



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

DR
#0065

EL DERECHO NOTARIAL SUCESORAL

ANA MARIA CABRERA JIMENEZ
ROSARIO REYES DE CABRERA

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para -
optar al título de ABOGADO

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
1994

Barranquilla, febrero de 1994

Doctor
CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ
Decano Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
E. S. D.

Apreciado y respetado Doctor:

Por medio de la presente me permito dar el concepto de aprobación al trabajo de investigación denominado "EL DERECHO NOTARIAL SUCESORAL", elaborado por los egresados ANAMARIA CABRERA JIMENEZ y ROSARIO REYES DE CABRERA, en su desarrollo se efectuó un detallado estudio del tema con el fin de lograr el dominio del mismo.

De antemano le expreso mis agradecimientos por mi designación - como Director del Trabajo.

De Usted, muy respetuosamente,

Director

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Agosto de 1993

DEDICATORIA

Dedico este triunfo a mis hijas
INGRID y SULEIMA quienes me
apoyaron para seguir adelante -
y alcanzar esta meta.

ROSARIO

DEDICATORIA

Dedico este triunfo a la memoria de mí padre, a la constancia y apoyo de mí madre y de mis hermanos.

ANA MARIA

PLAN DE TRABAJO

	Pág
1. INTRODUCCION	8
2. RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO NOTARIAL SUCESORAL	12
2.1. PRIMER PERIODO	13
2.2. SEGUNDO PERIODO	14
2.3. TERCER PERIODO	16
2.4. CUARTO PERIODO	16
2.5. DECRETO 902 DE 1988	18
2.5.1. Características	18
2.5.2. Autonomía	18
2.5.2.1. Autonomía formal	19
2.5.2.2. Autonomía material	19
2.5.3. Improcedencia de la costumbre	20
2.5.4. Contenido	20
2.5.5. Naturaleza jurídica	21
2.5.6. Es de iniciación voluntaria	24
2.5.7. Fundamentos	24
2.5.7.1. Realidad social	25
2.5.7.2. Realidad jurídica	25

2.5.8. Finalidad	26
3. ASPECTOS NO REGULADOS POR EL DECRETO	28
3.1. REGIMEN SUSTANCIAL DE LA SUCESION	28
3.2. REGIMEN PROBATORIO	29
3.3. REGIMEN NOTARIAL EN GENERAL	30
3.3.1. Principios de carácter notarial	31
3.4. SISTEMA PROCEDIMENTAL DUAL	32
3.4.1. Procedimiento único	36
3.4.2. Consecuencias de varios procedimientos notariales	37
3.4.3. Desarrollo voluntario y exclusión de controversias	39
4. SUJETOS HABILITADOS PARA INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO NOTARIAL	42
4.1. QUIENES PUEDEN REALIZAR LA PARTICION?	42
4.1.1. Herederos	42
4.1.2. Cónyuge sobreviviente	45
4.1.3. Legatarios	45
4.1.4. Interesados sucesorales	46
4.1.5. Terceros sucesorales	55
4.1.6. Otros intervinientes	55
4.2. TERMINACION DEL PROCEDIMIENTO	75
4.2.1. Terminación normal	75
4.2.2. Terminación anormal	76
4.2.2.1. Desistimiento o renuncia	76
4.2.2.2. Transacción	80
4.2.2.3. Frustración o fenecimiento	81

4.2.2.4. Proceso de sucesión	83
4.2.2.5. Imprudencia notarial	84
5. CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFIA	90
ANEXO	91

1. INTRODUCCION

Es por todos conocido que la administración de justicia en Colombia está azotada por múltiples factores, entre ellos los gérmenes de la corrupción, el chantaje, la intimidación y la incompetencia de los funcionarios judiciales lo cual trae como consecuencia la impunidad y la más absoluta iniquidad.

Si es verdad que la justicia Colombiana está seriamente cuestionada y a su mala administración contribuyen la deficiente dotación -y en algunos casos nula- de los más elementales instrumentos de trabajo como son: la papelería máquinas de escribir y falta de personal, provocando la morosidad por parte de los juzgados en el trámite de los procesos judiciales.

Para tratar de remediar lo anterior, el gobierno nacional ha propuesto numerosas modificaciones que anotadas a las ya existentes en materia de procedimiento penal, carrera

judicial, escuela judicial, cuerpo técnico de policía judicial, defensoría pública de oficio y medicina legal, tienen a enfrentar la crisis judicial.

Dichos cambios han sido encuadrados dentro de la denominación Reforma integral a la Justicia Colombiana, cuyos primeros trabajos datan de finales de 1983 y que han llevado a concluir que la crisis en la justicia en su mayor parte se deba al resultado de las incongruencias que tiene la estructura judicial actual, frente a las transformaciones de carácter económico, social y cultural que ha sufrido nuestra nación, durante más de un siglo.

Con base en dichas conclusiones y sabiendo de antemano, que tales incongruencias no están relacionadas exclusivamente con el insuficiente número de funcionarios y empleados al servicio de la rama judicial, el gobierno presentó al Congreso un proyecto de ley que se convirtió en la Ley 30 de 1987, por medio de la cual se le confirieron facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras, para ampliar los recursos materiales y humanos con que cuenta el poder judicial, descongestionar al aparato judicial, pasando a otras autoridades asuntos que o pueden tener tratamiento administrativo y modernizar y ,

simplificar los procedimientos para agilizar el trámite de los negocios.

En desarrollo de la citada ley, el gobierno ha expedido numerosos decretos extraordinarios cumpliendo las facultades por ella conferidas y valiéndose al efecto de los trabajos presentados por 17 subcomisiones creadas para ayudar a la comisión asesora para la reforma de la administración de justicia.

De dichas subcomisiones es de trascendental importancia, aquella encargada de traspasar a los notarios algunas funciones que cumplían los jueces, la cual ha visto cristalizada su labor con la expedición de los Decretos 902, y 999, 2458 y 2668 de 1988, por los cuales se puede tramitar ante notario, la liquidación de sucesiones y sociedades conyugales de cuerpos de matrimonio civil y la celebración de matrimonio civil, respectivamente.

El presente trabajo, versa sobre el análisis del primero de los mencionados decretos, indicando entre otras cosas, su procedibilidad, características, sujetos que pueden intervenir en el procedimiento, así como los documentos que deben acompañarse a la solicitud y las causas de ter

minación del procedimiento.

Finaliza el trabajo, concluyendo si hasta la fecha actual ha cumplido con los objetivos por los cuáles fué expedido, e indicando la acogida del usuario en nuestro medio.

El autor quiere dejar constancia, que por lo novedoso del tema y por la escasa bibliografía al respecto, se hizo un poco difícil la realización del mismo.

2. RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO NOTARIAL SUCE SORAL

El trámite notarial sucesoral tiene su origen en la época del feudalismo, pero con un carácter meramente particular. En efecto, con el surgimiento y desarrollo de la función de los escribanos, voz históricamente originaria de los depositarios de la fé pública, pero a medida que dejaron su mera calidad de redactores de instrumentos públicos para convertirse en verdaderos autores del documento que ante ellos se otorga, la expresión notario ha predominado.

Durante este período histórico, esto es, con la naciente y ascendiente intervención notarial extrajudicial, la partición sucesoral empieza a ser ejercida por los escribanos pero inicialmente con carácter particular, debido a las condiciones impuestas por el régimen feudal, entre ellas la discriminación personal existente y la calidad de los bienes objeto de la sucesión, ellos hacían prácticamente ineficaces las particiones limitándolas a un nú

mero reducido en su aplicación.

Pero, es dentro del derecho clásico y el moderno, donde la intervención notarial se desarrolla hasta alcanzar el nivel actual, pues como lo expresa en su obra el profesor Pedro Lafont Pianetta:

Pasa de ser una mera recepción del acto partitivo a un verdadero procedimiento o conjunto de forma solemne y coordinadas para que la partición sea recogida en escritura, garantizando previa, simultánea y posteriormente los derechos de los interesados y terceros especialmente de los acreedores. (1)

En nuestro país el desarrollo de la partición notarial, ha sido dominada bajo lo que podríamos denominar cuatro períodos o estadios a saber.

2.1. PRIMER PERIODO

Comprende aquella etapa que abarca desde la colonia hasta la expedición del código civil. Durante ella, nuestra legislación reconocía y regulaba la partición notarial como plenamente eficaz.

¹LAFONT PIANETTA, Pedro. Partición Sucesoral Notarial. Bogotá: Profesional, 1989, p. 8

Efectivamente, durante la Colonia se admitió la intervención del escribano público solo en el inventario, luego de este y de cancelarse las deudas y legados, los herederos entran en posesión de los bienes sin la intervención del escribano. Sobre este particular, comenta el citado autor:

En esta época se admitió que después de llevarse a cabo el inventario por el escribano público y con intervención de los herederos, acreedores y asignatarios testamentales, y de cancelarse las deudas y legados, aquellos retenían los demás bienes -en mínimo de una cuarta parte-, con su posesión sin la intervención del escribano.

Con ello se le daba tanta eficacia a la intervención del escribano en el mero inventario, que habilitaba por sí sola la partición posterior sin necesidad de su aprobación, razón por la cual se edifica como antecedente de singular importancia indirecta para la partición notarial. (2)

2.2. SEGUNDO PERIODO

Durante él, sólo tenían eficacia las particiones notariales extrajudiciales que habían tenido su aprobación judicial dentro del proceso sucesorio. Este período comprende desde la adopción del código civil de Bello -1873- hasta el año de 1985 cuando se promulga el decreto

²Ibid., p. 10

3828 del 27 de Diciembre.

En esta etapa solo se acepta la partición notarial aprobada judicialmente debido a un error de interpretación de nuestra jurisprudencia nacional, la cual consideraba necesaria la aprobación judicial en todos los casos, aun en aquel, de haberse realizado la partición por escritura pública y a pesar de estar autorizada por el código civil.

Esta etapa es aquella en donde si bien se acepta la partición notarial, también lo es que en ningún caso se le reconocen efectos jurídicos, por sí sola, sino que ellos dependen de su aprobación judicial.

Lo anterior surgió por una defectuosa interpretación que hiciera la jurisprudencia, con base en los arts 2652 num 5 y 2562 con el art 757 del código civil y el código judicial de 1888, sobre o la necesidad en todos los casos de la aprobación judicial, aún en el caso de la partición hecha por escritura pública, a pesar de estar autorizada por el código civil, y posteriormente por el art 35 de la ley 57 de 1867, dicha interpretación no solamente guió la práctica judicial, sino que fué recogida expresamente en la ley 105 de 1931, -arts 953, 964, 969 y 970 código judicial-, la legislación fiscal -arts 85 ley 63 de 1963-, y el actual código de procedimiento civil art 614.

Con ello la aprobación excepcional prevista por el código civil para eventos de intervención de ausentes e incapaces, se tornó por la mencionada interpretación y legislación, en la regla general para todas las particiones quedando entonces, ine

ficaces las particiones extrajudiciales -notariales- que no obtuvieron aprobación judicial dentro del proceso de sucesión. (3)

2.3. TERCER PERIODO

La forma el decreto 3828 del 27 de Diciembre de 1985 expedido para tramitar la partición notarial sin necesidad de aprobación judicial para la liquidación y adjudicación de los bienes de las sucesiones de los causantes fallecidos con la tragedia del Volcán del Nevado del Ruiz, en el municipio de Armero, Departamento del Tolima, ocurrida el 13 de Noviembre de 1985.

