

La legitimación en la causa por pasiva en los procesos de responsabilidad del Estado por la
falla en la prestación del servicio notarial - un caso de incoherencia jurisprudencial, en el
periodo 1997 - 2015

Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez
Gustavo Andrés Rojas Pereira

Universidad del Cauca en convenio con la Universidad de Nariño
Maestría en Derecho Administrativo
San Juan de Pasto, agosto de 2017

La legitimación en la causa por pasiva en los procesos de responsabilidad del Estado por la
falla en la prestación del servicio notarial - un caso de incoherencia jurisprudencial, en el
periodo 1997 - 2015

Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez
Gustavo Andrés Rojas Pereira

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo

Director de tesis: Dr. John Jairo Muñoz Palacios

Universidad del Cauca en convenio con la Universidad de Nariño
Maestría en Derecho Administrativo
San Juan de Pasto, agosto de 2017

Resumen

El presente trabajo ofrece un estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado que existe sobre la legitimación en la causa por pasiva en los procesos de responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial. Se analizan los conceptos determinantes sobre responsabilidad extracontractual, si las situaciones jurídicas planteadas son o no constitutivas de violación al derecho fundamental al efectivo acceso a la administración de justicia.

Igualmente se examina la naturaleza de la función notarial y de sus agentes “el notario” para finalmente indagar los diferentes pronunciamientos disimiles del máximo organismo de cierre de lo contencioso administrativo que generan el “*limbo jurídico*” actual. Bajo ese contexto se construye una línea jurisprudencial utilizando la metodología de Diego Eduardo López Medina en su obra “*El Derecho de los Jueces*” y desde una posición crítica y reflexiva plantear una propuesta jurídica de solución que responde al problema jurídico expuesto.



Agradecimientos

Nos complace enormemente a través de este trabajo de grado exteriorizar nuestro más sincero agradecimiento a las Facultades de Derecho de la Universidad del Cauca y la Universidad de Nariño, a sus distinguidos directivos y docentes, quienes han puesto en las aulas su profesionalismo y ética, enrumbando con sus conocimientos a cada uno de los que acudimos, en el camino indicado para ser personas con valores humanos y profesionales útiles a la sociedad.

Al Doctor John Jairo Muñoz Palacios, nuestro director de tesis, quien con su conocimiento y experiencia ha sido guía idónea, durante el proceso que ha llevado realizar este trabajo de grado, nos han brindado el tiempo necesario, así como la orientación técnico - jurídica para que este anhelo llegue a ser felizmente culminado.

De la misma manera, al Doctor Jorge Enrique Ayala Caldas, Coordinador de la Maestría, quien con su conocimiento, disposición y colaboración ha sido un apoyo fundamental para alcanzar nuestro objetivo.

Dedicatorias

Este trabajo de grado está dedicado a Dios, por indicarme el camino y guiarme por la senda adecuada, por darme la vida a través de mis queridos padres, quienes con mucho cariño, amor y ejemplo han hecho de mí una persona con valores para poder desenvolverme como: esposo, padre y profesional.

A mi Esposa Jenny y mis hijos, que han estado a mi lado dándome cariño, confianza y apoyo incondicional para seguir adelante para cumplir otra etapa en mi vida, ellos que son el motivo y la razón que me ha llevado a seguir superándome día a día, para alcanzar mis más apreciados ideales de superación, fueron quienes en los momentos más difíciles me dieron su amor y comprensión para poderlos superar, quiero también dejar a cada uno de ellos una enseñanza que cuando se quiere alcanzar algo en la vida, no hay tiempo ni obstáculo que lo impida para poderlo lograr.

Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez

A mi Señora Adriana Margarita y a mi hija adorada María Isabel. Son mi vida entera y razón de ser de todo esfuerzo.

A mis padres y hermanos a quienes respeto, admiro y llevo en lo más profundo de mi corazón.

*A mis tíos Luis Anibal y Marujita de quienes siempre he recibido el amor más sincero.
Yo también los adoro.*

Gustavo Andrés Rojas Pereira

Índice temático.

Página

Introducción

Tabla de contenido.

Capítulo I

La responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio notarial
y el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.....14

1.1. Conceptos sobre responsabilidad extracontractual del Estado y el
derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.....14

1.2. La actividad notarial, una modalidad de la descentralización
administrativa por colaboración. El notario, como agente en la
prestación de la función notarial.....23

1.3. El sistema notarial en el contexto colombiano.....30

Capitulo II

La prestación del servicio notarial como causante de daño
y responsabilidad extracontractual del Estado.....39

2.1. Análisis de la línea jurisprudencial en los casos de legitimación en la
causa por pasiva en el ejercicio de la prestación del servicio notarial
en el periodo 1997 a 2015.....42

2.2. La falta de legitimación en la causa por pasiva en las demandas de

reparación directa por falla del servicio notarial cuando se niegan las pretensiones son una vulneración al derecho de acceso a la administración de justicia.....	52
2.3. Posición reflexiva frente a la legitimación en la causa por pasiva, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por la función notarial.....	
	56
Conclusiones.....	65
Sentencias Consejo de Estado.....	69
Sentencias Corte Constitucional.....	72
Fuentes formales.....	73
Bibliografía.....	75
Anexos.	
Tabla de gráficas.	
Grafica No. 1 – grafica Línea Jurisprudencial.....	81
Grafica No. 2 – clasificación de Sentencias Línea Jurisprudencial.....	82
Tabla de fichas técnicas de análisis de sentencias.	
Ficha No. 1 - sentencia 11464 del 22 de octubre de 1997.....	82
Ficha No. 2 - sentencia 13248 del 1 de agosto de 2002.....	86
Ficha No. 3 - sentencia 14782 del 7 de diciembre de 2004.....	90
Ficha No. 4 - sentencia 1601 del 19 de octubre de 2011.....	94
Ficha No. 5 - sentencia 21692 del 9 de mayo de 2012.....	100
Ficha No. 6 - sentencia 33401 del 23 de julio de 2014.....	103
Ficha No. 7 - sentencia 34248 del 10 de agosto de 2015.....	107

Introducción

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo cambia de posición, pero también de parecer. La rapidez de estos cambios crea un panorama de inestabilidad propio de un sistema en el cual la decisión más importante no es aquella que sienta de manera durable un principio jurídico, sino la más reciente.”¹. (Garzon, 2013).

En efecto, una situación que se ha tornado compleja en la práctica contencioso administrativa es la indefinición jurisprudencial relacionada con la responsabilidad extracontractual, administrativa y patrimonial derivada de prestación del servicio público notarial, particularmente el atinente a la definición de qué entidades o personas son las llamadas a responder (*legitimados en la causa por pasiva*), en el evento de que existiera falla en el servicio con ocasión del ejercicio notarial.

No son pocos los casos que se presentan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde los accionantes se encuentran con el problema de definir la parte demandada cuando se pretende buscar el resarcimiento de daños ocasionados por la falla en la actividad de los notarios, dicha problemática se encuentra dada por los disímiles pronunciamientos que el Consejo de Estado ha proferido en el periodo 1997 a 2015.

Muchas de las sentencias que se han proferido por parte de los jueces administrativos deniegan las pretensiones de los demandantes, sin entrar a siquiera discutir el problema de fondo planteado relacionado con la falla del servicio notarial, con fundamento en criterios disímiles de la jurisprudencia, que no existe, en uno u otro caso, vínculo normativo que permita derivar responsabilidad administrativa de quien el actor invocó como demandado, situación ésta que puede conducir a la violación de derechos fundamentales como sería el de

¹ El Doctor Andrés Fernando Ospina Garzón, evidencia aquí una realidad digna de atención en el contexto de la emisión de la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado que pone en riesgo el principio de igualdad ante la ley al que alude el párrafo 3 del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

acceso a la administración de justicia y el derecho a la igualdad en los términos antes expuestos.

De ésta manera, la elaboración de una línea jurisprudencial se convierte en un mecanismo adecuado para analizar las decisiones del Consejo de Estado en Colombia, en el periodo comprendido entre los años 1997 a 2015, controversia que gira alrededor de la determinación de la entidad o persona responsable de la falla en el servicio con ocasión de la prestación del servicio público de la fe pública, ocasionada por los criterios diferenciales sobre el contenido, ya sea de la constitución o de la ley que regula la actividad notarial; sin que exista hasta la fecha un pronunciamiento de unificación al respecto.

Para el planteamiento del problema *prima facie* se identifican como posibles legitimados en la causa por pasiva, de manera individual o solidaria, para responder por los daños ocasionados derivados de la falla del servicio notarial, las siguientes entidades o personas:

- La Nación colombiana.
- El Ministerio de Justicia.
- La Superintendencia de Notariado y Registro.
- El notario.

Corresponde entonces identificar en la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, el significado y alcance de la actividad notarial en Colombia al tiempo de identificar cuáles son las líneas argumentativas desplegadas por la magistratura contencioso administrativa que permitan establecer cuál o cuáles de las entidades y personas mencionadas son los legitimados por pasiva para responder de manera individual o solidaria por los daños ocasionados a los usuarios del servicio notarial en Colombia cuando se presenta una falla en la prestación del mismo.

Cabe destacar que dentro del concepto de responsabilidad extracontractual el Estado no es un asegurador general obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, por lo cual es preciso identificar en la línea jurisprudencial cuándo la justicia administrativa - sin soslayar la

constitución, la ley sustantiva y la misma jurisprudencia - debe establecer quién o quiénes son los agentes a quienes se imputa el deber reparador.

