puede convertirse en un proceso contencioso. Nótese que atendiendo justamente a esta naturaleza es que el legislador permitió que el mismo pudiera tramitarse ante notario.

Resulta necesario advertir que en materia de liquidación y participación de herencia nuestro ordenamiento jurídico consagra dos sistemas o trámites, el judicial y el notarial.

Lafont Pianetta citado y comentado en la obra “Tramites Especiales ante Notario de Ocaris Usuga Varela y Jorge Iván Ríos Valencia, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 45, afirma que *“la partición sucesoral notarial es de naturaleza civil y de ninguna manera procesal, porque en ella se recoge una forma especial del negocio jurídico de la partición. Su normatividad se manifiesta en la regulación formal del negocio jurídico de la participación ante notario, el cual tiene una naturaleza civil en la existencia, validez y eficacia negocial, quedando incluida en ellos, según el caso, lo concerniente a las solemnidades, donde, desde luego, y para efectos instrumentales, también interesa “al estatuto notarial” y, luego de admitir que la actuación adquiere “la organización unitaria necesaria para asumir la categoría de procedimiento”. Explica que ésta debe tenerse como una “forma especial como se produce la solemnidad de la escritura pública contentiva de la partición notarial que allí se celebra” por lo que el procedimiento notarial es parte integrante de la solemnidad de la partición sucesoral”*

3.2 REQUISITOS PARA EL TRÁMITE

De conformidad con el artículo 1º del Decreto 902 de 1988 y el Decreto 2651 de 1991 son requisitos para que proceda la liquidación de herencia ante notario, lo siguientes:

1. Común Acuerdo: solamente si existe éste puede el notario asumir o continuar con el trámite de la liquidación sucesora. Esto por cuanto debe recordarse que ante el notario no pueden plantearse asuntos de naturaleza contenciosa, solo aquellos que participan del carácter de jurisdicción voluntaria pueden adelantarse ante notario. De acuerdo con esto y como se verá más adelante, en el momento en que surjan discrepancias entre los interesados en la forma de repartir la herencia, el notario pierde competencia, termina el trámite y deben devolverse todos los documentos entregados. Por esta razón el común acuerdo deberá existir desde el inicio del trámite y permanecer hasta su culminación Este acuerdo debe recaer no solo sobre el trabajo de partición sino también sobre el inventario y avalúo de los bienes y la relación del

pasivo de la herencia. Sobra decir que si hay varios notarios en el lugar donde se debe adelantar el trámite, debe existir acuerdo entre los legitimados sobre la escogencia del notario. El desacuerdo sobre uno cualquiera de estos puntos, da al traste con el trámite notarial.

Conviene anotar que el consentimiento al que hacemos referencia debe estar exento de vicios, error, fuerza y dolo, y que de llegar a presentarse uno de ellos, viciaría el trámite con nulidad relativa, toda vez que el artículo 1405 del Código Civil establece que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. Es claro como lo ha establecido la jurisprudencia de máximo tribunal de la justicia civil en nuestro país que *“Cuando el artículo 1405 del Código Civil, en su primera parte, establece que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera o según las mismas reglas que los contratos, hace referencia expresa a las acciones de nulidad absoluta y de nulidad relativa, es decir a la nulidad y a la rescisión de que trata el artículo 20 del libro 4º del Código Civil, cuya declaración por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, determina la extinción de las obligaciones a que dio nacimiento el acto o contrato afectado de un vicio que lo anula o que mengua la validez de la voluntad por haberse obtenido por error, fuerza o dolo, o por causa ilícita o por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”*. (C.S.de J. sentencia noviembre 14 de 1963)

2. Actuar por medio de apoderado. Salvo en los casos en que la cuantía es mínima (inicialmente, esto es, en 1988 eran \$100.000 que se han venido incrementado), se requiere siempre actuar por medio de apoderado. Sobre esta exigencia resulta útil transcribir apartes del concepto de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro en el que se hicieron algunas precisiones en torno a este requisito.

“Concepto 405 de 2005

El Código de Procedimiento Civil establece que el poder especial para un determinado proceso debe ser presentado como se dispone para la demanda, es decir, que Las firmas... deberán autenticarse por quienes las suscriban, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario.