Debido a la falta de pruebas, de bienes herenciales y de consentimiento pleno para su trámite, amén de lo limitado de su aplicación, este decreto en la práctica resultó inoperante.

2.4. CUARTO PERIODO

Lo constituye la expedición del Decreto 902 de 1988, por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales por causa de muerte ante el notario público, el cual empezó a regir a partir del 1º de Julio

³Ibid., p. 19

de 1988 y que será el centro de atención del presente estudio.

Este decreto nació en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 30 de 1987 al Presidente de la República para la autorización entre otros puntos de:

Art 1º ...ord h: autorizar la celebración del matrimonio civil, el cambio de nombres y apellidos ante notario publico y, establecer regímenes de liquidación de sucesiones, de adopción y separación de cuerpos por consenso de personas capaces, mediante escritura pública.

Entre sus antecedentes legislativos tenemos los textos de Don Andrés Bello plasmados en su código civil, donde consagraba la partición extrajudicial plenamente eficaz conforme al sistema imperante en Europa, donde para la época se aceptaban totalmente válidas las particiones sucesoriales judiciales y extrajudiciales, también contribuyeron el proyecto de código civil para Colombia de 1980, al igual que el Decreto 3828 de 1985 y el código de procedimiento civil -decretos 1400 y 2019 de 1970-, en lo referente al proceso de sucesión con las modificaciones fiscales del caso.

Fué importante también, el trabajo de los doctrinantes entre ellos, el profesor Pedro Lafont Pianetta, el Doctor Hernando Devis Echandía y la colaboración de la Sala de Casación civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al igual que de la Superintendencia de Notariado y Registro.

2.5. EL DECRETO 902 DE MAYO DE 1988

Este decreto contempla el estatuto de la partición sucesoral notarial, pues, en forma autónoma y total reglamenta el procedimiento notarial que ha de consolidarse con la escritura pública relativa a la partición sucesoral.

2.5.1. Características. Entre las principales características podemos mencionar las siguientes:

2.5.2. Autonomía. El decreto es autónomo porque consagra un completo y nuevo procedimiento de aplicación amplia y general, lo que lo distingue del Decreto 3828 de 1985, que pese a la similitud del procedimiento este último tiene un campo de acción más limitado, ya que este sólo fué aplicable a las sucesiones que tuvieron lugar con la avalancha del Volcán Nevado del Ruiz, en el Municipio de Armero -Tolima-.

Sobre este punto de la autonomía Lafont Pianetta en su obra tan comentada, declara que el decreto presenta una autonomía formal y otra material.

2.5.2.1. Autonomía formal. En el sentido de consagrar el decreto un nuevo procedimiento que, como tal antes no existía, el cual es adicional pues, no sustituye el proceso de sucesión -el cual queda vigente forzosamente para numerosos eventos-, ni tampoco deroga expresa o tácitamente los demás procedimientos especiales, como el de las sucesiones de Armero.

Además, determina su carácter de adicional y no sustitutivo el hecho de que su objeto fué el de establecer una alternativa adicional al preceptuar que las sucesiones podrán liquidarse ante el notario público, -art 1º Decreto 902 de 1988-.

2.5.2.2. Autonomía material. se manifiesta en que el decreto en sus trece artículos no sólo contempla una serie de normas expresas e implícitas que organizan íntegramente el procedimiento sucesoral notarial, sino que también consagra los principios que los orientan, los cuales deben armonizarse conjuntamente con el estatuto.

2.5.3. Imprudencia de la costumbre. Debido al carácter imperativo de sus normas el decreto comentado, no es susceptible de ser desplazado por la costumbre, como fuente de derecho y solamente podría aceptarse la forma de ella denominada secundum legem, siempre que esta no distorsione la legislación escrita.

Es por tal razón que a los notarios y a los particulares les está vedado establecer prácticas, uso o costumbres, sobre este procedimiento, aparte de aquellos que desarrollen y se sometan a su regulación.

El Abogado Luis Alberto Hernández⁴, manifiesta que pese a la autonomía del decreto, su aplicación no puede ser en manera alguna aislada y excluyente de toda otra legislación, sino muy por el contrario: debe aplicarse indefectiblemente en armonía y en concordancia con otras normas del derecho civil en especial.

2.5.4. Contenido. Consagra el decreto, la regulación integral de toda la materia procedimental para la partición sucesoral ante notaría, como se determina de su encabezamiento que establece que en él, se autoriza la liquidación

⁴HERNANDEZ, Luis Alberto. Sucesión ante Notario. Bogotá: Radar, 1988, p. 41

de las herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario público, lo cual indica que las demás normas, especialmente las de carácter sustancial, como la base, elementos y efectos de la partición, deben entenderse como previstas en el estatuto.

A pesar de regular única y comúnmente todas las sucesiones, la suficiencia del decreto es relativa, pues presenta confusiones, debiendo para ello, ubicarse, integrarse y sistematizarse dentro del derecho civil del cual forma parte.

Dicha integración o sistematización para la comprensión del decreto se hace necesaria al igual que la de toda norma jurídica existente, debido a la complejidad de la regulación sustancial y procedimental de las sucesiones, y en especial de la partición, a cuyas normas habrá que remitirse obligatoriamente.

2.5.5. Naturaleza jurídica. El decreto analizado es de naturaleza civil y mixta, veámos por qué:

-Es de naturaleza civil, si se mira desde un punto de vista genérico, pues en él se consagra una forma especial del negocio jurídico de la partición manifestado en el

procedimiento concerniente a la sucesión por causa de muerte con fundamento en la libertad y derechos particulares de los interesados.

-Pero mirado desde el punto de vista particular de cada uno de sus preceptos, el estatuto consagra una naturaleza mixta, pues comprende aspectos procedimentales y sustanciales, siendo los primeros los de mayor prevalencia en el mismo. Estos tienen que ver con aquellas normas que señalan la procedencia, solicitud, aceptación y publicación, intervención de interesados, otorgamiento de la escritura entre otras. Dicho diversamente, se encarga de organizar a través de un procedimiento la solemnidad de la escritura pública de la partición sucesoral notarial.

Dichas normas procedimentales son de orden público, debido al interés del legislador en que sea por este procedimiento por el cual se realicen las particiones sucesorales extrajudiciales garantizando así los intereses de las partes y de terceros, pues para estos efectos prima un interés público y no el privado.

Surge del carácter de orden público de las normas procedimentales su imperatividad lo que se traduce en su obligatoriedad y respeto, sin poderse sustraer a ellas modi

ficándolas o sustituyéndolas.

De allí que no puedan los interesados convenir con el notario, ni este aceptarlo, la sustitución de todo o parte del procedimiento, como sería el de no emplear abogado titulado, abolir o alterar el edicto etc, cuya alteración normalmente genera nulidad de lo actuado o del acto de partición⁵.

En lo que atañe a las normas sustanciales son de escasa ocurrencia en el estatuto y entre ellas podemos mencionar a guisa de ejemplo, las referentes al derecho de acudir al procedimiento notarial, -arts 1 y 11-, o a continuar con él en caso de transmisión -art 3 num 4-, el de la responsabilidad solidaria indemnizatoria por ocultamiento -art 2 inc 2-, el de los hechos derivados de los acuerdos -arts 1 y 3 num 3-, el de prelación en caso de pluralidad de particiones por escrituras públicas -art 9-.

Además hay que tener en cuenta las normas sustanciales previstas en el código civil que establecen el negocio jurídico de la partición notarial misma, así como las atinentes a los negocios de aceptación, repudiación, cesión de derechos hereditarios, legados y asignaciones o en que intervienen en la partición.

⁵LAFONT PIANETTA, op. cit., p. 23.

Estas normas sustanciales también son de orden público y tanto el causante no puede alterar los derechos que ellas consagran, por ejemplo las asignaciones forzosas, como, tampoco pueden los coasignatarios modificar los derechos establecidos por el testamento, la ley o las donaciones.

2.5.6. Es de iniciación voluntaria. Para que pueda iniciarse la tramitación notarial de la liquidación de la sucesión y de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges se requiere en todos los casos de la solicitud expresa de los interesados, los cuales están premiados con la opción de poder escoger libremente entre el procedimiento judicial o el trámite notarial.

En consecuencia, jamás podrá el notario oficiosamente iniciar la liquidación de una sucesión por expresa disposición del art 10 del decreto, que exige que la solicitud sea presentada por escrito por los interesados.

2.5.7. Fundamentos. La implantación de la liquidación de herencias y sociedades conyugales, ante notario, tuvo su origen en la realidad social y jurídica que imponía la necesidad de adoptar un procedimiento alternativo, expedito y eficaz al sistema procedimental judicial existente hasta la expedición del Decreto 902 de 1988.

2.5.7.1. Realidad social. Hasta antes de la vigencia del mencionado decreto, un gran número de sucesiones quedaban en el aire, sin llegar a su normal terminación por diversos motivos entre ellos: ignorancia, dificultades procedimentales, o fiscales, lo cual daba el carácter de indefinidas a estas sucesiones, trayendo como consecuencia la incertidumbre sobre la titularidad del dominio de los bienes objeto de ellas, la inmovilidad jurídica y económica de los bienes relictos y la cantidad de conflictos judiciales o de procesos de pertenencia.

2.5.7.2. Realidad jurídica. En cuanto a la realidad jurídica, es de todos sabido que el proceso de sucesión en la práctica suele volverse complejo y dilatado cuando se presentan conflictos y controversias de cualquier índole, además de la congestión en los juzgados con procesos de toda índole, incluso los de carácter contencioso que representan la mayor importancia y atención del aparato judicial.

Es por ello que en caso de no presentarse conflictos y diferencias entre los interesados esto es, cuando todos obran de común acuerdo y son plenamente capaces, era inútil el acudir al procedimiento judicial, contribuyendo a sí a la congestión de los juzgados, lo cual no ocurre con

la aparición del procedimiento notarial.

Es así pues, como se impuso la necesidad de restringir el proceso de sucesión para ciertos sucesorios aquellas don de exista controversias entre los interesados, o estos no son plenamente capaces, y establecer un procedimiento alternativo para las otras sucesiones -donde no se dieran a aquellos supuestos- que es regulado por el Decreto 902 de 1988, ante notario público.

2.5.8. Finalidad. El estatuto que se comenta tiene por fin regular y solucionar la problemática social que se presenta con la transmisión por causa de muerte en general, estableciendo mediante un ágil y fácil procedimiento la liquidación de las herencias y sociedades conyugales ante notario público.

Pero dicha finalidad se ve limitada por el conocimiento que tenga la comunidad entre su reglamentación y sus beneficios, así como por su eficacia que tiene un alcance relativo, puesto que no opera en caso de incapaces, ni cuando a pesar de tener capacidad, hay desacuerdo entre los interesados. Otra limitación a la finalidad del estatuto consiste en su no obligatoria aplicación, puesto que constituye una opción para los interesados los cua

les pueden acudir al proceso judicial o someterse al procedimiento notarial previsto en el estatuto.

Una última finalidad del estatuto es de descongestionar un poco los despachos judiciales evitando en lo posible la iniciación de procesos de sucesión en los juzgados , pues con la adopción del trámite notarial, contribuye a la celeridad de la administración de justicia.