En consecuencia es necesario precisar, criterios diáfanos que permitan, tanto a los operadores judiciales como a los diferentes usuarios del sistema judicial, identificar los agentes a quienes se atribuye el deber de reparar los daños ocasionados con ocasión de la falla en el servicio notarial, destacando que a la fecha los pronunciamientos de jueces administrativos deniegan las pretensiones de los demandantes, sin entrar a siquiera discutir el problema de fondo planteado relacionado con la falla del servicio notarial, argumentando con fundamento en los criterios jurisprudenciales, que no existe, en uno u otro caso, vínculo normativo que permita derivar responsabilidad administrativa de quien el actor invocó como demandado, situación ésta que se constituye en la violación de los derechos fundamentales al acceso efectivo a la administración de justicia.

El diseño jurisprudencial en torno al problema planteado también es útil a la hora de establecer si, en torno a la legitimación en la causa por pasiva, es posible la concurrencia de agentes en calidad de responsables solidarios, o si por el contrario la responsabilidad se predica única y exclusivamente de una sola persona, ya sea exclusiva del notario, o de la nación o de la Superintendencia de Notariado y Registro.

El análisis sobre la línea permitirá además identificar si existen cambios jurisprudenciales relevantes donde se pueda identificar criterios diferenciales en torno al problema planteado, cuáles de ellas son confirmatorias, es decir se limitan a mantener en firme las consideraciones jurídicas ya analizadas por el juez en el pasado, creando así el precedente jurisprudencial, o se ha proferido una sentencia de unificación que en materia de lo contencioso administrativo tiene particular relevancia.

Para efectos del presente ejercicio investigativo se ha formulado el siguiente postulado como pregunta de investigación:

¿La ausencia de una postura unificada del Consejo de Estado frente a la legitimación en la causa por pasiva, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por la función notarial, vulnera el derecho fundamental a la administración de justicia en términos de eficacia, análisis del periodo 1997 – 2015?

Los objetivos de esta investigación se encaminan a la construcción de la línea jurisprudencial, y realizar sobre ella el análisis en las decisiones del Consejo de Estado en Colombia en el periodo comprendido entre los años 1997 a 2015, en torno al problema jurídico relacionado con la determinación de la entidad o persona responsable por pasiva, en los casos donde se cuestiona la responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio notarial en el marco de la aplicación de la figura de la descentralización por colaboración.

Así mismo, se pretende distinguir los criterios jurisprudenciales que permitan precisar la legitimación en la causa por pasiva en las conductas de los notarios que generan responsabilidad del Estado con ocasión del ejercicio de sus funciones; identificar las entidades que representan a la nación y establecer si bajo estos pronunciamientos disímiles se genera la violación al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

La configuración de la línea jurisprudencial a desarrollar en el trabajo de grado, se realizará desde un enfoque analítico, reflexivo y crítico, que permitirá determinar cuál es la tendencia del Consejo de Estado en su jurisprudencia hacia las diferentes entidades que intervienen en la prestación del servicio público notarial y del notario como agente del mismo, considerando de vital importancia este asunto porque, de acuerdo con el resultado que se obtenga del análisis de la tendencia de la jurisprudencia, se podrá conocer una postura que se constituya en un aporte a la comunidad jurídica y sociedad en general para la construcción de seguridad jurídica y la garantía efectiva de acceder al derecho a la administración de justicia.

Debido a la importancia jurídica del asunto objeto de análisis, se abordarán los criterios constitucionales, legales, conceptuales y doctrinales que permitan conocer en contexto el alcance de la función notarial y las responsabilidades por las actuaciones dentro de la función administrativa. Finalmente, se pretende formular una propuesta sobre la que, con fundamento

en todo el marco teórico a desarrollar, cuál debería ser el camino que tome el Consejo de Estado en sus próximas providencias sobre este mismo problema jurídico.

Metodológicamente se abordará un tipo de investigación cualitativa, con interpretación hermenéutica de fuentes jurisprudenciales, específicamente a través de la construcción de la línea jurisprudencial con base en el estudio del universo de sentencias proferidas por el Consejo de Estado, sección tercera en el periodo 1997 a 2015 relacionado con la legitimación en la causa por pasiva dentro de los procesos de reparación directa por la falla en el servicio notarial.

Este estudio reviste gran relevancia y se constituirá en un aporte para los diferentes actores de la comunidad jurídica, desde los operadores judiciales y depositarios de la fe pública, pasando por la comunidad académica y finalizando con la protección de los derechos de los usuarios por la utilización del servicio notarial al esclarecer la incoherencia jurisprudencial del Consejo de Estado que ha generado una evidente tensión judicial no conocida que impacta necesariamente en la posibilidad de acceder de manera eficaz al derecho fundamental a la administración de justicia y lograr así determinar la responsabilidad del Estado frente a la falla de un servicio público a cargo de un particular.

No obstante no ser una problemática de dominio público, no deja de ser menos trascendente dentro del ejercicio administrativo, ya que se vienen generando múltiples debates jurídicos, que obliga a la construcción de criterios jurisprudenciales definidos para garantizar el reconocimiento de los derechos de los demandantes cuando son vulnerados por el ejercicio de este servicio público. Para el caso específico, los pronunciamientos jurisprudenciales brindan una protección a todas luces injustificada al Estado como “*blanco*” de la responsabilidad extracontractual ocasionando inseguridad jurídica en contravía de los preceptos que rige todo Estado social de derecho.

El ordenamiento jurídico vigente demuestra cada vez más la vocación de la rama judicial de ser el garante para todas las personas y en todos los temas para el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. Este tipo de situaciones generan nuevo

conocimiento respecto de las nuevas controversias que impone la sociedad, y que desde la academia permiten realizar ejercicios jurídicos y propuestas serias encaminadas al planteamiento de alternativas de solución jurídicamente viables en beneficio de una función pública eficiente en pos del bienestar general de los administrados.

Por las razones expuestas anteriormente, se ha decidido abordar esta temática como trabajo de grado porque no sólo es un asunto actual de gran interés, sino que además está representando todo un reto para los operadores jurídicos que interpretan las normativas vigentes, aplicando aspectos puramente formales que conllevan a que las pretensiones de los demandantes ni siquiera sean analizadas y evaluadas de fondo, lo cual obliga necesariamente al ejercicio de nuevas, mejores y más amplias interpretaciones y aplicaciones de las disposiciones que con este tema tengan relación.

Capítulo I

La responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio notarial y el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Para abordar la problemática objeto de estudio es necesario definir los conceptos sobre los cuales gira la controversia y tensión jurídica, originada por las posturas disimiles del Consejo de Estado, partiendo de la responsabilidad extracontractual del Estado aplicada a los notarios derivada de su actuación, quien es la entidad o persona legitimada en la causa por pasiva para responder por el daño causado, y la consecuencia negativa que en la realidad social se está constituyendo en la imposibilidad de acceder a la administración de justicia en términos de eficacia.² (Colombia, 1991).

1.1. Conceptos sobre responsabilidad extracontractual del Estado y el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

El concepto de *responsabilidad extracontractual del Estado* aplicado a la actuación de los notarios, particulares que dentro de su actuación como agentes del Estado pueden causar daños por la prestación a nombre del Estado del servicio público notarial.³ (Vedel, 1980).

Para abordar esta temática se toman dos escenarios; el primero que corresponde al concepto asumido por la Corte Suprema de Justicia y aceptado por el Consejo de Estado, y el segundo los antecedentes y la responsabilidad del Estado bajo el imperio del artículo 90 constitucional⁴. (Colombia, 1991).

² Constitución Política de Colombia. Artículo 229. “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

³ VEDEL, Georges, Derecho administrativo, Biblioteca jurídica Aguilar, sexta edición, 1980, capítulo 4, pags. 269 a 360. *Para efectos del tema a tratarse dentro del derecho administrativo colombiano la responsabilidad del estado o de la potestad pública debe asumirse desde el punto de vista patrimonial como la obligación que tiene la autoridad de indemnizar a las personas a quienes les ha causado daños”.*

⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 90. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”

Siendo así, la corte soporta la responsabilidad extracontractual del Estado en la falla del servicio, donde el factor principal era la falla de la administración como tal y no la culpa personal del agente, siendo este un factor secundario, puesto que el Estado es el llamado a responder y reparar los daños ocasionados a sus administrados por el mal funcionamiento de los servicios públicos.⁵ (Duque, 1984).

En el fallo “tinjaca” proferido por la Corte Suprema de Justicia el 30 de junio de 1962 queda de presente la aplicación de esta teoría, basada en el artículo 2341 del código civil y el 16 de la constitución de 1886⁶. (Colombia C. d., 1886).

El aporte de la Corte Suprema de Justicia fue fundamental frente a la definición de criterios para la responsabilidad del Estado, y aunque en principio la declaró con base en normas preexistentes en este campo, fue evolucionando en su criterio incluyendo principios del derecho privado que permitieron construir el concepto de responsabilidad estatal.

Por su parte, el *Consejo de Estado* declara la responsabilidad estatal a partir del decreto 528 de 1964, mediante el cual se otorga competencia para conocer de las controversias relativas a la administración a la jurisdicción contenciosa administrativa (artículos 20, 28, 30 y 32), excepto en los asuntos privados (artículo 6).⁷ (Consejo de Estado, 1960).