Por su parte, el artículo 14 del decreto 2148/83, alude a que el poder deberá ser presentado personalmente o reconocido ante juez o notario, con las formalidades de la ley, por lo tanto, en nuestro criterio, tendrá que observarse lo que disponga el Código de Procedimiento Civil y el estatuto de notariado, sobre la comparecencia y las autenticaciones.

La diligencia de presentación personal de los poderes (y de las demandas) corresponde a un acto de autenticación que hace el notario o el juez, en el que asevera que determinada persona compareció directamente y que se verificó la autenticidad del documento. Esa evidencia, por regla general, queda demostrada con la firma que pone el interesado en el sello diseñado para estos fines.

Al respecto, ha dicho la Corte constitucional: La presentación personal de la demanda ante el despacho judicial al que vaya dirigida o, en su defecto, ante un despacho distinto al destinatario o ante una notaría de cualquier círculo, tiene como finalidad demostrar la existencia del autor del documento y la certeza de su contenido. Gracias a ese reconocimiento, el documento adquiere plena autenticidad y fecha cierta ---negritas y subrayado no son del texto----. (sentencia C- 012/02).

En el caso de un trámite notarial de sucesión, se debe observar, en primera instancia, la normatividad especial vigente, la cual se aplica de preferencia a una general, por lo tanto, a la luz de los decretos 902 de 1988 y 1729 de 1989, el usuario tiene la razón cuando afirma que no hay un soporte jurídico en los requisitos adicionales impuestos por el mencionado notario. Veamos porque:

Los poderes otorgados a la abogada consultante, le dan facultad para que tramite la liquidación de la herencia, para que presente la relación de bienes y efectúe el trabajo de partición y adjudicación de los mismos, es decir, que el mandato está conferido para que culmine con el procedimiento mencionado, el cual finaliza con la extensión de la escritura pública, pues, con ella queda solemnizada y perfeccionada la partición o adjudicación de la herencia y la liquidación de la sociedad conyugal si fuere el caso (art. 3.3 dec. 902/88).

Agrega esa disposición, que ésta deberá ser suscrita por los asignatarios y el cónyuge, si fuere el caso, o por sus apoderados. La expresión si fuere el caso, se ha entendido para el evento en que los interesados no requieran de abogado, o sea, cuando actúan directamente, pero cuando lo hacen por medio de este profesional, él queda facultado legalmente para hacerlo, sin necesidad de que se estipule en el mandato. “

No hay coincidencia en la doctrina respecto a la consecuencia que acarrea la actuación en este trámite sin apoderado, ya sea porque nunca se le dio poder a uno o porque éste le fue revocado. En efecto, Pedro Lafont considera que la carencia de apoderado en la actuación es causa de ineficacia del acto, por la exigencia de apoderado es requisito de o condición de eficacia y la representación que ejerce éste es un requisito para el ejercicio de la legitimación, por lo tanto la legitimación partitiva no queda ejercida debidamente sino es por intermedio de dicho apoderado. Por su parte, Ocaris Usuga y Jorge Iván Ríos Valencia, en el libro “Trámites Especiales ante Notario”, estiman que lo que en este caso se produce es la nulidad formal del instrumento porque así lo imponen los artículos 28 y 99, numeral 4 del Decreto 960 de 1970. Consideramos que en este caso es de tal naturaleza el defecto, que lo que produce es la ineficacia del acto, por lo que hacemos nuestras las argumentaciones del tratadista Lafont.