3. ASPECTOS NO REGULADOS POR EL DECRETO.

3.1. REGIMEN SUSTANCIAL DE LA SUCESION

Pese a no estar consagrado expresamente por el decreto 902 de 1988 debe entenderse que continúa vigente y sin modificación alguna, la totalidad del régimen sustancial sucesoral, regulado por la legislación civil como son en los siguientes aspectos:

-Elementos de la sucesión: ellos son el causante o de cu jus, que es la persona que muere y que era titular de los bienes relictos, "la herencia o sucesión que es el conjunto de derechos patrimoniales radicados en cabeza del causante y que son objeto de transmisión" (6)

Y si fuere el caso, la sociedad conyugal, y los asignatarios o sucesores que son las personas llamadas a recoger la herencia y que pueden ser herederos o legatarios.

⁶VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Bogotá: Temis, 1988, tomo 6, p. 49

-Apertura de la sucesión: que tiene lugar al momento de la muerte del causante en su último domicilio -salvo algunas excepciones-.

-Delación de la herencia: que es el derecho de opción en que tienen los asignatarios para aceptar o repudiar la herencia.

-Protección de la herencia: que son aquellas medidas que la ley consagra para la administración y conservación de la herencia tales como: la guarda y oposición de sellos, el secuestro provisional de bienes, el establecimiento de curadores especiales para ciertas herencias y las acciones de petición de herencia y la reivindicatoria.

-Fuentes de la sucesión: ya se trate de sucesión intestada, testamentaria o contractual.

-Partición sucesoral: que tiene por objeto dar por terminado la comunidad hereditaria, formada entre los coherederos.

3.2. REGIMEN PROBATORIO

Tampoco es objeto de regulación por el decreto. Es así

como por no haber sido derogado ni modificado el régimen probatorio existente no pueda afirmarse que la voluntariedad del mutuo acuerdo que orienta la partición sucesoral notarial comprenda igualmente la materia probatoria.

Consecuentemente con lo anterior, las pruebas referentes al estado civil de las personas, a los bienes, deudas y donaciones hereditarias y sociales, y a los negocios jurídicos sucesorales como el testamento y la cesión de derechos herenciales continúa gobernado por el código civil, y demás normas complementarias.

A guisa de ejemplos no podría entonces el notario ni las partes interesadas atribuirle un valor probatorio a una prueba del estado civil que no la tiene como sería la de demostrar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, con una acta de nacimiento no firmada por el padre, o la de dar por aprobado un testamento verbal que no ha sido reducido a escrito, o la de aceptar como prueba idónea una partida eclesiástica para demostrar un nacimiento ocurrido con posterioridad al 15 de Junio de 1938.

3.3. REGIMEN NOTARIAL EN GENERAL

El estatuto notarial -Decreto 960 de 1970-, se ha mante

nido incólume en su integridad, por tanto aspectos referentes a los siguientes puntos se conservan:

3.3.1. Principios de carácter notarial. Entre ellos tenemos los de la función notarial, el de la rogación y redacción, el de la onerosidad y el de la intervención de legalidad. Véamos someramente en que consiste cada uno de ellos:

-Función notarial: en esta materia el notario no obra como particular si no en ejercicio de la función pública de la cual se encuentra investido, pero limitada dentro de su círculo a la competencia particular para las sucesiones, la que se ejerce de una manera imparcial, autónoma y responsable -arts 2, 3, 7, 8, 9, y 195 Decreto 9670 de 1970-.

-Rogación y redacción: los notarios solamente proceden a solicitud de los interesados que lo han seleccionado libremente, debiendo redactar y transcribir las declaraciones como se las han manifestado los interesados a iniciarse el procedimiento o en su desarrollo -arts 4 y 6 Decreto 960 de 1970-.

-Onerosidad: el servicio notarial es remunerado de acuer

do a las tarifas oficiales -Decretos 2479 de 1987 y 2720 de 1988-, sin que pueda el notario negarse a prestar sus servicios, salvo en los casos previstos por la ley, -arts 5 Decreto 960 de 1970-.

-Intervención de legalidad: corresponde al notario velar por la legalidad de las declaraciones emitidas ante él, debiendo advertir las irregularidades que observe, pero sin poderse abstener de la autorización del instrumento en caso de insistencia de los interesados salvo en aquellos casos de nulidad absoluta, -arts 6 y 21 del Decreto 960 de 1970-.

3.4. SISTEMA PROCEDIMENTAL DUAL

Consiste en la dualidad procedimental -judicial y notarial- para la partición de las herencias y sociedades conyugales con prevalencia judicial.

Con la entrada en vigor del Decreto 902 de 1988 nuestra legislación ofrece a los interesados dos procedimientos que permitan obtener las liquidaciones herenciales y sociales. Se trata de una parte del proceso de sucesión consagrado en el código de procedimiento civil el cual ha quedado plenamente vigente en su integridad, y de o

tra parte el procedimiento notarial consagrado en el citado decreto.

Ante dichos procedimientos queda a opción de los interesados el decidirse por uno o por otros -salvo los casos de tener que acudir forzosamente al proceso de sucesión-.

Véamos ahora cuando es procedente el procedimiento notarial y cuando resulta impositiva o electivamente la adopción del proceso de sucesión.

El procedimiento notarial procede en cualquier tipo de sucesión, cuando se cumplen los requisitos de procedibilidad ya analizados y mientras no sea preciso acudir al proceso de sucesión de manera forzosa.

Por su parte, el proceso de sucesión es procedente de manera forzosa o electiva. Lo es de manera forzosa en aquellas sucesiones que reguladas por la ley Colombiana deben abrirse en nuestro país y en las cuales exista uno cualquiera de los siguientes aspectos:

Primero: falta de legitimación partitiva. Se presenta cuando el causante ha hecho partición testamentaria o ha designado partidoro testamentario, en este evento, los o

coasignatarios carecen de legitimación partitiva, lo que les impide llevar a cabo la partición por sí mismo, sea dentro del proceso de sucesión y verificarse dentro de él la partición por el partidor testamentario.

Segundo: incapacidad de alguno de los legitimados. El estado de incapacidad de goce de ciertos asignatarios en formación o futuros y la incapacidad de ejercicio originario o sobreviniente de cualquier legitimado, nace improcedente el procedimiento notarial y obligatoria la partición dentro del proceso de sucesión, en el cual, a juicio del legislador se obtiene la protección de tales interesados.

Tercero: necesidad de condición judicial previa. Cuando sea necesaria la condición judicial previa para proceder al desarrollo o perfección de la partición será indispensable acudir al proceso de sucesión donde la intervención del juez pueda darse, no pudiéndose en estos casos promover el procedimiento notarial.

Ello acontece con el desaparecido, el declarado ausente y el presente que no ha incurrido a la partición a quienes hay que requerir, emplazar y designarle o reconocerle judicialmente el curador ad-litem, respectivamente. También es necesaria la intervención judicial para el re

conocimiento del interés del acreedor personal del asignatario o del cónyuge sobreviviente -art 592 código de procedimiento civil-.

Cuarto: necesidad de condición judicial posterior. Será necesario el proceso de sucesión cuando en el curso del procedimiento ante notario se sepa de antemano que deba intervenir la autoridad judicial competente, como es el caso de la aprobación judicial de la distribución de las asignaciones a los pobres -arts 1115 del código civil- , en las intervenciones de personas ausentes, -art 1399 código civil-, y en el plazo para acreditar o repudiar -art 1289 código civil-, entre otros.

Quinto: desacuerdo de los legitimados. Este desacuerdo impide promover el procedimiento notarial y obliga la iniciación del proceso de sucesión para que el juez, en su desarrollo adopte las medidas que superen y decidan las diferencias, que no puede hacer el notario.

Finalmente, el proceso de sucesión resulta procedente de manera electiva o eventual cuando habiendo alternativa de escogencia entre este y el procedimiento notarial, el primero es seleccionado por los interesados quienes ven en dicho proceso, las siguientes ventajas jurídicas:

-Con el proceso sucesorio tienen la certeza de que no fracase el proceso y de que siempre ha de terminar en una partición debidamente aprobada; con dicho proceso pueden promover ciertas actuaciones que solamente corresponde a los jueces, como requerimientos judiciales, medidas cautelares -guarda de bienes y aposición de sellos, registros de la demanda, embargo y secuestro-, medidas de ejecución -remates, entregas etc-, con dicho proceso no están obligados a señalar a los demás interesados y legitimados conocidos y con el proceso sucesorio puede tener mayor efecto en el exterior la sentencia aprobatoria de la partición.

3.4.1. Procedimiento Único. El procedimiento notarial lo mismo que el del proceso sucesorio es único para la misma sucesión, lo cual significa que no puede haber sino un solo procedimiento en ambos casos, pero si se llegare a presentar sobre una misma sucesión los dos procedimientos en forma simultánea, prevalece el procedimiento judicial.

Si se trata de varias sucesiones deben ser varios los procedimientos, a menos que sea viable la acumulación de ellos.

Una vez escogida una de las dos vías, el procedimiento debe ser uno solo, es decir, totalmente judicial o totalmen

te notarial, salvo lo dispuesto para la partición adicional que puede ser hecha ante el mismo notario o ante el juez competente, a pesar que el procedimiento principal, fué exclusivamente notarial -art 3 num 6 decreto 902 de 1988-.

3.4.2. Concurrencia de varios procedimientos notariales.

Según los arts 7 y 8 del decreto 902 de 1988, no se pueden tramitar simultáneamente sobre una misma sucesión o sociedad conyugal, dos o más liquidaciones notariales, pues en tal evento los notarios o el notario único que conociese de ellas devolverán las actuaciones a los interesados o a sus apoderados, tan pronto se percaten de dicha situación, a fin de que aquellos de común acuerdo promuevan una sola liquidación notarial o inicien proceso judicial de sucesión.

Establece el último artículo indicado, que la persona que tenga conocimiento de la pluralidad de dichos trámites comunicará tal situación a los respectivos notarios o a la Superintendencia de Notariado y Registro, a efectos que estos logren la unidad procedimental.

-Requisitos: para que opere la concurrencia de varios procedimientos notariales se deberán dar los siguientes re

quisitos:

-Pluralidad procedimental: hace relación a la existencia de varios procedimientos -dos o más- porque de haber uno solo no se configura el fenómeno, tal como sucede cuando tan solo se pretende iniciar otro el cual debe rechazarse por improcedente quedando vigente el primero.

-Procedimientos notariales: los procedimientos existentes deben ser todos de carácter notarial, pues si alguno de ellos es judicial, no se presentaría la situación comentada, sino que habría la prevalencia de la actuación judicial sobre las otras debiendo remitirse al juez del conocimiento y a los interesados la actuación notarial terminada -art 10 Decreto 902 de 1988-.

Otro caso en el cual no existen diversos procedimientos notariales es cuando existiendo uno en curso, se presenta otro, u otros, los cuales son rechazados o cuando se presenta ante entidades distintas del notario como sería la Superintendencia de Notariado y Registro, la Alcaldía, etc.

-Identidad sucesoral: hace relación a que los procedimien

tos deben referirse a una misma herencia o sociedad conyugal, lo cual significa que debe existir identidad tanto en el causante como en las masas partibles.

-Simultaneidad procedimental: consiste en que deben existir varios procedimientos notariales plenamente en curso y vigencia, por eso si después de iniciado un procedimiento notarial, este termina anormalmente, es decir sin la escritura pública de partición -por desacuerdo, desistimiento, etc-, los interesados pueden volverlo a iniciar sin que se alegue irregularidad alguna, ya que no existe la simultaneidad.

Otro evento de una simultaneidad sería el de haberse iniciado, desarrollado o concluido dos o más procedimientos notariales sobre la misma herencia o sociedad conyugal, caso en el cual prevalece sobre la misma el procedimiento del registro anterior y en su defecto el de la escritura que primero se hubiese otorgado, sin perjuicio de la intervención judicial para que el juez determine definitivamente sobre la prevalencia de la partición o adjudicación de la herencia -art 9 decreto 902 de 1986-.