⁵ HOYOS DUQUE, Ricardo. “La Responsabilidad de la Administración Pública”, Editorial Temis. Bogotá 1984. Pág. 66. “*Es deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la constitución; para ello dispone y organiza los llamados servicios públicos, y si como consecuencia bien de un mal funcionamiento del servicio o de su no funcionamiento, o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados*”⁵.

⁶ Constitución de 1886. Artículo 16. “*Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y sus particulares.*”

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P. Francisco Eladio Gómez. 30 de septiembre de 1960). El aspecto fundamental para fundamentar la responsabilidad del Estado son las normas del derecho público, posición que ya se había esbozado incluso antes de la vigencia del decreto 528 con las sentencias del 2 de noviembre y 30 de septiembre de 1960, que hicieron evidente la diferencia entre la responsabilidad del Estado y de los particulares, de la siguiente manera: “... *la responsabilidad del estado no puede ser estudiada y decidida con base a las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo, en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados...*”

Como se puede observar se sustenta la responsabilidad del Estado en el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886, la cual hacía una referencia precisa a los deberes de protección de los derechos de los particulares que debía proveer el Estado. Bajo este criterio y la competencia conferida por el decreto 528 de 1964 la noción de falla del servicio y del deber de reparar los daños causados con fundamento en el ordenamiento constitucional se posiciona con más fuerza.

Por primera vez se solucionan los conflictos con base en la teoría del riesgo y se extiende la cobertura del daño especial, demostrando que la falla del servicio no es el único elemento para determinar la responsabilidad del Estado. v.gr. los pronunciamientos respecto de dos casos donde se pone de manifiesto la teoría del daño especial. El primero hace referencia al periódico El Siglo ocurrido en la ciudad de Pasto, donde en el marco de un estado de sitio, se dicta un decreto de censura de prensa, y en el cual se pone de manifiesto la teoría del daño especial.⁸ (Consejo de Estado , 1947). El segundo caso se refiere al fallo del 23 de mayo de 1973 donde la señora Vitalia Duarte, resultó afectada por la captura del señor Efraín González, que aunque la mencionada no tenía relación con los hechos, el Estado debió indemnizar el perjuicio causado⁹. (Consejo de Estado , 1973).

Con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991 se destaca el avance de la jurisprudencia administrativa en relación a los diferentes regímenes de responsabilidad, y

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (C.P. Gustavo A. Valbuena. 29 de julio de 1947) “*El Estado debe responder, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razones de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla; causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.*”.

Respecto a este caso, el Consejo de Estado resuelve de la siguiente manera: “... debe rechazarse por improcedente la teoría relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivo ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario, ni mucho menos con detrimento de la empresa, y en cambio acójase la del daño especial, en armonía con la responsabilidad sin falta”.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (23 de mayo de 1973). “*La acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionario competente no constituye falla en el servicio y fue, por lo mismo, legítima, pero ella causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a esos hechos, consistente en la destrucción de una casa, propiedad de ese tercero, razón por la cual al Estado corresponde indemnizar el perjuicio causado, lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes, por ello tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la nación*”.

especialmente por lo consagrado en el artículo 90 constitucional que genera un cambio trascendente frente a la responsabilidad del Estado y hace referencia expresa a la responsabilidad “*directa y objetiva del estado*”¹⁰ (Gaceta Constitucional No. 56, 1991).

La normativa mencionada introduce el concepto de daño antijurídico, el cual se define como: “*un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.*”¹¹ (Henao, 1998).

Según lo anterior, la responsabilidad del Estado se basa en el concepto objetivo de antijuricidad, siendo indispensable la existencia de un daño, y no como se consideraba en la teoría subjetiva que lo esencial era el daño antijurídicamente causado.¹² (Gaceta Constitucional No. 56, 1991).

Con la consagración del artículo 90¹³ (Congreso de la República de Colombia, 1991) en la Constitución Política de Colombia la obligación indemnizatoria del Estado logra mayores alcances y cobertura, y se fundamentan las fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, a saber: *la falla del servicio - expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra - el daño especial - el riesgo excepcional - el enriquecimiento injusto - la función legislativa - la función jurisdiccional.*¹⁴ (Jaramillo, 2000).

¹⁰ Gaceta Constitucional No. 56 del 22 de abril de 1991. Ponencia del Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Pág. 14.

¹¹ HENAO, Juan Carlos. El Daño. 1 Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998. Cita. Pág. 771.

¹² Gaceta Constitucional No. 56 del 22 de abril de 1991. “Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares, Ponente. Juan Carlos Esguerra Portocarrero. “*El régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que además incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla en el servicio público”, dentro de la cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el caso de “responsabilidad por daño especial”.*”

¹³ Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 90. “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado por el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.*” (Colombia C. d., <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>, 1991).

¹⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado. El daño antijurídico (Constitución Política. Art. 90) el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Pág. 134. “*El fundamento de la responsabilidad patrimonial descansa en el deber que tiene el Estado de proteger y garantizar la efectividad de los derechos que se reconocen a los administrados, los que no pueden ser vulnerados por daños que lesionen su patrimonio y que*

Respecto al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia nuestro ordenamiento constitucional consagra el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, norma cuyo antecedente proviene de la legislación española como el "derecho a la tutela judicial efectiva" y que fue trasladado a nuestra legislación en el rango de derecho fundamental.¹⁵ (Fernandez, 1994) (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia. Art. 229, 1991) (Colombia C. d., Ley 270 de 1996, 1996).

Para la construcción conceptual de este derecho fundamental es necesario aclarar que se trata del “*acceso efectivo*” a la administración de justicia, para lo cual según los doctrinantes¹⁶ (Mata, 1984) (Burrieza, 1990) (Cenzano, 2003) (Bandres Sanchez-Cruzat, 1992) se debe acudir a la teoría de la acción procesal, de la cual se puede colegir que todo sujeto de derecho, que pueda o no tener la razón desde el punto de vista del derecho sustancial, puede ser escuchado en el proceso. En este orden de ideas esta actuación deja de ser una simple institución teórica o formalista, para convertirse en un derecho fundamental que hace parte esencial del Estado de derecho, pues legitima al proceso judicial como el instrumento efectivo institucionalizado de solución pacífica de controversias.

alteren la igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas; efectos estos que los hace antijurídicos en sí mismos”.

¹⁵ FERNÁNDEZ Martín, J., "el principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario, Evolución y alcance", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, N.º 3, 1994, 860.

Constitución Política de Colombia. Artículo 229. “*Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado*”. Conc. Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Artículo 1. “*ADMINISTRACION DE JUSTICIA. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional*”. Artículo 2. “*ACCESO A LA JUSTICIA. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público*”.

¹⁶ CANO Mata, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional*, Madrid, Edersa, 1984, 13.

FIGUERUELO BURRIEZA. A. *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, P. 25, quien más adelante agrega: "el derecho a un procedimiento que finalice con una sentencia sobre el fondo".

BARTOLOMÉ, C., *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 222. El derecho a la tutela judicial efectiva asegura a toda persona el acceso a jueces y tribunales a fin de obtener una sentencia de fondo que decida sus pretensiones.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992, 101.

Dentro de un proceso judicial se puede distinguir entre el *derecho subjetivo* que se quiere hacer valer (derecho de crédito, derecho a obtener una declaración y condena, etc.) y el derecho a obtener su satisfacción mediante una sentencia judicial. Esta diferencia conceptual fue expuesta por la doctrina italiana a comienzos del siglo XX y fue el punto de partida para dar autonomía al derecho procesal¹⁷ (Melendo, 1959) respecto de otras ramas del derecho.

Desde el punto de vista de las partes, surge una relación entre *el sujeto* (usuario de la justicia) y *el Estado* (administrador de justicia), que puede resumirse así: lesionado el derecho de un individuo, ese derecho se pone en movimiento haciendo legítimo ejercitar una demanda ante el Estado para hacer valer su propio interés privado, aun a costa del sujeto pasivo. De esta concepción emergen dos elementos que caracterizan la noción de derecho de acción: *Su carácter dependiente del derecho sustancial y, su preponderante esencia privada*¹⁸. (Arcila, 2001).

Siendo así, si solo el titular de un derecho subjetivo tiene derecho a acudir a los tribunales, equivaldría a decir que *el acceso a la jurisdicción* está reservado para quien "*tenga la razón*", pero para saber quién tiene la razón se debe tramitar un proceso y emitir una sentencia, por esto, bajo esta tesis, el "*derecho a la acción*" es un *apéndice* del derecho sustancial¹⁹. (Maronini, 2008).

La controversia se dirime al distinguirse entre el derecho que se pretende hacer valer (subjetivo material) y el derecho mediante el cual se hace valer (derecho subjetivo procesal), otorgándole al *derecho de acción* cobrar autonomía, y que toda persona, tiene derecho a acceder al proceso, sea que le asista o no la razón²⁰ (Couture, 1953). Se supera así la tesis de

¹⁷ El día 3 de febrero de 1903 en la Universidad de Bolonia, fecha en la que GIUSEPPE CHIOVENDA pronunció su ensayo "L'azione nel sistema dei diritti", aun cuando para esa época ya los alemanes Windscheid y Muther habían debatido en torno a la acción. S. SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, t. I, Buenos Aires, Ejea, 1959, Pág. 230-231.