2. Que por lo menos uno de los legitimados sea capaz: Este es un requisito de procedibilidad del trámite tal como lo ha precisado la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro en el concepto de 02 de agosto de 2005 acerca de la viabilidad de iniciar el trámite de liquidación de herencia, cuando solo existe como interesado un menor de edad, hijo extramatrimonial del causante en el que el causante no tuvo sociedad conyugal, ni unión marital de hecho con la madre del menor. (...) No se considera interesada en la sucesión a la madre del menor, *por no existir sociedad marital de hecho con el causante*.³ *Al no existir un interesado mayor de edad en el trámite de liquidación de herencia, no es viable aceptar la solicitud de dicho trámite.*”

Sobre quienes pueden presentar la solicitud resulta necesario explicar que los legitimados para ello son los herederos, los legatarios, el cónyuge supérstite o sus cesionarios. Es necesario que sea presentada por todos los legitimados. A este respecto el inciso tercero del artículo 2º del decreto 902 de 1988, determina que si de los documentos aportados con la solicitud se infiere que el causante había contraído matrimonio, el notario exigirá que la solicitud sea presentada conjuntamente con el cónyuge, a menos que se pruebe su muerte o la disolución de la sociedad conyugal. La sanción que establece el Decreto por ocultar otros interesados es la obligación de indemnizarlos solidariamente. En este caso, pensamos que además, se incurre en el delito de falsedad ideológica.

El albacea, el curador de la herencia yacente, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de crédito, son interesados en la liquidación en la herencia pero no están legitimados para iniciar el trámite notarial. Estas personas podrían oponerse al trámite, numeral 5º del artículo 3 del Decreto 902 de 1988, con lo cual, el trámite se vuelve contencioso y el notario pierde competencia.

Valga la pena aclarar que inicialmente a través del Decreto 902 de 1988 se exigía para que procediera el trámite notarial de la liquidación de herencia que todos los herederos, legatarios y el cónyuge sobreviviente, o los cesionarios de éstos, fueran plenamente capaces, pero el Decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991, adoptado transitoriamente por 42 meses, para descongestionar los despachos judiciales, fue prorrogado sucesivamente hasta que se convirtió en legislación permanente en virtud de la Ley 446 de 1998.

T

Exige el Decreto en comento que tratándose de menores o incapaces, éstos sean representados por quien corresponda. Tratándose de un padre que hace parte del trámite como legitimado y que también actúa como representante de su hijo, consideramos que no sería posible el trámite, porque no existiría el acuerdo que exige la ley, además del conflicto de intereses que se presentaría.

La Superintendencia de Notariado y Registro, a través de la Instrucción Administrativa No. 001 de 1992 hizo importantes precisiones sobre este tema, por lo que resulta útil transcribirla aquí:

Con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 4o literal f. del decreto ley 1659 de 1978, mediante el cual se establece la estructura, organización y atribuciones de la Superintendencia de Notariado y Registro, considero de gran importancia comunicar a ustedes, que el Gobierno Nacional, a través del decreto número 2651 de noviembre 25 de 1991, por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales, los faculta para conocer de la liquidación de sucesiones y sociedades conyugales, donde cualquiera de los herederos, legatarios o cónyuge supérstite sean menores o incapaces.

(...)

Ahora bien, dada la importancia y la responsabilidad que estas nuevas disposiciones entrañan para el Notario, me permito recordar a usted algunos aspectos que ha de tener en cuenta respecto de esta nueva función, los cuales versan sobre:

CAPACIDAD Y REPRESENTACION: Se suprime provisionalmente uno de los presupuestos requeridos por el artículo 1o del decreto 902 de 1988 y 1o del decreto 1729 de 1989, para iniciar notarialmente el trámite de liquidación de herencias y sociedades conyugales ante Notario como es la plena capacidad en los herederos, legatarios y cónyuge sobreviviente, conservándose el mutuo acuerdo entre todos los intervinientes en dicho trámite, correspondiéndole a los representantes legales de los menores expresar por aquellos su consentimiento.

La representación legal de los menores de edad, en los términos del artículo 62 del Código Civil, modificado por el artículo 1o del decreto 2820 de 1974 la ejercen los padres conjuntamente; si falta uno la ejercerá el otro.

Los menores de edad no sometidos a patria potestad, los dementes, disipadores y sordomudos que no puedan darse a entender por escrito estarán representados por el tutor o curador que ejerza su guarda.

Es requisito fundamental para iniciar el trámite notarial que por lo menos uno de los interesados sea mayor de edad.

LICENCIA JUDICIAL: Los representantes legales de los incapaces para efectos del trámite sucesoral no requieren de licencia judicial.