3.4.3. Desarrollo voluntario y exclusión de controversias.

El motor de todo el procedimiento notarial es la voluntad

plena.

Efectivamente, el procedimiento notarial es esencialmente voluntario pues, nunca opera de manera forzosa o impositiva y, a él no se puede concurrir o intervenir de manera forzada como en los siguientes casos:

-El del asignatario presente -de paradero conocido-, requerido, -del ausente emplazado, -del asignatario forzado a aceptar, -y el caso de intervención del agente del Ministerio público -quién debe intervenir en casos como el incidente para dar autorización al incapaz para repudiar la asignación que le perjudique -art 593 código de procedimiento civil-, en la distribución de asignaciones dejadas a pobres -art 1115 código civil-, en la protección de legados de beneficencia pública -art 1348 ibidem-, pues en casos como estos se hace imperativo acudir al proceso de sucesión.

Dicha voluntariedad indicada debe estar acompañada con la exclusión de controversias, que de presentarse arruinarían el procedimiento notarial.

Pero el hecho de haberse promovido voluntariamente el procedimiento notarial y si es el caso de común acuerdo, ello no impide que durante su desarrollo se presenten desacuer

dos o controversias, cuyo surgimiento tampoco conllevan su fracaso ipso jure o inequívoco, ya que con base en la disposición voluntaria los interesados pueden, dentro de la autonomía privada y libertad negocial, solucionar y transigir tales diferencias y ellas sean recogidas como acuerdos o consensos en las ratificaciones o modificaciones pertinentes, sea que estos acuerdos se logren por iniciativa propia de los interesados o con la ayuda o intervención hasta donde sea posible del notario o de un árbitro.

4. SUJETOS HABILITADOS PARA INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO NOTARIAL

En principio solo las personas con facultad para hacer la partición están legitimadas para promover el procedimiento notarial, pero además pueden acudir a él otros interesados que en virtud de su interés sucesoral, sustancial, se hacen presentes al procedimiento notarial pero sin poder iniciarlo, sostenerlo y concluirlo por sí mismos, pero con la posibilidad de coadyuvar dicho trámite.

4.1. QUIENES PUEDEN REALIZAR LA PARTICION?

Conforme al art 10 del Decreto 902 de 1988 están legitimados los herederos, el cónyuge sobreviviente y los legatarios; siempre y cuando todos tengan capacidad plena, o bien de mutuo acuerdo y presenten la solicitud por escrito, bien sea personalmente o a través de apoderado que debe ser abogado titulado.

4.1.1. Herederos. Como bien sabemos, los herederos son

"los sucesores del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles"(7).

Poseen junto con los legatarios, vocación hereditaria la cual los faculta para recoger los bienes de la sucesión.

Están legitimados para acudir al procedimiento notarial, toda clase de herederos, en consecuencia quedan incluidos los herederos abintestatos -incluyendo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-, y testamentarios, personalmente o por representación, por transmisión, sucesión hereditaria o sustitución testamentaria, legitimados preteritos o no, universales o de cuota o de remanente y los cesionarios hereditarios totales o parciales.

El heredero único también está legitimado para iniciar la actuación notarial -parágrafo del art 19 del mencionado Decreto-, sea aquel testamentario o intestado.

A diferencia de lo que ocurre con el proceso de sucesión, no pueden ser parte en el procedimiento notarial, los asignatarios póstumos del causante por carecer de capacidad de goce, y aún el nacido por ser incapaz, ni los a

⁷LAFONT PIANETTA, Op. Cit., p. 137

signatarios futuros. Los de condición suspensiva -artículo 1536 código civil-, y los de asignación como previo a servicios importantes, por carecer de legitimación y capacidad de goce, ni las asignaciones de los asignatarios relativamente indeterminados, porque en su caso se requiere la intervención judicial para determinarlos.

La intervención de los herederos en el procedimiento notarial puede hacerse hasta antes de suscribirse plenamente la escritura pública correspondiente y su manifestación de aceptación, puede darse en forma expresa o tácitamente, es decir, firmando el proyecto de partición que le reconoce el derecho, pero la manifestación de repudiación debe ser siempre expresa, sin tener cabida la repudiación tácita, que opera en el proceso de sucesión pues, esta necesita de requerimiento judicial previo -arts 1289 y 1290 del código civil y art 591 del código de procedimiento civil-.

En cuanto a los cesionarios también pueden intervenir en el procedimiento notarial como lo habíamos dicho, sea en que hayan adquirido los derechos herenciales de gananciales y sociales a cualquier título voluntario o forzado .

Su intervención puede ser originaria o derivativa según ella la haga directamente el cesionario sin haberse inter

venido el cedente.

Si el cesionario no interviene y se suscribe la escritura pública de partición, aquel se hace retroactivamente adquirente de lo adjudicado al cedente; y si este tampoco lo hizo puede acudir a la partición notarial o judicial -art 3 num 6, Decreto 902 de 1988-, pero en todo caso aquel conserva las acciones del título traslativo contra el cedente, y los relativos al derecho cedido, -acción de petición de herencia-. (8)

4.1.2. Cónyuge sobreviviente. También puede iniciar el trámite notarial al igual que sus cesionarios, pero sólo cuando reclaman derecho de gananciales o herencia, no así cuando el cónyuge opta por la porción conyugal, pues en este último evento, no se encuentra legitimado para efectuar la partición por sí mismo, aunque si puede solicitar que ella se realice.

4.1.3. Legatarios. Son asignatarios a título singular de los bienes de la sucesión. Pueden promover el procedimiento notarial, pero no pueden realizar la partición, -al igual que el cónyuge sobreviviente y sus cesionarios cuando persiguen porción conyugal-, por no estar facultados por la legislación civil. A los legatarios les asiste un interés en la partición por los bienes que les fue

⁸ Ibid., p. 137

ron adjudicados y en base a dicho interés pueden solicitar que se efectúe la partición y pueden también coadyuvar el procedimiento notarial.

4.1.4. Interesados sucesorales. Por tener un interés jurídico con relación a la sucesión están facultados para intervenir en el procedimiento notarial, pero sin poder actuar por sí solos en su promoción, desarrollo y conclusión. Tienen la posibilidad de permitir el procedimiento notarial adhiriéndose a él o están en libertad de acudir al proceso de sucesión en caso de desacuerdo, lo cual daría fin al procedimiento notarial si este ya se hubiere iniciado o impediría su adopción si no se hubiere iniciado, haciendo obligatorio el trámite del proceso de sucesión.

Dentro de estos interesados sucesorales tenemos los acreedores, -hereditarios y en sociales-, el albacea, los socios y comuneros, el curador de la herencia yacente, cuando es del caso, la administración de impuestos y los terceros no intervinientes con legitimidad.

-Acreedores: hasta antes de otorgarse la escritura pública de partición, pueden los acreedores hereditarios y sociales, hacerse parte dentro del trámite notarial, sin

que esto sea posible a los acreedores personales de los asignatarios y el cónyuge.

En efecto, así como los acreedores hereditarios pueden intervenir en el proceso sucesorio demandándolo ejecutivamente en base a su crédito llegando incluso a rematar el bien embargado y excluyéndolo de la masa herencial, así mismo pueden intervenir en el procedimiento notarial para hacer valer su crédito, el cual deben demostrar con la prueba respectiva o el reconocimiento de los legitimados.

Pero a diferencia del proceso de sucesión, donde pueden intervenir directamente, en el procedimiento notarial solamente pueden hacer incluir sus créditos mediante acuerdos inicial o posterior con los interesados, -ya que el notario no tiene potestad para ordenar la inclusión de sus créditos en el inventario y la partición-, que al no lograrse, produciría el desacuerdo suficiente para poner fin al procedimiento notarial en forma directa, o indirecta si se instaura el correspondiente proceso de sucesión.

Lo dicho para los acreedores hereditarios es aplicable también a los acreedores sociales quienes deben basar o sus créditos en deudas sociales del causante y no del

cónyuge sobreviviente para poder hacerlos efectivos dentro del procedimiento notarial.

Pero si los acreedores no intervienen en el procedimiento que ha concluido con la partición notarial, podrán proceder conforme a las reglas generales contra la hijuela de deudas que le garantiza su crédito -de lo cual puede aprovecharse por ser oponible en su favor-, o en defecto de lo anterior, contra los herederos como sucesorales en las deudas del causante.

En lo que tiene que ver con los acreedores personales de los asignatarios y del cónyuge sobreviviente, ninguno de ellos puede ser parte en el procedimiento notarial, ya que no pueden iniciar el procedimiento ni acogerse a él basándose en que sus deudores -asignatarios y cónyuge-, no lo hayan aceptado, puesto que en este evento se requiere de autorización judicial conforme al art. 592 del código de procedimiento civil-.

-Albaceas: como es sabido los albaceas son las personas encargadas por el testador, de la administración de la masa herencial, mientras se desarrolla el proceso de sucesión o el procedimiento notarial de partición.

Los albaceas pueden intervenir en el procedimiento notarial de manera directa y espontánea hasta antes del otorgamiento de la escritura de partición y, una vez aceptado el cargo. No es posible como ocurre en el proceso de sucesión, provocar su intervención en el procedimiento notarial pues, ello implica la intervención judicial, -art. 596 código de procedimiento civil-.

Algunos partidarios del criterio que el decreto hubiese ordenado la citación forzosa del albacea de existencia y paradero conocido, para que así existiera la posibilidad real dentro del procedimiento notarial de garantizar la ejecución testamentaria, ya que al restringirse su intervención a la forma directa y voluntaria, queda en manos de los demás interesados llevar a cabo una partición que el riesgo de quedar burlada la voluntad testamentaria y, en la mayoría de las veces sin posibilidad jurídica o material de corrección posterior, salvada la responsabilidad solidaria en caso de ocultamiento -art 20 Decreto 902 de 1988-.

Por otra parte, siendo la estructura del procedimiento notarial eminentemente voluntaria, se requiere pleno acuerdo entre el albacea con los demás interesados para así lograr la efectividad del ejercicio de sus funciones

en lo referente a la ejecución testamentaria de asignatarios, créditos, administración, entrega de bienes, hijuelas de deudas y de asignatarios testamentarios, reglas o testamentarias de partición y todos aquellos aspectos en que voluntaria o legalmente se deriven del testamento y, en caso de desacuerdo se debe acudir al proceso de sucesión.

-Socios y comuneros: los socios de sociedad colectiva, en comandita simple, de responsabilidad limitada, de hecho con certeza jurídica de su existencia -por haber declaración judicial sobre la misma o aceptación expresa del testador o sus sucesores-, tienen interés para intervenir en el procedimiento notarial hasta antes de perfeccionarse la partición, pero su intervención está sometida al acuerdo de los demás interesados, que de no producirse arruinaría el procedimiento notarial y haría obligatorio al seguimiento del proceso de sucesión.

Por otra parte, no es posible aplicar el procedimiento establecido por el decreto 902 de 1988 a la partición de la sociedad disuelta por muerte del causante socio o por voluntad de los socios, pues dicho procedimiento está consagrado sólo para la liquidación de herencias y sociedades conyugales por muerte de uno de los cónyuges -art. 1-.

A los comuneros es aplicable íntegramente lo dicho para los socios haciendo la aclaración que aquellos pueden ser singulares o universales.

-El curador de la herencia yacente: tendría un interés eventual para establecer la existencia de la herencia yacente -cuando esta se ha declarado con posterioridad a la iniciación del procedimiento notarial-, y sólo para hacer prevalecer el proceso de sucesión y terminar el notarial.