¹⁸ RAMÍREZ ARCILA, C., *Derecho procesal*, Bogotá, Librería del Profesional, 2001, 25, y DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., 175.

¹⁹ MARINONI, G., *El derecho fundamental de acción en la constitución brasileña*, Trad. Abraham Luis Vargas, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* N.º 34, 2008, 4.

²⁰ Esta es la teoría de la acción en sentido abstracto. Cfr. COUTURE, E. *Introducción al estudio del proceso civil*, 2 ed., Buenos Aires, Depalma, 1953, 12.

la acción como derecho de contenido concreto que permite a su titular obtener una sentencia favorable, imponiéndose la idea de la acción en sentido abstracto²¹ (Aroca, 2000).

Bajo este esquema, la acción prodiga dos características propias. La primera que se trata de un derecho público por cuanto se ejercita ante el Estado (personificado en el juez), y en segunda instancia es un derecho autónomo respecto del derecho subjetivo que se pretende hacer valer en juicio²² (Peyrano, 1993). No obstante, dentro de este concepto amplio (abstracto) de acción se lo debe entender en dos sentidos: primero como un *"derecho subjetivo procesal de las partes"*²³ (Melendo F. C., 1952) o, segundo como un *"poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión"*²⁴ (Couture, 1953).

De la misma manera, se puede definir el derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia en sentido amplio y en sentido restringido, que impone una obligación al Estado de proveer un medio, y las que entienden que implica garantizar un resultado concreto. Ello equivale a entenderlo en un sentido restringido (cuando se limita a garantizar el acceso al proceso y a los recursos) o en sentido amplio (si además de lo anterior comprende el derecho a obtener una decisión judicial de fondo y a que esta sea ejecutada).

En sentido amplio *"permite al que se considera con algún derecho, acudir a un órgano imparcial del estado, que le atienda, verifique su razón y, si procede, se le haga efectivo"*²⁵ (Gomez, 1994). Por lo tanto, no se agotaría en el acceso a los jueces y tribunales, ni en tramitar ante estos sus pretensiones, ni se "limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también, que el fallo judicial se cumpla y que el

²¹ MONTERO AROCA, J., *El derecho procesal en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, 66.

²² PEYRANO J.W., *El proceso atípico*, Buenos Aires, E.U. Universidad, 1993, 48.

²³ CARNELUTTI, F., *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1952, 316.

²⁴ COUTURE, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., 47.

²⁵ BOTELLO GÓMEZ, B., *Algunas reflexiones sobre el derecho a la tutela jurisdiccional y a un proceso civil sin dilaciones indebidas*, Sevilla, real Academia de Legislación y jurisprudencia, 1994, 11.

recurrente sea repuesto en su derecho y compensado"²⁶ (Mata, El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional, 1984).

Al respecto, Figueruelo Burrieza afirma: el "*derecho a la jurisdicción como instrumento para hacer valer sus derechos y obtener una satisfacción de éstos a través de la decisión judicial*"²⁷ (Burrieza, 1990). También expone esta idea Bartolomé Cenzano, para quien este derecho constituye "*un derecho de contenido amplio que no se agota en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los tribunales de justicia y pueda incoar y defender una pretensión jurídica con igualdad frente a otras partes procesales, agotando todos los medios procesales admisibles; tampoco se limita solo a garantizar la obtención de un fallo sobre el fondo del asunto fundado en derecho; exige también que este se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho íntegramente*"²⁸ (Cenzano, 2003).

A su vez, en su sentido restringido, consiste en "*un derecho fundamental universal, que protege el que todas las situaciones jurídicas puedan ser sometidas a un proceso judicial y que en el mismo los tribunales actúen perfectamente*"²⁹ (Investa, 1995), lo que supone entenderlo como un conjunto de límites a la actividad jurisdiccional, una especie de "*derecho a no padecer resoluciones anómalas, irracionales o arbitrarias, que no garantiza el acierto judicial ni tampoco a una decisión judicial que favorezca la ejecución de la sentencia, o una respuesta de fondo en fase de recurso, ni siquiera una primera respuesta judicial al conflicto planteado por los ciudadanos*"³⁰ (Lara, 2004).

Por esta misma razón no es posible afirmar que sea parte de este derecho fundamental obtener una sentencia favorable, como lo sostuviera la doctrina³¹ (Estevez, 1988), pues además de

²⁶ CANO MATA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional*, Madrid, EDESA, 1984, 13.

²⁷ FIGUERUELO BURRIEZA, A. *El derecho a la tutela judicial efectiva*, ob. cit., p. 25, quien más adelante agrega: "el derecho a un procedimiento que finalice con una sentencia sobre el fondo".

²⁸ BARTOLOMÉ, C., *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 222.

²⁹ BORRAJO INVESTA, I. *El derecho a la tutela judicial y al recurso de amparo*. Bogotá. Editorial Civitas. 1995. P.22.

³⁰ SAEZ LARA, C. *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 29. ob. cit., 14.

³¹ ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. *Introducción al sistema jurídico de la comunidad europea*, Editorial: Ed. PPU., Barcelona (1988) P. 70. Afirma que "*la acción es un derecho concreto, ya que no es el derecho a obtener una*

erróneo sería inconveniente porque colapsaría la tarea del juez ordinario, que no podría realizar sus funciones genuinas y actuaría en la práctica como un tribunal más de la jurisdicción ordinaria, valorando pruebas y aplicando el derecho infraconstitucional al caso concreto³² (Sanchez, 2007).

Obtener una sentencia *de fondo* está condicionada a la existencia de los "*presupuestos procesales*" relacionados con la capacidad (para ser parte y la procesal), la demanda en forma³³, la jurisdicción y competencia del juez, la legitimación en la causa activa y pasiva, así como la ausencia de algún evento capaz de terminar anormalmente el proceso (como la transacción o la declaratoria de perención por inactividad del demandante)³⁴ (Echandia, 2012); y la sentencia *favorable* es resultado de los anteriores elementos, aunados a la existencia real del derecho sustancial alegado (no sometido a condición o plazo), a la acreditación de los hechos en que se funda la pretensión y a que no prospere ninguna de las excepciones ni defensas esgrimidas por el demandado³⁵ (Echandia, 2012).

En nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia se ha inclinado por un concepto de acceso efectivo a la administración de justicia en sentido amplio que permite: "*acudir a la administración de justicia para la resolución de los conflictos particulares o para la defensa del ordenamiento jurídico*"³⁶ (Corte Constitucional, C-1083/2005., 2005), poniendo de relieve "*que las decisiones que se tomen en ejercicio de éste deber constitucional, deben ser igualmente eficaces, es decir, que las mismas deben contener una resolución clara, cierta, motivada y jurídica de los asuntos que generaron su expedición*"³⁷ (Corte Constitucional, 2006).

sentencia cualquiera sobre el fondo, sino a obtener una sentencia favorable, es decir a obtener la tutela jurídica solicitada".

³² ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al derecho procesal*, 3 ed., Madrid, Marcial Pons, 2007, 119.

³³ Esto es, que la demanda no sea confusa o imprecisa de tal forma que impida al juez saber lo que se pretende.

³⁴ DEVIS ECHANDÍA, H. *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá. Editorial Temis. 2012 ob. cit., 280.

³⁵ DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá. Editorial Temis. 2012 ob. cit., 280. Así también por haber prosperado una excepción previa que da lugar a la terminación del proceso.

³⁶ Corte Constitucional, C-1083/2005. (M.P.: Jaime Araujo Rentería. 24 de octubre de 2005).

³⁷ Corte Constitucional, T-954/2006. (M.P.: Jaime Córdoba Triviño. 17 de noviembre de 2006).

A pesar de que la Constitución de 1991 fundó el derecho a acceder al proceso judicial en su artículo 229³⁸ (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia. Art. 229, 1991), el máximo órgano de interpretación constitucional le concede herramientas de contenido, por lo cual se concibe como la *"posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes"*³⁹ (Corte Constitucional. Sentencia C-426/2002, 2002).

Analizados los principales postulados constitucionales, legales y doctrinales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia en el ordenamiento colombiano, es posible abordar los criterios específicos relacionados con la actividad notarial y el notario como el protagonista principal para su ejercicio.

1.2. La actividad notarial, una modalidad de la descentralización administrativa por colaboración. El notario, como agente en la prestación de la función notarial.

La descentralización por colaboración, también llamada por la doctrina descentralización corporativa⁴⁰ (Gamboa, 2003) es una forma de descentralización administrativa que se

³⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 229: *"Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado"*.

³⁹ Corte Constitucional, C-426/2002. (M.P.: Rodrigo Escobar Gil. 29 de mayo de 2002).

⁴⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Introducción. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2003. Pág. 163. *"Manifiesta que la participación o intervención directa de los particulares o ciudadanos en la gestión pública puede darse bajo varias modalidades que, aunque no son las únicas posibles, permiten conocer los mecanismos que por lo general se han utilizado: a) Administración corporativa: este tipo de participación se presenta cuando la ley atribuye a las asociaciones particulares, como las cámaras de comercio la gestión de negocios públicos y el paralelo ejercicio de funciones privadas que solo interesan a sus miembros. b) Administración privada: es el ejercicio privado de funciones administrativas de personas jurídicas o naturales diferentes a las asociaciones o corporaciones, como sería el caso de los notarios. c) Administración mediante incorporación: se caracteriza por vincular al ciudadano a un organismo administrativo para ejercer actividades de consulta o de carácter decisorio, como en el caso de los peritos; a diferencia de los anteriores tipos de participación administrativa está se realiza al interior de la administración. d) Administración mediante intervención global: se trata de una forma amplia de participación*

presenta cuando personas privadas o particulares ejercen funciones administrativas autorizadas y atribuidas por ministerio de la ley.⁴¹ (Caldas, 2002). En el mismo sentido se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia del 7 de julio de 1994.⁴² (Corte Constitucional. Sentencia C-308 de 1994 , 1994).