SUSPENSION DEL TRÁMITE: El fallecimiento de un heredero, legatario o del cónyuge sobreviviente no suspende el trámite sucesoral, aunque sus sucesores no sean plenamente capaces, el cual continuará con su apoderado.

RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES: Los representantes legales de los incapaces responderán de todas y cada una de las actuaciones que realicen a nombre de aquellos, especialmente en lo establecido por el inciso 1 del artículo 2o del decreto ley 902 de 1988, modificado por los incisos 2 y 3 del artículo 2o del decreto 1729 de 1989.

TRASLADO DEL PROCESO JUDICIAL AL TRÁMITE NOTARIAL. Iniciada judicialmente la liquidación de sucesión, aún existiendo menores, los interesados podrán optar por el trámite notarial, en cuyo caso lo solicitarán mediante escrito firmado por todos los intervinientes y dirigido al respectivo notario, anexando los documentos que exige el decreto ley 902 de 1988 y una copia auténtica de la petición de suspensión dirigida al juez que está conociendo del proceso.

Dicha solicitud será presentada personalmente mediante apoderado.

OBLIGACION DEL NOTARIO. Culminado el trámite notarial, es obligación del notario comunicar por escrito tal hecho al juez que conocía del proceso, a fin de que dicho funcionario lo dé por terminado y ordene su archivo”.

Sobre la presencia de menores como legitimados para iniciar el trámite notarial, la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante Concepto No. 2814 ante la Oficina Asesora Jurídica Superintendencia de Notariado y Registro, en respuesta a la consulta sobre si Hay posibilidad de iniciar por notaria un trámite donde haya menores de edad? , respondió “A su primer interrogante, le respondo diciendo el artículo 1 del Decreto 902 de 1988, modificado por el decreto 1729 de 1988, por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario público..., señala:

“Artículo 1º. Modificado por el artículo 1º del Decreto 1729 de 1988. Podrán liquidarse ante Notario Público las herencias de cualquier

cuantía y las sociedades conyugales cuando fuere el caso, siempre que los herederos, legatarios y el cónyuge sobreviviente, o los cesionarios de éstos, sean plenamente capaces, procedan de común acuerdo y lo soliciten por escrito mediante apoderado, que deberá ser abogado titulado e inscrito”. (Subrayado fuera de texto).

De otra parte el decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por la ley 446 de 1998.

“ARTICULO 33. Además de las sucesiones, y liquidaciones que se vienen tramitando ante notario de conformidad con las normas vigentes, este funcionario podrá, dando aplicación a los Decretos 902 de 1988 y 1729 de 1989 y normas concordantes, liquidar sucesiones y sociedades conyugales donde cualquiera de los herederos, legatarios o cónyuge supérstite sean menores o incapaces, si se cumplen los siguientes requisitos:

- 1. Que por lo menos alguno de los interesados sea mayor de edad.*
- 2. Que los interesados que sean menores o incapaces estén representados legalmente por quien corresponda.*
- 3. Que exista común acuerdo entre todos los intervinientes que sean plenamente capaces y los representantes legales de los menores o incapaces.*

En la partición y adjudicación, se dará prelación a los menores e incapaces en la adjudicación de inmuebles. El notario dará fe de que en la sucesión o en la liquidación de sociedad conyugal se han garantizado todos los derechos sustanciales del menor o del incapaz”.

Lo anterior evidencia entonces que si hay lugar al trámite de sucesión ante notario, en la cual intervengan menores de edad, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la norma citada.”

En el caso de menores representados por sus padres debe tenerse en cuenta que la prueba para acreditar la representación solo será copia del registro civil de nacimiento y certificado válidos para acreditar parentesco. Al respecto es necesario no perder de vista que de

conformidad con el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 determina que *“Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina...”*.

Si se trata de incapaces, la representación la llevan sus tutores o curadores, por lo que la prueba será la copia o certificado del registro civil de nacimiento con la nota de la designación o reconocimiento de la guarda y de su discernimiento.

