

Bogotá D.C., 18 de octubre 2013

OAJ - 3995

CN - 002

EE - 029293

Doctor

Germán Arrubla Cubillos

TP.15249 CSJ

German_arrubla@yahoo.com

Vía Correo Electrónico

Ciudad

Referencia: Escrito radicado con el número ER-045297. **Competencia de los actos relacionados con personas en estado de discapacidad mental.**

Señor Arrubla Cubillos:

Me refiero a la consulta citada en la referencia, en virtud de los hechos que expone a continuación:

- Se ha presentado ante la Notaría para la solicitud de consignar una nota marginal del nuevo Curador designado por la madre del interdicto en su testamento, pero la Notaría le contesto que debe acudir es al Juzgado de Familia donde se lleva a cabo el proceso de interdicción.

Usted manifiesta en su escrito que se está ignorando el cumplimiento de la Ley 1306 2009 y solicita de este Derecho de Petición se le resuelva el caso objeto de consulta y se acceda a consignar dicha anotación.

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica.

(Prima la designación testamentaria pero el juez es el que da el aval).

Una vez leída la Ley 1306 del 2009, encontramos que con esta clase de normatividad se busca proteger en todos los aspectos a las personas que se encuentran en estado discapacidad mental, tanto es así que busca incluir al incapaz en la sociedad, a través de la figura de guardador (como es el caso



de la consulta), siempre y cuando éste garantice que su gestión sea de manera idónea y diligente, pero si el curador realiza una administración negligente responderá de manera civil, comercial y hasta penal o podrá ser removido de su cargo por el juez de familia.

Las Entidades que intervienen en la protección de las personas con Discapacidad mental son el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los Defensores de Familia (Artículo 6° de la Ley 1306 del 2009)¹ y los jueces de familia, éstos últimos les compete el reconocimiento de guardador y discernimiento del cargo, así lo establece el artículo 655 del Código de Procedimiento Civil, de manera literal esta norma manifiesta lo siguiente:

Artículo 655. Reconocimiento del guardador testamentario y discernimiento del cargo. En los procesos para el reconocimiento de guardador testamentario y discernimiento del cargo, se observarán las siguientes reglas:

1. **Cuando el guardador solicite directamente que se le discierna el cargo, deberá acompañar a la demanda copia auténtica del testamento, la partida de defunción del testador y la prueba de la incapacidad del pupilo, y cuando fuere el caso, la de que no se halla bajo patria potestad. Si la prueba es suficiente, se prescindirá del término probatorio y se pronunciará sentencia que lo reconozca, en la cual se le señalará caución en los casos previstos en el Código Civil y término para prestarla.**

2. **Prestada la caución, el juez discernirá el cargo y fijará fecha y hora para entregar al guardador los bienes del pupilo por inventario, en el que se incluirán las cosas que bajo juramento denuncie el solicitante o el ministerio público.**

¹ **Artículo 18.** Protección de estas Personas. "Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia, prestar asistencia personal y jurídica a los sujetos con discapacidad mental absoluta de cualquier edad, de oficio o por denuncia que cualquier persona haga ante la Entidad. El funcionario del ICBF o cualquier otro ciudadano que reciba noticia o denuncia sobre alguna persona con discapacidad mental absoluta que requiera asistencia, deberá informar inmediatamente al Defensor de Familia, a efectos de que este proceda a tomar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos o a interponer las acciones judiciales pertinentes. PARÁGRAFO. Las normas sobre vulneración de los derechos, procedimientos y medidas de restablecimiento de los derechos contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, serán aplicables a las personas con discapacidad mental absoluta, en cuanto sea pertinente y adecuado a la situación de estas".

3. Cuando ocurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo **807** del Código Civil, el juez nombrará al menor el guardador interino de que allí se trata.

4. El menor adulto, podrá pedir con autorización de abogado inscrito, que se requiera al guardador para que se manifieste si acepta el cargo, y así lo ordenará el juez y le señalará el término de que trata el artículo **807** del Código Civil. Si el guardador presenta dentro de dicho término excusa o alega inhabilidad, se tramitará incidente, con intervención del ministerio público.

Si el guardador acepta el cargo, se procederá como indican los numerales anteriores. (Negrillas fuera de texto)

De lo expuesto se determina, que a través de un proceso de jurisdicción voluntaria ante un juez de familia se requiere tramitar el **reconocimiento del guardador testamentario y discernimiento del cargo**, en este proceso lo que se busca es verificar la voluntad del testador y designar al nuevo guardador, tanto es así, que dentro de uno de los requisitos que debe aportar el Guardador es aportar la copia auténtica del testamento, la partida de defunción del testador y la prueba de incapacidad de la persona que se va a someter a la guarda. Una vez su cumplan con estos requisitos, se preste la caución y el guardador acepte, se le entregarán los bienes del pupilo para que ejerza su administración.