Se colige que los elementos que caracterizan la descentralización por colaboración son: a. La concreción de los fines esenciales del Estado (art. 2), b. Se presta un servicio público de interés general; c. Su ejercicio está a cargo de entidades privadas o particulares; d. Las funciones atribuidas son autorizadas por la ley.

El particular que ejerce una función administrativa no pierde la condición de tal; sino que ejecuta por mandato legal actividades propias de la gestión pública a fin de satisfacer el interés general, la concreción de los fines del Estado mediante el ejercicio de funciones administrativas⁴³ (Ruiz, 2013).

Se parte de la premisa que el notariado es un servicio público, que es prestado por un particular que ejerce funciones públicas, *“el notario”*.

Para efectos de desarrollar la mencionada premisa y ubicar la tipología de la actividad notarial dentro del régimen constitucional y legal vigente, es pertinente apoyarse en los diferentes

de la ciudadanía a través de los mecanismos de participación ciudadana donde la población es convocada o se reúne para tomar decisiones en lo relacionado con asuntos políticos o estatales”.

⁴¹ AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos del derecho administrativo general. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2002. Pág. 131. Según Jorge Enrique Ayala Caldas la descentralización por colaboración consiste: *“En que personas privadas o particulares, naturales o jurídicas, prestan funciones administrativas en interés general o prestan un servicio público, como en el caso del aseo”*

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-308 de 1994 (7 de Julio de 1994) Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b, ordinal 2, artículo 19 del Decreto-Ley 2420 de 1968; artículo 1 del Decreto-Ley 1748 de 1991; Artículo 1 Decreto-Ley 2055 de 1991; artículos 264 numerales 1 y 3; 265 numeral a 2; 266 numerales 1 y 2 del Decreto-Ley 663 de 1993. Exp. D- 476. (M.P. Antonio Barrera Carbonell). *“La intervención de los particulares en los servicios estatales es una de las expresiones más genuinas de la democracia participativa, porque hace real uno de los fines esenciales del estado que consiste en “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación” (C.P. art. 2), y, además, permite involucrar en la acción pública a los propios sectores comprometidos e interesados en la prestación del servicio. Y es, por todo ello, una de las formas que adopta la descentralización administrativa, doctrinariamente reconocida como “descentralización por colaboración”.*

⁴³ BRITO RUIZ, Fernando. Estructura del Estado Colombiano y de la Administración Pública Nacional. Legis editores S.A., Segunda Edición, Bogotá 2013, p. 493

conceptos que entrañan la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

El régimen jurídico de los particulares que ejercen funciones administrativas en la actualidad amerita su estudio, partiendo que en la jurisprudencia se suele hablar indistintamente del ejercicio por particulares de *funciones públicas* y *funciones administrativas*, como si dichas funciones fueran equivalentes, lo cual conduce a un error insalvable dado que la *función pública* es el género y la *función administrativa* la especie. Es verificable que no en pocas jurisprudencias se utiliza el género; es decir el “*ejercicio de funciones públicas por particulares*”. Pero, lo adecuado es hablar de la “*función administrativa*” que al trasladarse a los particulares genera la descentralización por colaboración, como se tendrá oportunidad de ver para el caso de la actividad notarial⁴⁴ (Leon, 2004).

De conformidad con los artículos 123, 210, 267, 131 y 365 de la Constitución Política se extiende el campo de participación de los ciudadanos permitiendo que ciertos particulares pudieran ejercer funciones inherentes al Estado. Cuando se afirma que el notario es un particular que ejerce funciones administrativas, se refiere al artículo 131 constitucional que instituye la función notarial como un servicio público, bajo el entendido que es desarrollado en virtud de la descentralización por colaboración, toda vez que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él, han sido encomendadas, de manera permanente, a los particulares.⁴⁵ (Corte Constitucional, 1997).

⁴⁴ CAÑIZALES Laura Milena. HERRERA Carolina. LEON GALEANO, Fernanda. Grupo Constitucional Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana Puente del Común. (2004). Particulares que ejercen funciones públicas para la jurisprudencia de la corte constitucional.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-181/97, Exp. D-1450. (M.P. Fabio Morin Díaz). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2. (parcial) del Decreto 960 de 1970. Sentencia que estudia la exequibilidad de los vocablos “autoridad o” contenidos en el artículo 2 del estatuto de notariado (decreto 960 de 1971), donde se manifestó: “*Es oportuno reiterar, en esta oportunidad, que en la constitución política se encuentra la autorización para que el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios de esa misma naturaleza sea confiado a particulares.*”

La complejidad y el número creciente de las tareas que la organización política debe cumplir en la etapa contemporánea ha llevado a procurar el concurso de los particulares, vinculándolos, progresivamente, a la realización de actividades de las cuales el estado aparece como titular, proceso que en algunas de sus manifestaciones responde a la denominada descentralización por colaboración, inscrita dentro del marco más amplio de la participación de los administrados “en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”, consagrada por el artículo 2 superior como uno de los fines prevalentes del estado colombiano.

En el mismo sentido, sobre la responsabilidad de los notarios como servidor del Estado la corte se ha pronunciado en la sentencia C-286 de 1996⁴⁶ (Corte Constitucional. Sentencia No. C-286 de 1996).

Se colige entonces que el notario es una persona natural que presta el servicio de notariado, el cual es considerado un servicio público. El notario está investido por la ley y la constitución de la capacidad de dar fe pública en ejercicio de su función⁴⁷ (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia, 1991) (Colombia C. d., Ley 588 de 2000, 2000). Por la naturaleza de sus actividades, el notario además de prestar un servicio público, cumple también una función administrativa, la cual es propia del Estado pero que ha sido delegada por éste en cabeza del mismo, en virtud de la denominada descentralización por colaboración.

Por otra parte, la sentencia antes invocada concluye también que el ejercicio de la actividad notarial por parte del notario implica el ejercicio de autoridad cuando afirma: *“Si bien, quienes prestan el servicio notarial no son servidores públicos, difícil sería entender el conjunto de tareas que les han sido asignadas si actos de tanta trascendencia como aquellos en los que se vierte el ejercicio de su función no estuvieran amparados por el poder que, en nombre del estado, les imprimen los notarios en su calidad de autoridades. (...)”*

La constitución política de 1991 alude al fenómeno comentado en los artículos 123, 365 y 210. La primera de las normas citadas defiende a la ley la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y la regulación de su ejercicio, de conformidad con la segunda, los particulares prestan servicios públicos y de acuerdo con las voces del artículo 210, “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. (...)”

Ver también: Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 1998. Exp.D-2139 (M.P. Alejandro Martínez Caballero. 2 de diciembre de 1998).

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia No. C-286 de 1996. Exp. D-1116. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 200 de 1995. *“Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6 de la constitución política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del estado desde el punto de vista subjetivo...”*

⁴⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 131 Conc. artículo 1 de la ley 588 de 2000.

De un análisis desprevenido del artículo 2 del decreto 960 de 1970 fluye, con claridad, que el propósito ínsito en esa disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste”⁴⁸ (Corte Constitucional. Sentencia No. C-286 de 1996).

Del conjunto normativo y de la interpretación jurisprudencial dada por la Corte Constitucional al artículo 2 del decreto-ley 960 de 1970⁴⁹ (Republica, 1970), se concluye que los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos; son particulares revestidos de autoridad que objetivamente prestan un servicio público de primer orden, consistente en el ejercicio de la función notarial, razón por la cual se afirma que el notario no es un simple particular que cumple funciones administrativas, toda vez que las características de sus funciones y otras como el retiro forzoso, el régimen disciplinario de la ley 734 de 2002 y los horarios del servicio lo ubican en una situación diferencial dentro del régimen institucional colombiano, convirtiéndolo en un particular con autoridad, ungido de potestades que devienen del Estado y se encuentra sujeto a las disposiciones constitucionales y legales.

El Estado autoriza el ejercicio de determinadas funciones públicas (administrativas) a los particulares, con el fin de satisfacer necesidades socialmente relevantes y de carácter general. Dentro de esa clasificación se encuentran los denominados servidores públicos por asimilación, son aquellas personas que no estando vinculadas a la administración pública por elección popular, nombramiento o contrato de trabajo, desempeñan una función administrativa en los términos de la constitución y la ley.⁵⁰ (Colombia C. d., Constitución Política de

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia No. C-286 de 1996. Exp. D-1116. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁴⁹ Decreto-ley 960 de 1970. Artículo 2. “*INCOMPATIBILIDAD CON EJERCICIO DE AUTORIDAD O JURISDICCION. La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo círculo de notaría*”.

⁵⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 123. “*Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la*

Colombia, 1991) (Colombia C. d., Ley 489 de 1998, 1998). Dicha responsabilidad y la naturaleza de la función, están previamente determinadas por la ley.⁵¹ (Lopez, 1997). Situación en la que se enmarcan los notarios.