Parecería ilógico que una vez iniciado el procedimiento notarial -el cual supone aceptación de la herencia de por lo menos un heredero o interesado-, se declare yacente la herencia respecto a la misma sucesión -que supone la no aceptación de la misma según el art 581 del código de procedimiento civil-, pero puede ocurrir, y es un caso muy excepcional que la iniciación del trámite notarial la haya realizado un heredero aparente y durante el curso del mismo se presente la prueba de su exclusión por una persona que no es heredero -es decir, el acreedor o el legatario que aporten el testamento, o el mismo Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- que pruebe la no calidad de heredero-, y estos últimos prefieran la declaración judicial de yacencia de dicha herencia.

-La administración de impuestos: por intermedio de la Ofi

cina de Cobranzas o del administrador de impuestos del lugar, puede intervenir en el procedimiento notarial como acreedor fiscal.

Dicho interés fiscal se da cuando por razón de impuestos de rentas, patrimonio y complementarios de la sucesión, existe contra ella un crédito por deudas de plazovencido y de las que surjan hasta el momento en que se liquiden la sucesión, las cuales deben constar en un título ejecutivo, -liquidaciones privadas y sus correcciones, liquidaciones oficiales ejecutoriadas, actos administrativos que fijen sumas líquidas de dinero, garantías y cauciones, sentencias y dichas decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas-.

El decreto 902 de 1988 dispone que antes de otorgarse la escritura de partición es necesario verificar que esté 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 hubiere celebrado acuerdo de pago con la respectiva autoridad, -art 3 num 3 ibidem-.

Pese a dicha norma, la intervención de la administración en el procedimiento que comentamos, depende de su volun

tad, es decir, que si quiere intervenir lo hace y si no lo quiere no lo hace. Si no interviene puede otorgarse la escritura de partición. Al respecto dice, el art 3 num 3 e inc 2º del Decreto 902 de 1988:

Si dentro de los términos establecidos por las normas tributarias, la oficina de cobranzas o el administrador de impuestos nacionales correspondientes no hubiere concurrido a la liquidación notarial para obtener el pago de los impuestos a cargo del causante.

-Aviso de parte del notario: para que la administración se entere del inicio del procedimiento notarial, el decreto 902 de 1988 preceptúa que una vez ordenada la publicación del edicto emplazatorio el notario dará aviso inmediato a la oficina de cobranzas o a la Administración de Impuestos nacionales correspondiente, -art 3 num 2 ibidem- dicho aviso es el contemplado en el art 120 del decreto 2503 de 1987 que es del siguiente tenor:

-Intervención de la administración en los procesos de sucesión: los funcionarios ante quienes se adelanten o tramitan sucesiones, cuando la cuantía de los bienes sea superior a \$700.000.- pesos deberán informar previamente a la partición el nombre del causante y el avalúo o valor de los bienes.

Esta información deberá ser enviada a la oficina de cobranzas de la administración de impuestos nacionales que corresponda, con el fin de que se haga parte en el trámite y obtenga el recaudo de las deudas de plazo vencido y de las que surjan hasta el momento en que se liquide la sucesión.

Si dentro de los 20 días siguientes a la comuni

cación la administración de impuestos no se ha hecho parte el funcionario, podrá continuar con tinuar con los trámites correspondientes. Los herederos, asignatarios o legatarios podrán solicitar acuerdo de pago por las deudas fiscales de la sucesión.

En la resolución que apruebe el acuerdo de pago se autorizará al funcionario para que proceda a tramitar la partición de los bienes sin el requisito del pago total de las deudas.

Consecuente con lo transcrito, tenemos que el aviso a la administración de impuestos es forzoso y obligatorio, solamente cuando la cuantía de los bienes es superior a \$ 700.000.00 pesos. El valor o avalúo será el que aparezca en el inventario y avalúo y debe entenderse por bienes, los bienes relictos dejados por el causante, -sean propios o sociales-, en forma bruta y no líquida.

Si dichos bienes de la sucesión tienen un valor inferior o igual a \$700.000.00 no será forzoso el mencionado aviso.

-Oportunidad de comparecencia: la administración a través de la oficina de cobranzas o del administrador de impuestos del lugar, tiene una oportunidad especial para comparecer al procedimiento notarial y ella va desde el momento del aviso forzoso hasta los 20 días siguientes a la comunicación -art 120 Decreto 2530 de 1987-, y siempre dentro de la época de fijación del edicto -10 días-

adicional de intervención -art 3 num 2 y 3 Decreto 902 de 1988-.

Pero como cualquier interesado la administración puede intervenir antes de la iniciación del plazo especial aludido o sea, desde la misma solicitud y durante el plazo que dure fijado el edicto. En cambio, no puede hacerlo después de haber terminado el plazo especial, porque precluye su oportunidad de intervención.

4.1.5. Terceros sucesorales. Los terceros son aquellas personas que no han intervenido en el procedimiento notarial pero que pueden hacerlo o no, en virtud del interés que les asista contra la sucesión.

Estos terceros cuando tienen legitimidad y en base a ella acuden al procedimiento adquieren a calidad de partes, -cónyuge, herederos y legatarios que no habían acudido al procedimiento y durante el curso de este lo hacen-.

Los efectos principales del procedimiento surtido contra los terceros no intervinientes es la inoponibilidad del acto partitivo, según las reglas generales.

4.1.6. Otros intervinientes. Son aquellos sujetos que de manera necesaria o accidental, intervienen en el pro

cedimiento notarial, pero que por razón de sus funciones no reclaman derecho sucesoral alguno y no tienen la calidad de parte ni de terceros.

Ellos son: el notario, la Superintendencia de notariado y registro y los intervinientes accidentales.

-El notario: es quién autoriza el procedimiento que ante él se adelanta. No tiene la calidad de parte ni de tercero dentro del procedimiento pero su intervención es esencial y necesaria dentro del mismo.

Corresponde al notario velar para que durante el procedimiento y al otorgarse la escritura pública de partición, se haya cumplido los requisitos legales, particulares y generales -arts 3 num 3 Decreto 902 de 1988 y 40 del Decreto 960 de 1970-.

El notario a pesar de no ejercer una función jurisdiccional, en virtud de la función pública de que está investido, reviste sus actos con las características de autenticidad, publicidad, oponibilidad y eficacia probatoria.

-Competencia: está dada por el art 10 del Decreto. El factor determinante de ella es el territorial pues el procedimiento debe surtirse ante el notario del círculo que

corresponde al último domicilio del causante en el territorio nacional, y si este tenía varios, al del asiento o principal de sus negocios.

Indica lo anterior que si el causante ha tenido su domicilio en el exterior o excepcionalmente lo fuere en Colombia es improcedente el procedimiento notarial, debiéndose en el primer caso tramitarse la sucesión en el exterior y en el segundo acudir al proceso de sucesión.

Si el causante carecía de domicilio, debe entenderse como su último domicilio su última residencia, -art 84 código civil-, y en caso de tener varias residencias en diferentes municipios, el domicilio lo será en cualquiera de ellas. Pero si el causante tuviere varios domicilios, será competente el notario correspondiente al del asiento principal de sus negocios.

Ahora, si en el lugar donde se radica la competencia territorial existen varios notarios -no importa la clase o categoría-, todos tendrán competencia y podrán presentarse la solicitud ante cualquiera de ellos, a elección unánime de los interesados, -inc final art 1º Decreto 902 de 1988-.

Otro factor de competencia notarial y aplicable al proce

dimiento estatuido por el Decreto 902 de 1988 es el factor subjetivo, pues según el art 156 del Decreto 960 de 1970:

Los notarios no podrán autorizar sus propios actos contratos, ni aquellos en que tengan interés directo o en que figuren como otorgantes su cón yuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil,

Ahora bien, si el notario está inhabilitado en base a este factor subjetivo y es el único competente para conocer la partición, no puede acudirse a otro notario, sino que debe reemplazarse por uno ad-hoc para esa sola actuación, pues no es posible acudir al más cercano por el factor territorial.

La duración de la competencia del notario opera durante todo el procedimiento, se inicia desde la solicitud escrita por los interesados y se entiende generalmente durante dos meses a partir del momento en que ha debido otorgarse la escritura pública, o sea a partir del momento en que quedó precluido el plazo adicional de comparecencia o intervención -art 6 y 3 num 3 Decreto 902 de 1988-.

La competencia notarial termina normalmente en la fecha en que se perfeccione la partición notarial, sin perjui

cio de que se realice una partición notarial adicional de un bien que dejó de inventariarse, -art 3 num 8 ibidem-.

Termina anormalmente la competencia del notario por la iniciación de un proceso de sucesión respecto a la misma herencia y en este evento aquella termina en el momento o fecha en que se haya expedido el auto de apertura de dicho proceso, sin que sea menester comunicación al notario de ello, ni decisión notarial al respecto, pues ese es el efecto de la prevalencia judicial.

Otra cosa es que de conformidad con el art 6 del Decreto 902 de 1988, previa comprobación de la iniciación de dicho proceso, el notario se encuentre obligado a declarar terminado el procedimiento, sin que esto quiera decir en que la competencia la pierde sólo hasta que dicte dicho auto, pues esta decisión de terminación es declarativa y no constitutiva. Por tanto, la actuación o partición en que se lleve a cabo con posterioridad a la apertura del proceso de sucesión, se encuentra viciada de nulidad.

-Responsabilidad civil notarial: en base a la función pública que presta el notario, este puede ser responsable administrativa, disciplinaria, penal y civilmente por perjuicios que se ocasionen a los usuarios del servicio y a terceros, pues según el art 8 del Decreto 960 de 1970, los

notarios son responsables conforme a la ley.

-Responsabilidad ante los usuarios: puede en este sentido responder el notario por la no prestación del servicio o por la prestación irregular del mismo.

En lo que atañe a la no prestación del servicio, el notario es responsable sólo en los casos no autorizados por la ley, pues cuando se abstiene de prestar el servicio amparado en una norma legal carece de responsabilidad. Así por ejemplo, no será responsable en los siguientes casos:

-Por rechazar la solicitud de iniciación del procedimiento notarial cuando carece de competencia territorial, - art 2 Decreto 960 de 1970, o sucesoral arts 3 num 4 ibidem y 1º del Decreto 902 de 1988-.

-O la iniciación del procedimiento no se ajusta a los requerimientos formales, -art 9 y 40 del Decreto 960 de 1970 o se encuentra inhabilitado art 156 ibidem-, o no se trata de días y horas hábiles -art 160 ibidem- entre otros.

Pero si será responsable por abstenerse ilegalmente de prestar el servicio como cuando siendo el único competente para realizar la partición notarial, rehusa caprichosa,

arbitraria e ilícitamente la prestación del servicio, afectando el derecho de los interesados a acudir a esta vía y forzándolos a acudir al proceso de sucesión, originando les con ello perjuicio.

En este último caso, su responsabilidad es de carácter civil extracontractual, -por incumplir el deber legal de la prestación del servicio-, requiriéndose entonces que se estructure sobre un hecho ilícito -que es la abstención dolosa e ilícita de prestación del servicio-, un daño o perjuicio reparable -principalmente los gastos e inversiones realizadas para el proceso de sucesión-, y una relación o nexo causal que indique que su conducta omisiva realizó el daño.