La Ley 1306 del 2009 establece los requisitos para asumir el cargo de guardador y tanto es la importancia de ejercer este cargo que se debe constituir y aprobar una garantía para su gestión y posesión del mismo ante el juez de familia del lugar de residencia de la persona incapaz y no ante las Notarías. Así lo establece de manera literal los siguientes artículos:

Artículo 81. *Requisitos relacionados con el guardador. Para asumir el cargo de guardador se requiere:*

1. La **constitución y aprobación de la garantía por parte del guardador;**



2. La **posesión del guardador ante el juez**. (Negrillas fuera de texto)

Artículo 85. Posesión. Los guardadores principales y sus suplentes se posesionarán de su cargo ante el juez y se comprometerán a cumplir fielmente con sus deberes. El juez procurará posesionarlos en una sola diligencia.

(Negrilla y Subrayado fuera de texto)

De manera enunciativa citaremos algunas de las obligaciones que establece la Ley 1306 2009, por parte del guardador, para ejercer su administración:

- Constitución del Inventario que contendrá una relación detallada de los bienes del interdicto (Artículo 86);
- Actos prohibidos del Guardador (Artículo 92);
- Rendir un informe sobre la situación del inhábil y de la gestión del guardador. (Artículo 104);
- Cuando el Juez lo considere pertinente podrá solicitar una rendición anticipada de cuentas (Artículo 105);
- Responsabilidad de los Guardadores (Artículo 107);
- Terminación de las Guardas y Acción de Remoción (Artículos 111 y 112).

De acuerdo a lo que solicita en su escrito es importante informarle que los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responden de la regularidad formal de los instrumentos (artículos 8º y 9º)²; además, son

²Artículo 8. "Los Notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones, y responsables conforme a la Ley.

responsables civilmente de los perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del mismo (artículos 195 y 196)³. Por esta razón, nosotros como Superintendencia de Notariado y Registro sólo impartimos instrucciones, en el ejercicio de la facultad de orientación que la ley atribuye en la materia relacionada con el servicio público de notariado, no ejercemos la función de notario directamente, sin embargo, compartimos lo que le manifiesta el Notario de acuerdo a lo consultado, en el sentido que debe acudir a la vía jurisdiccional y no notarial por los argumentos expuestos.

En síntesis, y de acuerdo a lo consultado, el Guardador designado por testamento debe acudir ante el Juez de Familia para que éste de el aval, aportando la copia auténtica del testamento y el Juez verificará de manera solemne la voluntad del testador y entre otros requisitos ya mencionados.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; solamente constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido en los artículos 26⁴ del Código Civil y 28⁵ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: <http://www.supernotariado.gov.co/supernotariado/> en el link de

Artículo 9. Los Notarios responden de la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, pero no de la veracidad de las declaraciones de los interesados; tampoco responden de la capacidad o aptitud legal de estos para celebrar el acto o contrato respectivo".

³**Artículo 195.** "Los Notarios son responsables civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo de la prestación del mismo.

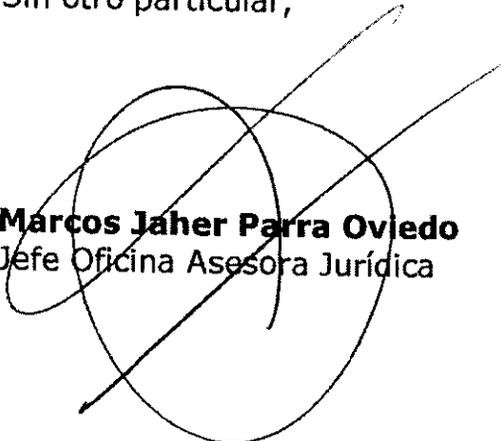
Artículo 196. Cuando se trate de irregularidades que le sean imputables, el Notario responderá de los daños causados siempre que aquellas sean subsanables a su costa por los medios y en los casos previstos en el presente Decreto".

⁴"Los jueces y los funcionarios públicos en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares. Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina".

⁵ **Artículo 28:** "Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución".(Subrayado fuera de texto)

normatividad. Ahí encontrará jurisprudencia y doctrina sobre el servicio de notariado, en particular los conceptos emitidos por esta Entidad.

Sin otro particular,



Marcos Jaher Parra Oviedo
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Consulta de Germán Arrubla Cubillos

Revisó: Janeth Díaz Cervantes - GJN
Proyectó: Patricia Manrique Urzola.

a