

INFORMACIÓN GENERAL

Fecha: 2021-05-24 12:59:43
Ciudadano: Sr. (a) GABRIEL JAIME GAVIRIA AYA
E-mail: gjgaviria0713@gmail.com
Dirección: cra 7 No. 24 34
Solicitud: SNR2021ER035587
Respuesta: SNR2021EE042974



RESPUESTA

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

OAJ – 670

Señor
GABRIEL JAIME GAVIRIA AYA
Correo electrónico: gjgaviria0713@gmail.com
Ciudad.

Asunto: Respuesta petición modalidad de concepto.
Radicado SNR2021ER035587.
CN – 1- Sucesión notarial – menores de edad.

Respetado señor Gaviria,

En atención a su petición elevada a la Superintendencia de Notariado y Registro, la Oficina Asesora Jurídica procede a dar estudio y respuesta a la misma respecto a las inquietudes planteadas, en el sentido de indicarle el por qué está *“prohibido adelantar trámites de sucesión notarial en donde los interesados sean menores de edad, salvo que algún interesado sea mayor de edad [...]”*. Así las cosas, a efecto de dar una debida contestación, esta oficina le da respuesta en los siguientes términos:

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

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



Certificado N° IC 7085-1

Certificado N° GP 174-1

CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

Sobre el particular, resulta preciso manifestar que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, lo que indica que, no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución por parte de quien realiza la consulta. Aquellos, simplemente reflejan el criterio jurídico que sobre una materia en especial ostente esta entidad y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el Decreto 2723 de 2014:

*“(...) **ARTÍCULO 14. FUNCIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.** Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, las siguientes: (...)*

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

Así mismo, se pone de presente que, las respuestas brindadas a las consultas remitidas a esta Oficina se profieren de manera general con respeto al problema jurídico manifestado dentro de las competencias asignadas y no van encaminadas a resolver conflictos o diferencias de orden particular.

Por lo anterior, esta Oficina procederá a abordar de manera general la inquietud planteada, bajo los siguientes parámetros:

- i. Del interés superior del menor
- ii. De la libertad de configuración del legislador.
- iii. Del trámite de sucesión notarial con la intervención de menores de edad.

Marco Jurídico

- Decreto 2723 de 2014
- Decreto 2651 de 1991
- Ley 446 de 1998
- Código Civil
- Jurisprudencia Nacional

La Constitución Política de Colombia ha establecido en su articulado la especial y fundamental protección que merecen los niños en el Estado Colombiano. De allí que en su artículo 44 señalara:

"ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás." (Subrayado fuera del texto).

Aquí, ha de referirse también a lo expresado por la Corte Constitucional[1] frente a lo que se ha denominado el interés superior del niño:

*"La protección integral de los derechos del niño se hace efectiva a través del principio del interés superior del niño, consagrado en el mismo artículo 44 Superior al disponer que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", y en el numeral 1° del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual **"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"**.*(negrilla fuera del texto)

Hechas las anteriores consideraciones, se recalca la importancia que tienen las actuaciones y/o decisiones de las Instituciones del Estado cuando repercuten en la órbita de los derechos de los menores o de los niños.

Pues bien, el Decreto 2651 de 1991 "Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales" estableció en el numeral VI lo referente a trámites sucesorales y en el artículo 33 mencionó lo relacionado con las facultades del notario para adelantar aquellos cuando intervienen menores o incapaces:

"Artículo 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”.

El legislador estableció unas ciertas limitaciones, requisitos e imposiciones al notario para adelantar este trámite particular, pues consideró que su proceder está condicionado bajo tres requisitos, que, de no cumplirse, le estaría proscrito adelantar el mismo.

Cabe señalar que el citado artículo 33, en primera medida fue desarrollado bajo un Decreto Ley, que como se indicó, se desarrolló para ser acogido de manera transitoria. Sin embargo, con posterioridad fue adoptado como legislación permanente con la expedición de la Ley 446 de 1998.

Pues bien, el pluricitado artículo condicionó el trámite sucesoral ante la presencia de un menor de edad o de un incapaz y por ende, solo podrá llevarse a cabo si se cumplen los requisitos atrás señalados y entre ellos que alguno de los intervinientes sea un mayor de edad.