De las anteriores disquisiciones se colige que el régimen constitucional y legal vigente permiten la participación del notario en la gestión pública, ya que el ejercicio de funciones administrativas por particulares es una forma de participación en la gestión pública en aplicación de la descentralización administrativa por colaboración, lo que resulta conveniente fijar el significado de “particular” y de “servidor público”, puesto que el particular que ejerce funciones administrativas es también llamado servidor público por asimilación, lo anterior con el fin de entender a qué clase de personas es a las que se está haciendo referencia en este trabajo. Se tiene entonces que el particular a quien se le pueden atribuir funciones administrativas puede ser de dos clases:

- Persona natural: El artículo 73 del código civil, establece que las personas son naturales o jurídicas; y por su parte el artículo 74 ibídem define la persona natural como todos los individuos de la especie humana sin discriminación alguna. De contera el artículo 14 de la constitución nacional consagra que todas las personas tienen derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir la capacidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.⁵² (Colombia C. d., Ley 57 de 1887. Código Civil Colombiano, 1887).

forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Constitución Política de Colombia. Artículo 210. “Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.”

Ley 489 de 1998. Artículo 2 “Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público y de la administración pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.” Para tales efectos el Capítulo XVI, de la ley 489 de 1998 regula el ejercicio de funciones administrativas por particulares.

⁵¹ MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Régimen Penal de la Función Pública. Editorial Linotipia Bolívar. 1.997. p. 13, 14.

⁵² Código Civil Colombiano. Artículo 73. “PERSONAS NATURALES O JURIDICAS. Las personas son naturales o jurídicas”.

Atendiendo el inciso final del 1502 del código civil se debe tener en cuenta que para atribuir funciones públicas a una persona natural esta debe tener capacidad legal; es decir ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo, y sin el ministerio o la autorización de otra persona.⁵³ (Colombia C. d., Ley 57 de 1887. Código Civil Colombiano, 1887).

Dentro de esta clasificación se encuentran los notarios, los curadores urbanos o auxiliares de la administración (peritos, jurados de votación, contratistas, siempre y cuando ejerzan una función pública).

- Persona jurídica (moral o colectiva): El artículo 633 del código civil la define como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Conclusión de lo antes manifestado, los particulares que ejercen funciones administrativas, denominados servidores públicos por asimilación, se clasifican en personas naturales y jurídicas que brindan ayuda al Estado para el cumplimiento de sus fines estatales. Ellos a su vez pueden comprender la *administración privada*, en donde están los notarios, la *administración corporativa* como la que desempeñan las cámaras de comercio y finalmente lo que la doctrina clasifica como la *administración mediante incorporación* donde se ubican los peritos.

La temática desarrollada ha permitido establecer el alcance de la actividad notarial, y en el contexto de la función pública, cuales son las características del notario para el ejercicio adecuado de sus funciones y las responsabilidades derivadas de sus actuaciones. No obstante lo anterior, es menester conocer el desarrollo del derecho notarial en el mundo, y cuál ha sido su evolución en latinoamérica, y especialmente en nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

Artículo 74. “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

⁵³ Código Civil Colombiano. Artículo 1502. “REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz. 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3. Que recaiga sobre un objeto lícito. 4. Que tenga una causa lícita”.

1.3. El sistema notarial en el contexto colombiano.

Para abordar este acápite es necesario referirse a los diferentes sistemas notariales que definen la forma en que se ha desarrollado el derecho notarial. Existe una clasificación de sistemas notariales generalizada entre la doctrina, entre los que se encuentra: El notariado latino, el sajón o anglosajón, el judicial y el administrativo, otras se refieren a la posición funcionarista, posición profesionalista y posición ecléctica.

- Sistema latino. Ataño a la idea de que la actividad notarial se encuentra a cargo de un profesional del derecho que ejerce la función notarial, para ello se debe acreditar el cumplimiento de los protocolos, las reglas, las técnicas, las directrices y la *lex artis* propia de su cargo. En este sistema se hace énfasis en la presencia del Estado como entidad responsable de las atribuciones generadas al notario y como regulador de dichas atribuciones y poderes que él tiene.

Dicho sistema es coincidente con lo que otro sector de la doctrina ha denominado posición ecléctica donde se refuerza la idea de que la actividad notarial implica la prestación de un servicio público a cargo de un particular no asimilable a un servidor público⁵⁴ (Boza, 2007).

Al respecto es importante la definición adoptada por el primer congreso internacional del notariado latino celebrado en 1948:

“El notario latino es un profesional de derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”.

⁵⁴ SANCHEZ BOZA, Roxana (2007) Análisis del Sistema de la función notarial en Costa Rica: en la perspectiva del ejercicio de la fe pública. 1ed. San José, CR: Editorial Intellectus. P. 53

- Sistema sajón o anglosajón. Se caracteriza por ser informal, quien lo ejerce no necesariamente debe ser abogado y en estricto sentido no da fe de los contenidos de los actos o contratos celebrados ante él. Es el sistema seguido, v.gr. por países como Estados Unidos de América e Inglaterra, donde el notario no está sujeto a formalidad en su designación, ni inspección, vigilancia o control de autoridad alguna y no está adscrito a ninguno de los poderes del Estado.

Así, la principal labor del notario es actuar como un testigo de los actos de las partes. Se diferencia del sistema latino en cuanto el notario actúa dotando al documento, en su contenido y en la autenticidad de las firmas, de veracidad y certeza. Es una actividad eminentemente privada, sujeta a limitaciones impuestas por el Estado, donde solamente actúa como testigo profesional cuya misión es autenticar las firmas que contiene un documento, pero no de su contenido.

Otro sector de la doctrina denomina este sistema como posición profesionalista, bajo el entendido que el notario es un profesional libre, negándole el carácter de servidor público, que consideran que la fe notarial no es pública, por consiguiente la función notarial no es una función pública⁵⁵ (Marrero, 1973) (Melendez, 2005).

- Sistema de notariado de funcionarios judiciales. Se utiliza en sede judicial, por lo que sus actuaciones responden a las actuaciones propias de un juez. Este sistema es llamado también como posición funcionarista de corte jurisdiccional, que se fundamenta en la jurisdicción voluntaria.
- Sistema de notariado de funcionarios administrativos. El notariado está organizado como una dependencia del poder ejecutivo, los notarios son servidores públicos por lo que el Estado detenta directamente el poder de certificar y autenticar a diferencia de los dos primeros sistemas antes referidos. En este contexto los funcionarios prestan su servicio

⁵⁵ SALAS MARRERO, Oscar (1973). Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá.1. Ed. San José: Editorial Costa Rica. pp. 95-96.

INFANTE MELÉNDEZ, Gustavo (2005). Naturaleza Jurídica del Notario Costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas. Num.106. Pág. 177-196. Enero-abril.

dentro de las instalaciones públicas designadas al efecto y se consideran servidores públicos, razón por la cual la función notarial es una función eminentemente pública. Este sistema corresponde a la posición funcionarista de tipo administrativo, donde se considera la función notarial como administrativa ubicándola dentro del poder ejecutivo.⁵⁶ (Jimenez, 2006).

Respecto del sistema notarial en Colombia el Consejo de Estado en sentencia del 22 de octubre de 1981 ante demanda de acción pública de nulidad contra el decreto 717 de 1974 *“por el cual se organiza la carrera notarial y se dictan otras disposiciones”* señaló las características de la naturaleza de la función notarial en la legislación colombiana, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Son tres las corrientes de opinión que se han pronunciado al respecto: a) La de quienes piensan que la función notarial tiene un carácter público. b) La de quienes sostienen que el notariado constituye un ejercicio profesional libre, y c) Las corrientes intermedias que aceptan que tales funciones son públicas, pero no administrativas por lo tanto, quienes las ejercen no pueden considerarse como funcionarios públicos.

La actividad del notario más que un servicio es una función pública, la de dar fe notarial que inviste a los actos pasados ante notario de una presunción de veracidad y autenticidad que no puede concebirse sino como una emanación del poder soberano del Estado.

Es así, que cuando el notario da su atestación sobre la autenticidad y veracidad de un acto, se aprecia como tal actuación tiene su fuerza en un poder regulador de la vida social, el Estado. De allí que se considere que tales funciones son públicas y que quienes la ejercen por designación de los órganos competentes de la rama ejecutiva, son empleados públicos.

Este carácter lo confirma toda la estructura del sistema del notariado. Los notarios han sido siempre designados por el poder público; tienen funciones taxativamente señaladas por la ley,

⁵⁶ VARGAS JIMENEZ Carlos (2006). “El notariado como servicio público”. Revista IVSTITIA, año 20 núm. 234-235. Pág. 4-18. junio-julio.

tienen periodo fijo; su remuneración, aunque no consiste en una asignación fija, es proporcional al producto de los derechos notariales señalados por la ley; están amparados por los beneficios propios de la carrera notarial, tendientes a lograr la estabilidad en el empleo, su desempeño está sometidos a un severo régimen de incompatibilidades que se hace más riguroso por ser funcionarios que dan fe pública y sujetos de un sistema disciplinario.⁵⁷ (Consejo de Estado Proceso N° 10817. 1981).

En la misma línea se encuentra el pronunciamiento del Consejo de Estado del 30 de noviembre de 2011⁵⁸ (Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2011):

Por su lado, en nuestra actual Constitución Política⁵⁹ (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia, 1991) el mismo constituyente definió la naturaleza pública de la función y defirió al legislador la potestad para reglamentar el servicio público de las notarías.