3.3 NOTARIO COMPETENTE

De conformidad con el artículo 1º del Decreto 902 de 1988, será competente el notario del círculo que corresponda al último domicilio del causante en el territorio nacional y si éste tenía varios, será competente el del asiento principal de sus negocios. En caso de incompetencia del notario se aplicará del artículo 99 del Decreto 960 de 1970, numeral 1º, que establece como causal de nulidad de las escrituras, el hecho de que el notario actúe fuera de los límites territoriales del respectivo círculo notarial.

3.4 CONTENIDO DE LA SOLICITUD

El Decreto 902 de 1988 establece que la solicitud de liquidación de herencia se debe presentar por escrito y en original, y deberá contener:

1. El nombre y la vecindad de los peticionarios.
2. La indicación del interés que les asiste para formularla. En este caso, entonces, debe decirse la calidad con la que actúan que no puede ser otra que la de heredero, legatario, cónyuge superviviente o cesionarios de éstos, porque nadie más está legitimado para iniciar este trámite, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 902 de 1988. Dice Pedro Lafont Pianeta, en su obra *Partición Procesal Notarial* que *“Quedan incluidos los herederos abintestato (incluyendo al Instituto Colombiano*

de Bienestar Familiar) y los testamentarios, personalmente o por representación, por transmisión, sucesión hereditaria o sustitución testamentaria, legitimarios preferidos o no, universales de cuota o de remanente; cesionarios hereditarios totales o parciales, y, en general, cualquier clase de heredero y cesionario herencial.

“Es independiente que se tenga exclusivamente esta calidad, o que se encuentre acompañada de otra, como la de titular de gananciales o porción conyugal o ser acreedor, albacea, donatario etc.”

3. El nombre y el domicilio del causante. Recuérdese que éste último determina la competencia del notario, en el caso en que el causante hubiera tenido un único domicilio.
4. La manifestación de que se acepta la herencia pura y simplemente o con beneficio de inventario cuando se trate de heredero.
5. La afirmación bajo juramento que se considerará prestado con la firma de la solicitud, de que no conocen otros interesado de igual o mejor derecho del que ellos tienen y que no saben de la existencia de otros legatarios o acreedores distintos de los que se enuncian en las relaciones de activo y pasivo. Respecto a este requisito, la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro precisó en el Concepto 405 de 2005, lo siguiente: *“En cuanto a la otra exigencia, de que los mandantes manifiesten bajo la gravedad del juramento sobre la existencia de proceso judicial o notarial, es una petición exagerada y sin sustento legal, que desconoce el principio de buena fe y le impone a éstos una carga que no le corresponde, como es la de averiguar en otras notarías o en los despachos judiciales el dato mencionado.*

Para evitar duplicidad de una liquidación sucesoral por vía notarial o por vía judicial, el decreto 902 de 1988, estableció el procedimiento a seguir en los artículos 7º a 10º, además, el artículo 2º in fine del decreto 1729 de 1989, señala las consecuencias para los petitionarios que hayan obrado irregularmente y afecten a terceros con la sucesión. Por lo tanto,

el poder conferido para estos asuntos, lleva envuelto todas estas condiciones”.

6. La solicitud deberá contener los siguientes anexos, so pena de ser rechazada:

- ✓ Prueba de la defunción del causante
- ✓ Copia del testamento y de la escritura de protocolización, cuando fuere el caso.
- ✓ Las pruebas del estado civil que acrediten el grado de parentesco de los peticionarios con el *de cujus*, si es una sucesión intestada.
- ✓ La prueba del matrimonio, si es el caso
- ✓ La prueba de la existencia de los créditos
- ✓ El inventario y avalúo de bienes
- ✓ La relación de la herencia y de la sociedad conyugal, si es el caso
- ✓ El respectivo trabajo de partición o adjudicación
- ✓ El poder del abogado

Ante la consulta del procedimiento que se debe seguir ante la imposibilidad de de informar sobre el registro civil de defunción, ya que no ha sido posible encontrarlo en Concepto de 2019 de 2006, la Oficina Asesora Jurídica expresó *“Como se puede observar en las normas anteriores, se exige unos requisitos para poder tramitar la herencia ante notaría, de ahí que el notario respectivo se negará rotundamente de admitir la solicitud de liquidación de la sucesión, hasta tanto no se le presente todos los documentos que exige la ley.*

Conforme a lo anterior esta oficina considera que teniendo en cuenta lo manifestado por el consultante no es posible tramitar la sucesión ante

notario, por lo tanto se debe adelantar dicho proceso ante la jurisdicción de familia, ya que el juez si puede entrar a valorar los documentos que anexa por tener la facultad legal de practicar y valorar las pruebas que se aporten o se soliciten dentro del proceso”.