En lo que respecta a la prestación irregular o defectuosa del servicio, ella ocurre cuando de una parte se incumple deberes esenciales que debe el notario cumplir en la prestación del servicio, y de otra parte, dicho incumplimiento obedezca a dolo o culpa grave del notario -excluyéndose la buena fé y cuestiones jurídicas controvertidas, confusas o incompletas dadas en el procedimiento, como la acumulación del proceso sucesoral-.

Esta responsabilidad está consagrada en los arts 195 y 196 del Decreto 960 de 1970 que dicen respectivamente:

"los notarios son responsables civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del mismo", y "cuando se trata de irregularidades que le sean imputables, el notario responderá de los daños causados siempre que aquellos sean o subsanables a su costa por los medios y en los casos previstos en la presente ley".

Como ejemplo de conductas irregulares o ilícitas en relación al procedimiento comentado, podemos citar: La autorización de la escritura de partición con violación de los requisitos formales como son:

-Falta de competencia territorial o sucesoral, improcedencia del procedimiento, no existencia de incapaces dentro de legitimados, irregularidad sustancial en el trámite -rogación, redacción, escritura, anexos fundamentales-, existencia de irregularidades graves de ser subsanables, -error en el nombre y apellidos del causante-, otorgar la escritura de partición de una persona viva, aceptar la partición hecha por personas distintas al partidor testamentario, admitir la partición que se haga con violación de las leyes imperativas -desconocimiento ilegal de gananciales, asignaciones forzosas etc-.

Esto último porque conforme al inc 1º del art 3º del De

creto 2148 de 1983, el notario no autorizará el instrumento cuando llegue a la conclusión de que el acto que tiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los otorgantes por estar clara y expresamente prohibido por la ley.

Cómo se dijo, para que el notario incurra en responsabilidad civil extracontractual, se requiere:

-Qué haya prestación irregular o defectuosa del servicio.

-Qué con dicha irregularidad se configure un daño emergente y lucro cesante, real, actual e ilícito en el patrimonio de los usuarios, lo que supone, de una parte la perfección de la partición -ya que antes de ella las irregularidades pueden corregirse según los medios establecidos en la ley-, y del otro, que se produzca un deterioro o la pérdida en un derecho -por ejemplo los gastos e inversiones para hacer una nueva partición o para el cobro de un crédito garantizado en esta-, ya que no basta con la mera ineficacia o invalidez de la partición, pues ella es el efecto del servicio irregular pero no el daño mismo, y

-Una relación de causalidad entre el servicio notarial defectuoso y el daño, lo cual no se da cuando ocurre caso fortuito -o sea, cuando se autoriza la escritura por or

den judicial ni cuando hay culpa o dolo de la víctima u usuario -aporte de poderes o certificados civiles falsos-, o vicios del consentimiento del usuario que solamente deben ser advertidos por el notario según el inc 2 del art. 3 del Decreto 2148 de 1983, o cuando la irregularidad o ineficacia se deben a un tercero -como cuando se expiden las pruebas de las publicaciones sin haberse realizado o cuando el notario certifica falsamente sobre la existencia de otro procedimiento notarial en curso-.

Una vez establecida la responsabilidad del notario, este adquiere la obligación de indemnizar los perjuicios causados a los usuarios -arts 195 y 196 Decreto 960 de 1970- , pero si de esta irregularidad se aprovecha otra persona , la indemnización podrá ser repetida contra esta hasta conurrencia del monto del provecho que reciba y si este se hubiere producido con dolo o malicia de ella, el notario será resarcido de todo perjuicio -art 197 ibidem-.

-Responsabilidad ante terceros: siendo los terceros personas ajenas al procedimiento notarial, en principio no cabría responsabilidad ante ellos, pero excepcionalmente podría causárseles perjuicios como cuando el notario dolosa o culposamente autoriza la partición notarial en los casos en que habiéndose indicado en la solicitud otros herederos de igual o mejor derecho, estos no han intervenido

en el procedimiento o no han prestado su consentimiento en el otorgamiento de la escritura pública, o cuando habiendo intervenido un tercero en el procedimiento y aprobado su calidad legalmente, disiente del proyecto de partición, que no obstante se autoriza.

En estos eventos el notario ha obrado de manera irregular, pues no existiendo común acuerdo no ha debido iniciarse o desarrollarse y concluirse la partición, con lo cual se ocasionan perjuicios a los terceros indicados.

En casos como los anteriores la responsabilidad del notario también es de carácter extracontractual, que casi siempre va acompañada de la solidaridad legal con los usuarios del servicio, con cuyo concurso, concertado o separado, se ocasiona dolosa o culposamente el daño a los terceros.

-La Superintendencia de Notariado y Registro: tampoco tiene la calidad de parte ni de terceros en el procedimiento notarial, pues no le asiste en su intervención un derecho o interés sucesoral.

La intervención de la Superintendencia busca el control del procedimiento acerca de la unidad del trámite notarial y evitar que existan varios, respecto de una misma sucesión.

Dicho control se efectúa por intermedio del registro y es una función especial creada por el Decreto 902 de 1988 en su numeral 2 del art 3 que ordena al notario una vez ordenada la publicación este comunicará a la Superintendencia de Notariado y registro, la iniciación del trámite, para que se haga la correspondiente anotación en el libro de liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas, que a partir de la vigencia de este decreto deberá llevarse en ese despacho.

A esta entidad en consecuencia, debe informarse sea por el notario o por particulares aportando la prueba pertinente -art 8 ibidem-, sobre la iniciación del trámite procedimental y demás aspectos fundamentales de este, como desistimiento, frustración, número de procedimientos notariales para cada sucesión, etc, razón por la cual la Superintendencia está facultada para en caso de pluralidad de trámites de una misma sucesión ordenar a los notarios devolver las actuaciones a los respectivos interesados o a sus apoderados, -art 7 ibidem-, a fin de que se promueva un solo procedimiento notarial o sigan el proceso de sucesión.

La oportunidad de intervención de la Superintendencia de Notariado y Registro en el procedimiento notarial al igual que ocurre con la Administración de Impuestos nacionales,

es de dos clases: una especial y una general.

-La especial comprende desde la recepción de la comunicación por parte del notario hasta el último día del vencimiento del plazo especial de intervención previsto en el numeral 3 del art 3 del Decreto 902 de 1988 -10 días después publicado el edicto emplazatorio-.

-La oportunidad general -basada en el control procedimental único que ejerce- la tiene en cualquier estado del procedimiento, es decir, desde la presentación de la solicitud hasta antes que se suscriba la escritura pública partitiva de la sucesión o de la sociedad conyugal en su caso.

Dicha intervención debe ser en forma escrita, sin que sea necesario resolución de oficio, pero dicho escrito debe contener la fecha y el notario a quién se dirige, la mención de adelantamiento de varios trámites con relación a una misma sucesión precisándose los datos del notario, fechas de iniciación, etc, la orden de terminar los trámites y devolver las actuaciones correspondientes y la firma del funcionario competente.

Una vez recibida por el notario la anterior comunicación este debe ponerla en conocimiento de los interesados -ya

sea verbalmente o por escrito-, a efectos de que estos se enteren y tengan la oportunidad de obtener las aclaraciones ante la Superintendencia u ante otros notarios, por ejemplo que se trata de un homónimo del causante o que los trámites anteriores terminaron antes de iniciar el nuevo, y así desvirtuar el fundamento de la pluralidad ilegal de trámites y de esta forma poder proseguir el procedimiento que se está adelantando.

Pasado un término prudencial desde el informe de la Superintendencia -pues la ley no establece uno especial, sin que se hayan hecho las aclaraciones del caso por los interesados, el notario dará cumplimiento a lo que se le ordena y clausurará el procedimiento y devolverá las actuaciones a los interesados.

-Intervinientes accidentales: son aquellos que intervienen en forma tangencial para aspectos informativos trascendentes en el procedimiento, ya que estos pueden tomarse como motivos para terminarlo.

Estos intervinientes accidentales no tienen la calidad de parte en el procedimiento aún cuando tengan derecho o interés particular y concreto en el mismo, puesto que se limitan con su información a poner en conocimiento del notario la existencia de alguno de los siguientes hechos:

-La existencia de pluralidad de trámites notariales sobre una misma sucesión o sociedad conyugal o la iniciación de un proceso de sucesión sobre la misma herencia o sociedad conyugal con trámite notarial en curso.

El notario o la Superintendencia de notariado y registro una vez acreditadas y comprobadas las informaciones por parte de estos intervinientes acerca de la pluralidad de procedimientos o la iniciación del proceso de sucesión, actuarán conforme a lo estipulado en el art 7 del Decreto 902 de 1988.

-Apoderado: la exigencia de apoderado dentro del procedimiento notarial se encuentra consagrada en el art 10 del Decreto 902 de 1988 cuando indica que la petición escrita de partición notarial debe hacerse mediante apoderado que sea abogado inscrito y esté especialmente facultado para tal efecto.

Dicha exigencia tiene una importancia esencialmente procedimental porque para la procedencia y validez de este último se requiere necesariamente -salvo cuando el valor de los bienes es inferior a \$100.000.00- la intervención de dicho apoderado.

A pesar de tratarse de una actuación notarial -no judicial-

y de un procedimiento que aspira ser económico. para los interesados, la ley ha considerado necesaria la intervención del apoderado, con buen acierto, por la razón de ser del procedimiento y por buscar la garantía en el desarrollo del mismo.

En verdad es sabido que la índole jurídica que se pone en juego en la hechura de la partición, por pequeña que sea, impide a los propios particulares llevarla a cabo directamente, tal como ocurre con otros actos notariales, -compraventa de inmuebles donde generalmente no intervienen abogados-, igualmente la mera voluntad de los particulares resulta insuficiente para adelantar y concluir la partición notarial, porque para ello se requiere conocimientos jurídicos no sólo respecto del procedimiento -procedencia, notario competente, actuación notarial, pruebas, etc-, sino también sobre los actos que allí se desarrollan como aceptación, repudiación, inventario y avalúo, partición, refacciones etc-.

De otra parte, la insuficiencia de estos conocimientos en los particulares, no puede ser tampoco suplida, por lo menos de manera general, con la asistencia legal que corresponde al notario, porque no solo dejaría de ser notario para convertirse indebidamente en asesor o apoderado de las partes o partidor, sino que el acuerdo de las partes

perdería al menos, relativamente cierta autonomía al depender de las instrucciones del notario.

Es por lo anterior por lo que se hace necesario la intervención de un abogado, ya que con su formación jurídica y la prestación de su servicio exclusivo de las partes, le otorga a ellas una verdadera garantía profesional y ética en la actuación notarial.

-Calidades: el apoderado solo puede ser un abogado inscrito, lo que supone que no solamente sea titulado sino que haya sido inscrito ante el Tribunal correspondiente, lo que se acredita con la tarjeta profesional de abogado y, mientras esta se expida, con la licencia profesional, que además se encuentre en pleno ejercicio profesional.

La necesidad del apoderado solamente opera para los herederos, el cónyuge sobreviviente y los legatarios, es decir, para los legitimados para hacer la partición, ya sea cuando intervengan en la solicitud inicial o durante el procedimiento. Luego un heredero que interviene en la solicitud o posteriormente, debe hacerlo con apoderado propio o por conducto del apoderado preexistente para los demás.

Pero si no actúa mediante apoderado el procedimiento no

tarial resultará improcedente, por la cual deberá inadmitirse o fracasar. En cambio no se exige la intervención de apoderado para las actuaciones de los otros interesados -albacea, socios, acreedores-, pues basta su consentimiento cuando se le garanticen los derechos que tratan de proteger.