De la misma manera, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de mayo de 1990, al examinar la legalidad del artículo 75 del decreto 2148 de 1983 señaló en el ámbito de la función pública que los notarios cuentan con los rasgos esenciales de los funcionarios públicos, como se describe a continuación:

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso N° 10817. (22 de octubre de 1981).

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Exp. 110010325000201000047 00. (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 30 de noviembre de 2011). “... ii). *De la naturaleza jurídica del cargo de Notario. En desarrollo del presente acápite, es pertinente indicar que la función notarial fue calificada como un servicio público por el acto legislativo No. 1 de 1931, allí se estableció, que le compete a la Ley "la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores. En desarrollo de lo anterior, el decreto ley 960 de 1970 y la ley 29 de 1973, señalaron que el ejercicio del notariado es una función pública que implica el ejercicio de la fe notarial. En efecto, el artículo 98 del estatuto notarial, previó que pertenecen a la carrera quienes satisfagan los requisitos allí indicados y sean admitidos a ella, ubicándolos en la categoría correspondiente a la notaría que ejerzan en propiedad al momento de la admisión, lo que conlleva, para el inscrito, su derecho de estabilidad o permanencia en el cargo dentro de las condiciones del mismo estatuto (artículo 178 ibídem)...*”

⁵⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 131. “*Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los Notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro*”.

Sí se dan entonces los elementos de empleo y de empleado lo que lleva al convencimiento de que los notarios, si bien bajo circunstancias muy sui generis, son funcionarios públicos; en otras palabras, son empleados públicos especialísimos de acuerdo con la exégesis conjunta de los decretos leyes y de la ley que integran ahora su especialísimo estatuto.

Eso significa, por tanto, que en aquello que la ley no ha reglado específicamente para ello, los notarios son empleados públicos con la jerarquía de funcionarios, sujetos a las normatividades generales que los rigen. Son funcionarios muy especiales colocados por la ley para dar fe de los actos que se celebren ante ellos y de los hechos que presencien en ejercicio de sus funciones⁶⁰ (Consejo de Estado. Sentencia del 14 de Mayo de 1990).

Conforme a las jurisprudencias reseñadas y otras recientes, ha sido consistente en definir que los notarios son servidores públicos⁶¹ (Consejo de Estado). En efecto, ha venido reiterando su posición, con fundamento en la normatividad que las funciones y características propias de la función notarial, bajo ningún aspecto, pueden ser consideradas propias para ser desempeñadas por particulares.

Tanto es así que el legislador, trató de dar esa definición cuando presentó el proyecto de ley 148 del senado, que en su artículo 1, definió: *“La actividad notarial se cumple por delegación del estado en un particular que ejerce un servicio público”*⁶² (Colombia G. d., 1998). Pero, luego de los debates el legislador no se definió por categorizar su función como propia de particulares, antes por el contrario, cuando promulgó la ley 588 de 2000, en su artículo 1, simplemente precisó que: *“El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial”*.

No obstante lo anterior, la función notarial goza de ciertas características como la libertad controlada en la prestación del servicio que tienen aspectos relacionados con la autonomía de

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Exp. 281 (C.P. Álvaro Lecompte Luna. 14 de mayo de 1990).

⁶¹ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Exp. 25000-23-25-000-1998-02747-01. (C.P. Tarsicio Cáceres Toro. 22 de junio de 2006). Exp. 25000-23-25-000-1998-02478-01(7932-05) (C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. 22 de octubre de 2009).

⁶² Ver Gaceta del Congreso No.316 del 3 de diciembre de 1998.

empresa; y el sometimiento al control por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro; y, por supuesto, la existencia de la carrera notarial.⁶³ (Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2011).

Ahora bien, en el caso de los notarios, la libertad de empresa es mínima pues está regulada por las condiciones de funcionamiento y prestación del servicio que regule la ley, los reglamentos y, la Superintendencia de Notariado y Registro; pues para la prestación del servicio, el ente regulador puede fijar las zonas y condiciones físicas mínimas en las que se debe prestar el servicio, las políticas generales del servicio notarial, sin dejar de lado que, estos funcionarios tienen prohibido cualquier clase de publicidad⁶⁴ (Colombia P. d., 1970) (Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2011).

Sin embargo, los notarios en estas funciones tienen cierta autonomía en donde para prestar un mejor servicio pueden ofrecer unas mejores instalaciones y organización y, en todo caso, tienen la potestad de contratar a los empleados que requieran para prestar el servicio notarial, aspectos que le otorgan la suficiente autonomía para que se puedan considerar como particulares que prestan sus servicios en forma permanente, la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración⁶⁵ (Consejo de Estado. Sentencia C-1212 de 2001).

En síntesis, pese a que existen condiciones especiales que clasifican a los notarios como particulares que colaboran con la actividad estatal, el sometimiento de la función y las

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Exp. 110010325000201000047 00- número interno: 0383-2010. (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 30 de noviembre de 2011).

⁶⁴ Decreto 960 de 1970. Artículo 198. “*Son conductas del notario, que atentan a la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial, y que acarrear sanción disciplinaria: (...) 5) El empleo de propaganda de índole comercial o de incentivos de cualquier orden para estimular al público a demandar sus servicios.*”; Conc. Decreto 2148 de 1983. Artículo 126. “*No podrá el notario ofrecer sus servicios, cobrar derechos mayores ni menores de los autorizados en el arancel vigente, hacer cualquier clase de propaganda o dar incentivos a los usuarios distintos del cumplimiento desempeño de sus funciones. En ningún caso, se podrá insertar propaganda de índole comercial en las carátulas de las escrituras*”.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Exp. 110010325000201000047 00- número interno: 0383-2010. (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 30 de noviembre de 2011).

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1212 de 2001. Exp. D-3543. (M.P. Jaime Araujo Rentería). Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 6 y 7 del artículo 133 del decreto 960 de 1970.

condiciones de acceso predominan para efectos de poder determinar su categoría, régimen laboral y jurisdicción competente para conocer de sus conflictos, es decir, que estos son para efectos laborales, servidores públicos⁶⁶ (Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2011).

Verificadas las posturas antes referidas se colige que la definición del sistema notarial adoptado por Colombia no es un tema pacífico y ha implicado disimiles interpretaciones, particularmente en lo que atañe a definir si el notario es un servidor público o pese a la regularización de sus funciones conserva el carácter de particular.

No obstante realizando una hermenéutica adecuada a la constitución y la ley, se considera que en Colombia se adopta el criterio según el cual, si bien el notariado es una actividad de servicio público, no es sin embargo una función pública; atendiendo a la idea según la cual existen actividades de servicio público que además son función pública como la administración de justicia, entre otras, y las que son un servicio público que no son función pública como el de notariado⁶⁷ (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia, 1991), atendiendo al criterio diferencial de existencia de *servicios públicos de gestión pública* y *servicios públicos de gestión privada*⁶⁸ (Ulloa, 2002), respectivamente.

La anterior afirmación encuentra soporte en el artículo 131 de la constitución nacional,⁶⁹ (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia, 1991) como en las leyes 29 de 1973⁷⁰ (Colombia C. d., Ley 29 de 1873, 1873) y 588 de 2000⁷¹ (Colombia C. d., Ley 588 de 2000, 2000), donde se consagra que: “*el notariado es un servicio público que se presta por los*

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Exp. 110010325000201000047 00- número interno: 0383-2010. (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 30 de noviembre de 2011).

⁶⁷ Constitución Política de Colombia 1991, Artículos 7, 76-10 y 188.

⁶⁸ LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo. Municipio y Federalismo. Universidad de Boyacá. Centro de Investigaciones para el Desarrollo CIPADE. Tunja. 2002. Pág. 143

⁶⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 131. “*Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los Notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia...*”

⁷⁰ Ley 29 de 1873. Artículo 1. “*El Notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial. (...)*”

⁷¹ Ley 588 de 2000. Artículo 1. “*NOTARIADO Y COMPETENCIAS ADICIONALES. El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial. (...)*”

notarios y que implica el ejercicio de la fe pública o notarial”, preceptivas que ubican la función que prestan los notarios como un “servicio público” (no como “función pública”), sin que haya sido intención de la constitución o la ley dar a los notarios tratamiento de servidores públicos.

A diferencia de las preceptivas citadas ut supra, mientras estuvo vigente el artículo 1 del decreto 960 de 1970 (derogado expresamente por el artículo 46 del decreto 2163 de 1970) se consagró que: *“El notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial...”*

Así las cosas, a pesar de definir al notariado como una *“función pública”* y no como un *“servicio público”*, no por ello los notarios pueden ser considerados servidores públicos, tal como lo interpreta un sector de la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que el notario, como particular que es, no presta en estricto sentido una función pública, sino un servicio público.

No obstante lo anterior, la posición que sienta la Corte Constitucional en la sentencia C-741 de 1998 ayuda a superar la dicotomía presentada entre el concepto de función pública y servicio público cuando afirma que:

“... los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la “función fedante”, la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general...”⁷² (Corte Constitucional. Sentencia 2 de diciembre de 1998).

⁷² Corte Constitucional. Exp. D-2139. (M.P. Alejandro Martínez Caballero. 2 de diciembre de 1998). Naturaleza jurídica de las funciones notariales. Distinciones y relaciones entre servicios públicos y funciones públicas.