En Concepto No. 1255 DE 2006, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, sobre el tema de los anexos y requisitos de la solicitud consideró “En cuanto a lo consultado hay que tener en cuenta lo presupuestado en el decreto 1729 de 1989 artículo 2 inciso 2, donde se consagra que los peticionarios o los apoderados deberán afirmar bajo juramento que se considera prestado con la firma de la solicitud, que no conocen otros interesados de igual o mejor derecho del que ellos tienen, (...) Con esto es claro que con la sola firma de a solicitud el juramento se considera prestado, bien sea por los interesados en los casos que no se requiera de apoderado, o por el apoderado cuando sea necesario.

Se debe tener en cuenta que el artículo 3, # 1 del decreto 902 de 1988 estatuye:

Los solicitantes presentarán al notario los documentos indicados en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, (...) El código de Procedimiento Civil preceptúa en el artículo 588 lo siguiente: ANEXOS DE LA DEMANDA. Con la demanda deberán presentarse los siguientes anexos:

1. La prueba de la defunción del causante.(...)

3. Las pruebas de estado civil que acrediten el grado de parentesco del demandante con el de cuius, si se trata de sucesión intestada. (Negrilla nuestra)

(...)

En este caso la norma determina que los solicitantes deben presentar unos documentos para proceder a la liquidación de la herencia;

documentos estos en los que se encuentra la prueba de la de función y la prueba de estado civil que acredite el grado de parentesco del demandante con el de cujus:

Debemos tener en cuenta que la prueba documental para demostrar el fallecimiento de una persona es el Registro Civil de Defunciones proferido con todas las formalidades legales o la sentencia que declare la muerte presunta por desaparecimiento y no otro documento, al igual que la prueba fehaciente para demostrar parentesco es el Registro Civil de Nacimiento expedido por las autoridades respectivas, con todos los requisitos de ley.

El decreto 1260 de 1970 establece en el artículo 5 las inscripciones en el Registro Civil y en su texto establece:

Los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, (...) (Negrilla fuera de texto).

El siguiente artículo del decreto anterior preceptúa:

ARTICULO 53.. En el registro de nacimiento se inscribirán como apellidos del inscrito, el primero del padre seguido del primero de la madre, si fuere hijo legítimo o extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignarán los apellidos de la madre.(Negrilla nuestra)

En este orden de ideas y teniendo en cuenta la normatividad anterior, es claro que para demostrar parentesco se debe presentar el registro civil que así lo acredite, bien sea por reconocimiento de hijo legítimo, extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada.

En el caso sub judice, es evidente que la persona que solicita la suspensión del trámite de la sucesión, no acredita la calidad de heredero

que demuestra un mejor o igual derecho que los ya reconocidos por el notario; hasta hora se pretende buscar el reconocimiento de dicha calidad a través de sentencia judicial, providencia ésta que no obliga si no está debidamente ejecutoriada.

Así las cosas esta oficina considera que no hay razones de hecho ni de derecho para que se suspenda el trámite de la sucesión, de tal suerte que si al presunto heredero se le reconoce dicha calidad por sentencia judicial, él tendría la oportunidad de defender su derecho a través de la acción de petición de herencia”.

3.5 PROCEDIMIENTO

Para que el notario le pueda dar trámite a la solicitud es necesario que se cumplan todas las exigencias del Decreto 902 de 1988. De ser así lo primero que hace el notario es aceptarla mediante acta.