La intervención del abogado dentro de este procedimiento es esencialmente representativa, pues actúa a nombre de los interesados quienes deben otorgarle poder especial, quedando sujeto por consiguiente a los términos del mandato y respondiendo por las violaciones a la ética profesional y, en su caso, al ocultamiento ilícito de interesados y bienes cuando actúa en complicidad con los demás interesados, respondiendo en ese último caso en forma solidaria con aquellos.

La necesidad del apoderado se precisa en todo el procedimiento desde su iniciación hasta la partición del caso. El poder se entiende otorgado para todo el procedimiento y no extingue por el fallecimiento de alguno de los poderdantes, sino que para ello se requiere revocación expresa o tácita designando otro apoderado. Pero si es el apoderado quien muere debe reemplazarse para poder continuar con el procedimiento.

-Exención de apoderado: según el inc 2 del art 10 del Decreto 902 de 1988 " cuando el valor de los bienes relictos sea menor de cien mil pesos, no será necesaria la intervención de apoderado. Este valor se incrementará en las fechas y porcentajes establecidos por el art 3 del Decreto 522 de 1988".

Se trata de una exoneración que la ley trae en favor de los interesados y que por lo tanto tiene carácter voluntario, lo que significa que si ellos gustan pueden renunciar a dicho beneficio nombrando un apoderado lo cual garantizaría más sus derechos.

Pero la no necesidad de apoderado es posible solo en las sucesiones de sociedad conyugales, cuyo valor de bienes relictos sea menor de cien mil pesos aumentados en un 40% desde el 10 de Enero de 1990 y aumentándose cada dos años en el mismo porcentaje y en la misma fecha -art 30 Decreto 522 de 1988-.

Por consiguiente, se requerirá abogado cuando el 10 de Junio de 1988 la cuantía sea inferior a cien mil pesos, cuando el 10 de Enero de 1990 la cuantía sea inferior a ciento cuarenta mil pesos, el 10 de Enero de 1992 la cuantía sea inferior a ciento ochenta mil pesos, cuando el 10 de Enero de 1994 la cuantía sea menor de doscientos veinte

mil pesos, etc.

Cuando la norma habla de bienes relictos para determinar la cuantía, debe entenderse no solo los bienes de la sucesión sino también, los de la sociedad conyugal cuando ella existe y considerados estos en forma bruta y no líquida.

Este punto lo ilustra el profesor Lafont Pianetta, cuando nos dice "prescribe la disposición comentada, que la citada cuantía se predica de los bienes relictos" (9).

Sin embargo, somos de la opinión que tal expresión hay que entenderla como bienes de las masas partibles, porque así lo exige la intención y razón de la norma. En efecto con ello se quiso decir que cuando no hay sociedad conyugal, sino solamente bienes del causante o bienes relictos estos no pueden exceder la citada cuantía, para que dicha sucesión quede exonerada de la intervención de apoderado, pero que de igual manera, cuando existen una y otra clase de bienes, la base para establecer la mencionada cuantía son unos y otros bienes de la masa de la sociedad conyugal y de la herencia.

Ahora bien, lo anterior guarda armonía con las razones e

⁹Ibid., p. 249

conómicas, sociales y jurídicas de esta disposición, que fué la de facilitar la partición de sucesiones y sociedades conyugales pequeñas -incluyendo y no excluyendo la sociedad conyugal para efecto de determinación de la cuantía-, sin la intervención de apoderado, y que por su carácter excepcional, tiene una interpretación restrictiva.

De otra parte, también debe anotarse que cuando se habla de bienes, se está significando que en la determinación de la base cuantitativa debe tenerse en cuenta exclusivamente los bienes en su acepción común, esto es, como bienes en su valor bruto, quedando excluidas las deudas que como pasivo puedan afectarlos.

4.2. TERMINACION DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento notarial puede terminar normal o anormalmente.

4.2.1. Terminación normal. Es la que se logra con la perfección de la partición notarial, o sea con la escritura pública de partición debidamente extendida, otorgada y autorizada por el notario, y con el subsiguiente registro y protocolización de la misma, sin perjuicio de la partición adicional del caso.

4.2.2. Terminación anormal. Esta no satisface el objetivo del trámite notarial por no concluir en la partición. Entre las causas de terminación anormal del trámite notarial tenemos: el desistimiento, la transacción, la frustración o dar fenecimiento, la iniciación del proceso de sucesión y la improcedencia notarial.

4.2.2.1. Desistimiento o renuncia. Consiste en la determinación de no proseguir con el procedimiento. Este desistimiento puede ser expreso o tácito.

-Expreso: ocurre cuando se exterioriza la voluntad de no continuar o dar por terminada la actuación notarial, renunciando a la facultad sustancial de la promoción y continuación del trámite que se adelanta.

Para que pueda hablarse de desistimiento se requiere que este sea adoptado de común acuerdo por los legitimados para promover y sostener el procedimiento, sean los solicitantes iniciales o los intervinientes posteriores, porque sólo ellos, en virtud de dicha legitimación están facultados para determinar la suerte del procedimiento, esto es, si se inicia o no, y una vez iniciado, si se concluye normalmente o no.

Si no se cumple lo anterior, no puede hablarse de un au

téntico desistimiento, cuyo efecto sea el de dar por terminado pacíficamente la actuación. Pero en cambio, puede acarrear la terminación del trámite notarial, por otro motivo por desacuerdo, como cuando desisten unos y otros no, y por la iniciación de un proceso de sucesión por cualquiera de ellos.

El desistimiento debe presentarse dentro del trámite notarial, es decir a partir de la admisión de la solicitud o hasta la suscripción de la escritura pública de partición luego de lo cual no procede.

El desistimiento debe constar por escrito, en el cual se manifiesta al notario encargado del trámite, la voluntad de darlo por terminado y que se comuniqué ello a la Superintendencia devolviéndoles la actuación.

El apoderado debe estar expresamente facultado para desistir, pues la simple facultad general para representar a los solicitantes en la partición general se encuentra dirigida únicamente para desarrollarla en las condiciones legales, dentro de las cuales no se encuentra comprendida la de desistir el trámite, tal como acontece con los poderes judiciales -art 70 código de procedimiento civil-, y la renuncia de derechos -arts 2158 inc 2 código civil- .

Lo pueden hacer directamente los interesados cuando aquel carezca de esa facultad o no quiera ejercerla sin que para ello se requiera nuevo apoderado porque no se trata de un acto de iniciación, continuación o conclusión notarial, sino de terminación por extinción del interés procedimental, que como el otorgamiento y revocación del poder, es eminentemente personal.

-Tácito: es aquel comportamiento o conducta que los legitimados para partir que revelan inequívocamente la voluntad de no hacer la partición y desistir de ella. Esto se presenta con el vencimiento de la oportunidad partitiva y otros casos.

La oportunidad para efectuar la partición está establecida por el art 6 del Decreto 902 de 1988, que dice:

Si transcurrido dos meses a partir de la fecha en que según el numeral 3 del art 3 del presente decreto, deba otorgarse la escritura pública y, esta no hubiese sido suscrita, se considerará que los interesados han desistido de la solicitud de liquidación notarial.

En este caso, el notario dará por terminada la actuación y dejará constancia de ello, debiendo los interesados si existe acuerdo unánime, iniciar nueva actuación.

Este plazo de dos meses se computa como el calendario, es decir a partir del día siguiente del vencimiento del plazo especial de comparecencia. Luego primero viene el pla

zo de 10 días hábiles de comparecencia de los terceros interesados y, en seguida viene el cómputo del mencionado plazo de dos meses calendario para el otorgamiento de la escritura.

Pero dicho plazo tiene una naturaleza legal especial pues consagra una presunción legal de desistimiento, el cual o puede desvirtuarse por los interesados quienes pueden expresar al notario la intención de prorrogarlo y si este acepta no hay irregularidad en que ello se haga.

También existe desistimiento tácito cuando no se ha suscrito o se ha suscrito incompletamente la escritura pública que contiene la partición sucesoral, lo que ha de presentarse dentro del plazo legal o el debidamente prorrogado. Luego, si vencido el plazo de dos meses faltan algunos legitimados por suscribir la escritura, se presenta el desistimiento tácito, a menos que haya prórroga, y si la imperfección en la suscripción continúa, aquel se configura; igualmente existe desistimiento tácito con el retiro o destrucción voluntaria de la solicitud o documentación y cuando el poder es revocado y no se procede a nombrar apoderado sustituto.

En los anteriores eventos de desistimiento tácito la disposición exige que se deja constancia del mismo, lo que

implica una decisión declaratoria al respecto y consecuentemente la terminación de la actuación con la orden de devolución del expediente y su comunicación a la Superintendencia de Notariado y registro.

4.2.2.2. Transacción. También es un medio para terminar anormalmente el trámite notarial.

La procedencia de la transacción se fundamenta en que el trámite siendo fruto de un derecho sustancial del procedimiento notarial, puede ser objeto de transacción por los interesados para solucionar las diferencias que se han presentado ante notario, renunciando al trámite notarial que se está adelantando y obligándose de mutuo acuerdo a acudir al proceso de sucesión respectivo.

La transacción al igual que el desistimiento solo pueden efectuarla los legitimados en la promoción del procedimiento, debiendo darse expresamente en escrito al efecto y debiendo hacerse dentro del trámite notarial como se dijo, para el desistimiento.

Igualmente, la transacción debe ser declarada por el notario, informando a la Superintendencia de Notariado y registro, y devolviendo la actuación a los interesados.

4.2.2.3. Frustración o fenecimiento. Es la forma especial y usual de terminación del procedimiento. A diferencia del desistimiento y la transacción aquella no es una forma de terminación directamente querida, sino indirectamente deseada.

Se encuentra regulado en el Decreto 902 de 1988 cuando en el art 3 num 7 dispone que "si durante el trámite de la liquidación surgiere desacuerdo los interesados que hayan concurrido a solicitarla o intervenido posteriormente, el notario dará por terminada la actuación y devolverá el expediente".

Los desacuerdos que frustran el trámite no solo se refieren a los que surjan entre los legitimados para promover y sostener el procedimiento, como son el cónyuge, los herederos, y los legatarios, sino también los demás interesados sucesorales propios -asignatarios de alimentos forzosos- o impropios -acreedores, socios, comuneros, albacea-. Luego basta que uno solo de cualquiera de ellos, desienta para que haya desacuerdo.

El desacuerdo puede recaer sobre todos o algunos de los aspectos que requieran el consenso para el desarrollo general del trámite. Luego puede referirse al trámite notarial como cuando hay diferencias en que sea este o el

proceso de sucesión, que se haga en una o en otra notaría, que sea ahora o después, o a los aspectos del inventario y avalúo y el trabajo de partición, como los relativos a inclusión o exclusión de bienes, deudas, donaciones, herederos, legatarios, titular de porción conyugal, acreedores, deudores etc.

El motivo del desacuerdo puede ser legal, económico, social, familiar, afectivo etc, e inclusive puede obedecer a un mero capricho, pues la ley no restringe la libertad negocial en este aspecto.

Por tanto, el motivo puede ser fundado e infundado, sin que esto incida en su exigencia, pues siempre habrá que admitirse y sin que, salvo excepciones, de lugar a responsabilidad alguna.

El desacuerdo además, debe encontrarse perfeccionado, es decir debe exteriorizarse de manera notoria e inequívoca, dentro del trámite y puesto en reconocimiento de las demás partes e interesados, a fin de que estos asuman una actitud de aceptación o de rechazo.

Y solamente cuando estos últimos se oponen se presenta un principio de desacuerdo, que adquiere carácter definitivo y perfecto cuando no ha habido manifestación expresa o tá

cita de una posibilidad de solución.