Considera esta oficina que la norma señaló este procedimiento por las siguientes razones:

En atención a lo prescrito en el artículo 1502 del código civil, una persona podrá obligarse por sí misma cuando cumpla los siguientes requisitos:

- Que sea legalmente capaz
- Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio
- Que recaiga sobre un objeto lícito
- Que tenga una causa lícita

Dado que los menores de edad ostentan una incapacidad absoluta o relativa y es por ello que son sus padres los llamados a representarlos atendiendo los postulados del artículo 62 del código civil que señala:

“ARTICULO 62. . Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1. Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años.*

Si falta uno de los padres la representación legal será ejercida por el otro.

Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio. Igualmente, podrá el juez con conocimiento de causa y a petición de parte, conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo guarda al hijo, si lo considera más conveniente a los intereses de este. La guarda pondrá fin a la patria potestad en los casos que el artículo 315 contempla como causales de emancipación judicial; en los demás casos la suspenderá". (Subrayado fuera del texto).

Así las cosas, y al margen de que un menor de edad esté representado legalmente, no obsta para que los diferentes actos jurídicos por sí solos concedan amplias facultades frente a los derechos de los principalmente interesados, es decir los menores.

Es por ello por lo que, se hace necesario traer a colación lo que la Corte Constitucional ha desarrollado como libertad de configuración legislativa:

*“prerrogativa esencial al constitucionalismo democrático, no está concebida empero como apareció en un principio, bajo la fórmula del Estado de derecho y de la soberanía nacional, para un legibus solutus. Porque el legislador bajo el Estado constitucional, aún con el poder que le es reconocido y que el juez constitucional está llamado a preservar, se encuentra sometido al cumplimiento de los valores y principios constitucionales de la organización político institucional, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo. De igual modo, debe asegurar la protección ponderada de todos los bienes jurídicos implicados que se ordenan, cumpliendo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad frente al fin para el cual fueron concebidas, con el objeto de asegurar precisamente la primacía del derecho sustancial (art. 228 C.P.), así como el ejercicio más completo posible del derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.), el debido proceso (art. 29 C.P), el cumplimiento del postulado de la buena fe de las actuaciones de los particulares (CP art. 83) y el principio de imparcialidad. **El Legislador no posee entonces una potestad absoluta, ni arbitraria, sino que en su ejercicio, para elegir, concebir y desarrollar la ley con la que regula los distintos procesos debe someterse a los límites que impone la Carta[2]”.** (negrilla fuera del texto).*

De aquí que, en casos como la aceptación o repudio de la herencia contenidas en los artículos 1282, 1293 y 1296 del código civil, son claros al mencionar que es improcedente aquellas situaciones en donde los asignatarios no tienen la libre administración de sus bienes, los cuales por medio de sus representantes darán a conocer su consentimiento profundizando la misma codificación que debe mediar autorización judicial para repudiar la herencia.

De tal manera que, ante la presencia exclusiva y única de menores de edad en un trámite sucesoral ante notario, el legislador dentro de su libertad de configuración legislativa optó por preservar los derechos de los menores, donde con intervención del juez como garante del proceso vele aún más por un procedimiento donde prevalezcan los intereses de este.

Finalmente, esta Superintendencia a través de la Instrucción Administrativa 41 del 8 de junio de 2001 al referirse sobre “*algunos aspectos relacionados con el trámite sucesoral*”, indicó que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 2651 del 25 de noviembre del 2001 era plausible recordar la importancia y responsabilidad que

entraña para los notarios el articulado del mencionado decreto y específicamente reiteró:

“Capacidad y representación: 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”. (Subrayado fuera del texto).

Por consiguiente y respetando la libertad de configuración del legislador, la disposición por usted mencionada, estaría enfocada en proteger los intereses y derechos del menor donde prevalezca la intervención del Juez como garante y coordinador del proceso.

En los anteriores términos se da respuesta a su petición, quedando prestos a inquietudes adicionales.

Atentamente,

[1] Corte Constitucional. C-273-2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[2] Corte Constitucional. C-203 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

SHIRLEY PAOLA VILLAREJO PULIDO
Jefe - Oficina Asesora jurídica
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

Proyecto

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

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



Certificado N° IC 7085-1

Certificado N° GP 174-1

CATALINA BECERRA CARREÑO
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

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

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



Certificado N° GP-174-I