A fin de darle publicidad al trámite para que todos los que tengan derecho e interés en la liquidación de herencia se hagan presentes, se ordena su citación a través de tres medios, a saber: un edicto emplazatorio que se publica en un periódico de circulación nacional; la difusión en una emisora del lugar, si la hubiera y la fijación del edicto en un lugar visible de la notaría por un término de 10 días. Tanto la publicación en el diario como la certificación de la emisora se deben presentar al notario.

Aceptada la solicitud también es deber del notario informar a las autoridades tributarias, para que de haber deudas a favor del fisco a cargo del causante sean debidamente canceladas o se llegue a un acuerdo de pago.

Luego de lo anterior, transcurridos 10 días después de la publicación del edicto sin que se hubiere presentado oposición por parte de algún interesado e intervenido las autoridades tributarias acreditándose el pago de los impuestos o los acuerdos de pago, o de no concurrir éstas en el término fijado, se extenderá la escritura pública de partición o adjudicación de la herencia y la liquidación de

la sociedad conyugal, si fuere el caso, la cual debe ser suscrita por los asignatarios y el cónyuge supérstite, si fuere el caso, o por sus apoderados.

Que sucede en el evento de que se hubiere otorgado la escritura de partición o adjudicación de la herencia sin haberse hecho los emplazamientos que ordena la norma? Estará viciada de nulidad la escritura correspondiente. La respuesta debe ser negativa porque esta omisión no está instituida como causal de nulidad; al respecto téngase en cuenta que el Decreto 960 de 1970 señala taxativamente las causas que dan lugar a la nulidad de la escritura, no pudiendo derivarse una nulidad de este tipo si no está expresamente consagrada en esta o en otra norma que regule la materia. En este caso, de presentarse personas que tengan derecho a la herencia, luego de otorgada la respectiva escritura de partición, deben acudir a la acción de petición de herencia prevista en los artículo 1322 y siguiente del Código Civil.

De otra parte, respecto al tramite notarial la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado ante la pregunta de si “es cierto que una vez radicada una minuta para una sucesión y luego de ser aceptado el trabajo de partición, no puede llevarse a cabo ningún cambio en la misma?” conceptuó *“ARTICULO 4o. 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.*

ARTICULO 12. Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la Ley exija esta solemnidad.

ARTICULO 13. La escritura pública 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.

ARTICULO 14. La recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados; la extensión es la versión escrita de lo declarado; el otorgamiento es el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido; y la autorización es la fe que imprime el Notario a este, en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados.

ARTICULO 15. Cuando el Notario redacte el instrumento, deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones, para que queden fielmente expresados en el instrumento; indicará el acto o contrato con su denominación legal si la tuviere, y al extender el instrumento velará porque contenga los elementos esenciales y naturales propios de aquel, y las estipulaciones especiales que los interesados acuerden o indique el declarante único, redactado todo en lenguaje sencillo, jurídico y preciso.

El decreto 902 de 1988, modificado por el decreto 1729 de 1989, por la cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante Notario Público, en el artículo 3 ordinal 3 y subsiguientes preceptúa:

. (...)

De las normas anteriores surgen cuatro aspectos antes de otorgar la escritura: El primero es la prohibición al notario de extender la escritura cuando no se reúna los requisitos del ordinal 3 del artículo 3 del anterior decreto, el segundo es que el notario dará por terminada la actuación cuando no se reúne los requisitos del ordinal 4 del decreto 902 de 1989, el tercero es que antes de suscribirse la escritura, se presenten otros interesados se rehace de común acuerdo la partición de la herencia, pero si no existiere acuerdo se dará por terminada la actuación notarial, devolviendo el notario el expediente a los interesados, el cuarto es que si durante el trámite de la liquidación surgiere desacuerdo entre los interesados, el notario terminará la actuación y devolverá el expediente.

Hay otros aspectos que se dan después de firmada u otorgada la escritura como son: El primer término cuando aparecen nuevos interesados después de firmada la escritura, podrán solicitarle al mismo notario conjuntamente con los que intervinieron en la anterior liquidación que se rehaga, en segundo lugar cuando aparecieren nuevos bienes del causante o se hubieran dejado de incluir en la liquidación, se podrá solicitar al notario que se haga una liquidación adicional.