4.2.2.4. Proceso de sucesión. Es una causal de terminación anormal del procedimiento notarial consagrada en el art 10 del Decreto 902 de 1988 cuando dice que:

Si antes de otorgarse la escritura de que tratan los numerales 3 y 5 del art 3 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 este dar por terminada o la actuación y enviarlo al juez ante el cual, se estuviere adelantando dicho proceso.

El proceso de sucesión puede haberse iniciado después del trámite notarial, que es lo usual en esta causal, y también pudo haberse iniciado antes. En efecto, en este último caso lo normal es que el trámite notarial sea improcedente y no se adelante, o de hacerlo el notario no lo admita; pero en el evento que lo adelante, debe entenderse irregular esta actuación y por tanto improcedente, susceptible de terminarse por la causal comentada.

Se entiende iniciado un proceso cuando ha quedado en firme el auto de apertura del mismo, pues antes no se ha trabado la relación jurídico procesal porque la demanda puede activarse o el auto de apertura puede ser revocado en virtud de los recursos interpuestos.

Con mayor razón tampoco se da este requisito cuando tan sólo se ha solicitado o practicado medidas cautelares o preparatorias judiciales, las que normalmente son compatibles con el trámite notarial, pero que en su invocación o desarrollo pueden ser motivos de desacuerdos, caso en el cual serán estos los motivos de terminación notarial, y no la del proceso de sucesión iniciado.

Pero no basta la iniciación del proceso sino que es indispensable que tenga vigencia, pues si se ha declarado nulo, la causal extintiva ya no existe, y si aquel ha concluido, tampoco funciona la causal, pero puede darse por terminada la actuación por improcedencia.

Pero la sola iniciación del proceso de sucesión no pone fin de pleno derecho al trámite notarial, sino que constituye una causal para ser declarada por el notario, en quién previa comprobación de la causal -mediante la certificación judicial de la existencia del proceso de sucesión art 116 código de procedimiento civil-, deberá declarar de plano la terminación del trámite sin que sea necesario que previamente, ponga en conocimiento de los interesados la iniciación del proceso de sucesión.

4.2.2.5. Improcedencia notarial. Es aquel fenómeno que obstruye el trámite notarial y que generalmente conlleva

la inadmisión de la solicitud del mismo, pero que a pesar de omitirse lo anterior conlleva a la terminación del trámite durante cualquier estado de su desarrollo.

Dentro de las causas de improcedencia del trámite notarial tenemos unas iniciales y otras sobrevinientes. Las primeras se dan desde la presentación de la solicitud y se refieren a los elementos de la sucesión -causante, herencia y sociedad conyugal, asignatarios-, y al régimen de la partición, es decir, la no muerte del causante, la no titularidad de bienes, pacto de indivisión, etc.

Las condiciones sobrevinientes de improcedibilidad se presentan por la pérdida de las condiciones iniciales, como las pérdidas en la unidad del trámite, -con la iniciación de otro trámite respecto de la misma sucesión-, las de titularidad del derecho del legitimado -por cesión manifiesta-, capacidad en ellos -interdicción por demencia-, o en sus sucesores -herederos menores de edad-, apoderado -renuncia o revocación del poder al apoderado, sin haberse sustituido-, pruebas -cancelación del registro civil, revocación del testamento, aparición de un testamento donde haya partición o designe partidor testamentario-.

Una vez demostrada la causal de improcedencia el notario de oficio o a petición de cualquier interesado o tercero,

procederá mediante escrito a declarar la terminación del trámite comunicando dicha medida a la Superintendencia y devolviendo la actuación a los interesados.

5. CONCLUSIONES

Indudablemente con la expedición del Decreto 902 de 1988, vigente a partir del 19 de Junio del mismo año, nuestra legislación ofrece a los interesados además del proceso de sucesión tramitado ante un juez de la República, la utilización de un procedimiento más expedito, ágil y dinámico para obtener las liquidaciones herenciales y sociales cuando todos aquellos sean plenamente capaces, procedan de consenso y realicen la solicitud con el lleno de los requisitos establecidos en él mismo, esto último ante notario público.

Del análisis hecho a la normatividad del citado decreto, se desprende que está bien conformado jurídicamente y aun que presenta algunos vacíos estos son llenados con la interpretación sistemática que debe hacerse con las otras normas sustanciales y procesales referentes a la materia.

En cuanto al cumplimiento de la finalidad por la cual fue expedido el decreto, por el cual se autoriza la liquida

ción de sucesiones ante notario, puede decirse que ella está logrando su objetivo, al menos en nuestro medio, donde en lo que va corrido de su vigencia hasta la fecha, se han tramitado más de un centenar de sucesiones las cuales han llegado en su integridad a feliz término, sin presentarse desacuerdos de ninguna índole logrando con ello beneficiar a los interesados quienes de no ser por este procedimiento, estarían aún sometidos a la demorada y atiborrada administración de justicia.

En la medida en que el público en todo el país conozca las ventajas económicas y de tiempo que ofrece el procedimiento notarial, estamos seguros que la utilización de esta vía será mayor, por la cual, al igual que por medio del proceso de sucesión, se garantiza la salvaguarda de los derechos de los interesados y de terceros en la sucesión.

Es de fundamental importancia para estos efectos, la labor de información que sobre los beneficios de este procedimiento brinden a los interesados y público en general, la Superintendencia de Notariado y Registro -a través de boletines, folletos etc-, también los notarios y los mismos jueces, los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho de las diferentes Universidades del país, como también los Abogados, cuando sea viable la

tramitación de la liquidación de la herencia o sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, ante el Notario.

BIBLIOGRAFIA

CASTRO ANGEL, Enrique. Código de Procedimiento Civil. 2 ed. Medellín: Poligráficas, 1990

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. Liquidación de Sucesiones ante Notario. Bogotá: s.e. 1988

HERNANDEZ H, Luis Alberto. Sucesión ante Notario. Bogotá: Jurídica Radad, 1988

LAFONT PIANETTA, Pedro. Participación Sucesoral Notarial. Bogotá: Profesional, 1989

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. 16 ed. Bogotá: Temis 1984

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil: Sucesiones. 6 ed. Bogotá: Temis, 1984

ANEXO. DECRETO 902 DE 1988

Por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas, ante notario público y se dictan otras disposiciones.

Transcribimos algunos de los más importantes artículos de este decreto:

El Presidente de la República, en uso de las facultades que le concede la Ley 30 de 1987 y ofida la Comisión Asesora creada por el art 20 de dicha ley, Decreta:

Art 10: Modificado por el Decreto 1729 de 1989 artículo 10: Podrán liquidarse ante notario público las herencias de cualquier cuantía y las sociedades conyugales, cuando fuere el caso, siempre en que los herederos, legatarios y el cónyuge sobreviviente o los cesionarios de estos, 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 art 30 de este decreto.

Cuando el valor de los bienes relictos sea menor de cien mil pesos*, no será necesaria la intervención de apoderado. El valor señalado se incrementará en las fechas y porcentajes previstos en el art 30 del Decreto 522 de 1988.

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

*A partir del 10 de Enero de 1990, se reajustó el 40% de decreto 522 de 1988

gar hubiere más de un notario, podrá presentar se la solicitud ante cualquiera de ellos, a elección unánime de los interesados.

Parágrafos: al trámite de este decreto también podrá acogerse el heredero único. Código de procedimiento civil art 587 num 2 y 5. Decreto 196 de 1971, art 35

Art 20: Modificado por el Decreto 1729 de 1989, art 20: La solicitud deberá contener: el nombre y vecindad de los peticionarios y la indicación del interés que les 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 considera prestado por la firma de la solicitud que no conocen otros interesados 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 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 superviviente, de legatarios, de cesionarios de derechos herenciales, del albacea, de acreedores, de bienes o de testamento 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.

Art 30: para la liquidación notarial de la herencia y de la sociedad conyugal cuando fuere el caso, se procederá así:

-Los solicitantes presentarán al notario los documentos indicados en el art 588 del código de procedimiento civil, el inventario y avalúo de los bienes, la relación del pasivo de la heren

cia y de la sociedad conyugal si fuere el caso, y el respectivo trabajo de partición o adjudicación, Decreto 2143 de 1974 art 11.

-Modificado por el Decreto 1729 de 1989 art 30: Si la solicitud y la documentación aneja se ajustan 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 fijará por el término de 10 días en sitio visible de la notaría.

Así mismo dará inmediatamente a la oficina de cobranza o a la Administración de impuestos nacionales que corresponda, el aviso que exigen 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 aquel y exigirá la certificación de la radiodifusora, cuando a ello hubiere lugar.

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

-Diez 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 hubiere celebrado a cuerdo de pago con la respectiva autoridad, procederá el notario a extender escritura pública, con la cual quedará solemnizada 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 correspondientes 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 el lleno de los requisitos exigidos por el presente numeral.

-Si después de presentada la solicitud de que trate el art 10 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 interesados. De esta misma manera deberá proceder el notario cuando en alguno de los sucesores sobreviniere una incapacidad.

-Si antes de suscribirse la escritura de que trata el numeral 2 del presente artículo, se presentare otro interesado de los que determina el art 1312 del código civil, deberán rehacerse de común acuerdo, por todos 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.

-Si después de suscrita la mencionada escritura aparecieren nuevos interesados, estos podrán hacer valer ante el juez competente sus derechos, o solicitar al mismo notario, conjuntamente con los que intervinieron en la anterior liquidación, que esta 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 notarial adicional no es necesario repetir la documentación que para la primera se hubiere presentado, ni nuevo emplazamiento.

-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.

-Modificado por el Decreto 1729 de 1989 art 40:
Cuando después de otorgada la escritura pública que pone fin a la liquidación notarial, aparecieren nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal, o cuando se hubiesen dejado de incluir en aquella 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 la 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.

Art 60: si transcurridos dos meses a partir de la fecha en que según el num 3 del art 30 del presente decreto, deba otorgarse la escritura pública y esta no hubiere sido suscrita, se considerará que los interesados han desistido de la solicitud de liquidación notarial. En este caso, el notario dará por terminada la actuación y dejará constancia de ello, debiendo los interesados, si existe acuerdo unánime, iniciar nueva actuación.

Art 70: 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 estos 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.

Art 80: Quién tenga conocimiento de que se están adelantando simultáneamente varias actuaciones notariales para la liquidación de la misma herencia o sociedad conyugal, informará tal cir

cunstancia a los respectivos notarios o a la Superintendencia de Notariado y Registro, para que procedan en la forma que se determina en el artículo anterior.

Art 10: si antes de otorgarse la escritura pública de que tratan los numerales 3 y 5 del art 3º, se hubiere iniciado proceso judicial de sucesión del mismo causante o liquidación de sociedad conyugal y se llevare la respectiva prueba al notario que esté conociendo de ellas, deberá este otorgar por terminada la actuación y enviarla al juez ante el cual se estuviere adelantando dicho proceso.

Art 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

Art 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.

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

Publíquese y Cumplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 10 de Mayo de 1988.

DECRETO 1729 DE 1989

Por el cual, se modifica y adiciona el Decreto-Ley 902 de 1988.

...Art 5º: el notario informará oportunamente a la Superintendencia de Notariado y Registro, cuando se presenten los siguientes casos:

- La devolución de lo actuado a los interesados,
- La iniciación del trámite de liquidaciones adicionales,
- El desistimiento, y
- La terminación de la actuación.

Art 6º: Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación, y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese y Cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 3 de Agosto de 1989.