Así las cosas se observa que la norma solo contempla tres momentos en los cuales el notario devolverá el expediente a los interesados de la sucesión, ellos son el del ordinal 4,5 y 7 del artículo 3 del decreto 902 de 1989.

En este orden de ideas y conforme a lo planteado en la consulta, esta oficina considera que si las normas transcritas permiten que después de otorgada la escritura se pueden incluir herederos o adicionar la liquidación, con mayor razón es procedente hacer todos los cambios que los interesados quieran antes de el otorgamiento de dicha escritura, cumpliendo lo establecido en las normas respectivas.”

3.6 LIQUIDACIONES ADICIONALES

Hay lugar a realizar liquidaciones adicionales en los siguientes casos:

1. Si después de suscrita la escritura de partición o adjudicación de la herencia aparecen nuevos interesados, es posible rehacer el trabajo de partición siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos para que pueda llevarse a cabo la liquidación ante notario, esto es, mutuo acuerdo y que entre los interesado haya por lo menos una persona capaz. En este caso, determina el numeral 6 del Decreto 902 no es necesario aportar la documentación ya presentada ni hacer nuevos emplazamientos.
2. Si después de suscrita la escritura aparecen nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal o si se hubieren dejado de incluir algunos de los inventariados, los interesados podrán solicitar al notario una

liquidación adicional. En este caso tampoco es necesario presentar nuevamente la documentación ni hacer otra vez los emplazamientos.

3. Hay un tercer evento de liquidación adicional que difiere de los anteriores porque aquí se trata de un proceso de liquidación de herencia llevado ante la justicia, pero en el que después de terminado aparecen nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal. En este caso el Decreto 902 de 1988 autoriza una liquidación adicional ante notario si se dan los presupuestos de procedencia del trámite notarial.

3.7 REGISTRO DE LA ESCRITURA

Si de la herencia hacían parte bienes inmuebles se requiere el registro de la escritura de partición adjudicación de la herencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación de los bienes raíces objeto de la partición o adjudicación.

Habrà, igualmente, lugar a la inscripción en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad comercial si en la partición o adjudicación figuran derechos en dichas sociedades.

3.8 TERMINACION ANTICIPADA DEL TRÁMITE NOTARIAL

El Decreto 902 de 1988 contempla varios eventos en los que el trámite de liquidación de herencia termina sin que se hubiere otorgado la escritura de partición o adjudicación de la herencia y liquidación de la sociedad conyugal; éstos son:

- Cuando surgiere desacuerdo entre los interesados, porque como ya se ha explicado la competencia que se le ha otorgado a los notarios en esta materia parte del presupuesto de que se trata de procesos que excluyen cualquier contención entre los interesados.
- Si se estuvieren adelantando simultáneamente dos o más liquidaciones notariales de una misma herencia o sociedad conyugal, los notarios que

conocieren de ellas darán por terminada su actuación y entregarán el expediente a los interesados, una vez tuvieren conocimiento de esta circunstancia. Lo mismo sucederá si es la Superintendencia de Notariado y Registro la que tenga conocimiento de esta situación.

- Si se inicia un proceso judicial de sucesión del mismo causante o liquidación de sociedad, y se llevaré la prueba al notario antes de otorgarse la escritura pública, se dará por terminada la actuación y se envía el expediente al juez que esté conociendo del proceso.

BIBLIOGRAFIA

Pedro Lafont Pianetta, Partición Sucesoral Notarial, 2da. Edición, Librería del Profesional

Oscaris Usuga Varela y Jorge Iván Ríos Valencia, 2007, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Código Civil, Helí Abel Torrado, Ediciones Librería del Profesional, 2002.

Código de Procedimiento Civil, Editorial Legis, 2005.

Constitución Política de Colombia, Editorial Legis.

Doctrina de la Superintendencia de Notariado y Registro

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Estatuto de Notariado y Registro Anotado, Nicolás Vargas Otálora, Editorial Leyer, Decimacuarta Edición, 2007.

Estatuto Notarial Colombiano, Derecho Comparado, Joaquín Caro Escallón, Editorial Temis Librería, 1980.