Corolario de lo antes expuesto se puede manifestar que Colombia se ubica dentro de la *tesis latina o posición ecléctica* que aceptan que tales funciones son públicas e implican la prestación de un servicio público, pero no son administrativas en tanto no se prestan directamente por parte del Estado a través de sus funcionarios, razón por la cual quienes las ejercen no pueden considerarse como funcionarios públicos.⁷³ (Registro, 2004).

Como se puede observar en el presente capítulo fueron analizados los temas y conceptos indispensables que hacen parte del estudio de la problemática planteada, ante lo cual se puede a continuación entrar a dilucidar cuales son los alcances y efectos cuando la actividad notarial es causante del daño, y por lo tanto genera responsabilidad del Estado y su consecuente reparación.

⁷³ Superintendencia de Notariado y Registro. Oficina Jurídica. Concepto No.7767 de 28 de abril de 2004. Sobre naturaleza jurídica de las notarías. cuando afirma: “(...)También existen otras jurisprudencias y textos de doctrinantes en los cuales se les configura como servidores públicos teniendo en cuenta el título constitucional en que aparecen inscritos y la función pública que desempeñan con sus rasgos atípicos. Sin embargo la realidad es que los notarios no aparecen clasificados en la rama operativa del poder público. Por lo anterior, se concluye, con fundamento en la ley y la jurisprudencia, que el notario presta un servicio público y desempeña una función pública, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración, no es un agente del Estado y tampoco pertenece a la rama ejecutiva del poder público, por lo tanto, no están obligados a implementar el sistema de gestión de la calidad consagrado por la Ley 872 de 2003. Sin embargo, deben prestar el servicio bajo los principios de eficiencia, eficacia, economía, celeridad, transparencia y moralidad (C.P., art. 209).”

Capítulo II

La prestación del servicio notarial como causante de daño y responsabilidad extracontractual del Estado.

Para iniciar con el estudio de la temática que compete, se parte del criterio expuesto en el capítulo anterior, afirmando que en Colombia se acoge la tesis latina, según la cual el notario presta un servicio público en ejercicio de una función administrativa por expresa delegación estatal y al no ser un servidor público en sentido subjetivo, es un particular que en ejercicio de sus atribuciones podría causar perjuicios a los usuarios y terceros en general y por ende ser sujeto pasivo en un proceso de responsabilidad civil.

La responsabilidad de los notarios se encuentra prevista en el artículo 195 del decreto 960 de 1970, según el cual: *“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.”*

A su vez el artículo 9 ibídem, dispone: *“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.”*

Por su parte, el artículo 116 del decreto 2148 de 1983, reza: *“La autonomía del notario en el ejercicio de su función implica que dentro del marco de sus atribuciones interpreta la ley de acuerdo con las reglas establecidas en el código civil y no depende de un superior jerárquico que le revise sus actuaciones para reformarlas, confirmarlas o revocarlas, sino que actúa bajo su personal responsabilidad”.*

De conformidad con las normas citadas se tiene que la función que cumplen los notarios implica responsabilidades mayúsculas que deben ser ejercidas con rectitud y transparencia para exaltar la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial.

Si bien es cierto a voces del artículo 116 del decreto 2148 de 1983, la responsabilidad del notario es personalísima en virtud de la autonomía que implica el ejercicio de sus funciones, no es menos cierto que el apartamiento de las obligaciones que implica el ejercicio fedatario puede conllevar a generar responsabilidad civil del notario y donde también se puede ver comprometida la responsabilidad del Estado, tal como se colige de la providencia dictada por el Consejo de Estado el 26 de octubre de 1990⁷⁴ (Consejo de Estado. Sentencia 26 de octubre de 1990), donde se previó que un servicio público administrativo del Estado prestado por un particular puede ocasionar la responsabilidad del Estado, porque en tal caso los particulares son funcionarios materiales de función pública.

En vigencia de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional al pronunciarse el 2 de junio de 1999⁷⁵ (Corte Constitucional. Sentencia C-399 de 1999) sobre la exequibilidad de los artículos 191 a 194 del decreto ley 960 de 1970 y de los artículos 7 y 8 de la ley 29 de 1973, expresó:

“En virtud de las disposiciones constitucionales pertinentes (art. 131 C. P. de 1991), de la ley 23 de 1973 (sic), del decreto ley 960 de 1970, ‘por el cual se expide el estatuto notarial’, y de las demás normas especiales como son los decretos leyes: 902, 999 y 2.668 de 1988; 1.555, 1.556, 1.557, 1.712 y 1.729 de 1989, el 2.051 de 1991, entre otros, son funciones de los notarios aquellas relacionadas con el deber de propender por una seguridad jurídica a los

⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Exp. 1515. (C.P. Myriam Guerrero de Escobar. 26 de octubre de 1990). *“Tanto los funcionarios públicos, como quienes sin serlo ejerzan función pública, asumen responsabilidad personal, la cual no solamente se halla consagrada en la diversidad de normas de jerarquía legal, sino también en la propia constitución nacional que en su artículo 20 dispone: ‘Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación o por omisión en el ejercicio de éstas’. Como ya se anotó, los notarios por el hecho de ejercer una función pública participan del tratamiento que la carta política y la ley establecen para los primeros con el desarrollo de la función pública en cuestión. La responsabilidad personal del agente no tiene la virtualidad de excluir la que corresponde por el mismo hecho a la entidad pública a la cual se encuentra aquel vinculado o a cuyo nombre actúa. La conducta del agente que por acción o por omisión y estando vinculada a la prestación de un servicio público administrativo, sea susceptible de generar daño o perjuicio, vincula la responsabilidad del ente estatal y es por esto que quien afirma haber sido perjudicado con ella puede intentar la acción contenciosa pertinente contra aquél, o contra el agente, o contra ambos, y en todos los casos es la jurisdicción administrativa quien conoce del respectivo proceso, tal como lo establece el artículo 78 del CCA”*.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-399 de 1999. Exp. D-2204. (M.P. Alejandro Martínez Caballero. 2 de junio de 1999). Exequibilidad de los artículos 191 a 194 del decreto ley 960 de 1970 y de los artículos 7 y 8 de la ley 29 de 1973. Naturaleza jurídica de las funciones notariales.

actos, contratos, negocios, declaraciones y relaciones jurídicas, a través del cumplimiento de solemnidades...”

Las funciones mencionadas, y aquellas relacionadas de dar fe, son claramente de interés general por cuanto establecen una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permiten un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementan la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales⁷⁶ (Corte Constitucional. Sentencia C-399 de 1999).

Como se ha expuesto nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 131⁷⁷ (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia, 1991) resaltó el carácter público del servicio de notariado y mantuvo la facultad del legislador para reglamentarlo y le asignó al gobierno la creación, fusión y supresión de los círculos notariales y algunas funciones específicas sobre su organización.

Bajo las anteriores consideraciones, la Nación colombiana debe responder institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente.

Con claridad meridiana se puede inferir que la falla en la prestación del servicio público notarial puede generar la responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual la nación a través de las entidades representantes debe asumir tal responsabilidad. Así mismo para el efecto, el notario como agente del Estado no es ajeno a este compromiso, y por lo tanto es sujeto de responsabilidad. En este contexto a renglón seguido se realiza el análisis de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales proferidos en el caso concreto, por el máximo organismo de lo contencioso administrativo en Colombia, en el periodo 1997 a 2015.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-399 de 1999. Exp. D-2204. (M.P. Alejandro Martínez Caballero. 2 de junio de 1999. Naturaleza jurídica de las funciones notariales.

⁷⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 131. “*Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarias, con destino a la administración de justicia*”.

2.1. Análisis de la línea jurisprudencial en los casos de legitimación en la causa por pasiva en el ejercicio de la prestación del servicio notarial en el periodo 1997 a 2015.

La metodología de análisis jurisprudencial que se va a utilizar en el presente trabajo, es el análisis dinámico de los precedentes judiciales⁷⁸ (Medina, 2015) detallado por Diego López en el Derecho de los Jueces.

El análisis dinámico de los precedentes judiciales exige para el diseño de una línea jurisprudencial, en primera instancia la identificación de un problema jurídico. Este será la pregunta de investigación que se pretenderá resolver mediante la identificación e interpretación de la dinámica jurisprudencial. En segundo lugar, se procede a hacer una clasificación de las sentencias bajo los siguientes parámetros:

- a. Identificar las sentencias importantes y no importantes. Serán tomadas en cuenta todas las expedidas en el periodo comprendido entre 1997-2015, de acuerdo con la siguiente relación:

No.	EXPEDIENTE	MAGISTRADO PONENTE	FECHA
1	Expediente 11464	JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS	22 Octubre 1997
2	080123310001998500401(13248)	MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ	1 Agosto 2002
3	Expediente 14782	ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ	7 Diciembre 2004
4	05001-23-26-000-1995-1601-01	ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA	19 Octubre 2011
5	25000222600019970496301(21692)	OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ	9 Mayo 2012
6	250002326000200203340	HERNAN ANDRADE RINCON	23 Julio 2014
7	13001-23-31-000-2000-0033134248	OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ	10 Agosto 2015

(Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C)

⁷⁸ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. (2015) El Derecho de los Jueces. 2 Edición. Legis Editores, Universidad de los Andes. En el presente trabajo se realiza un análisis dinámico y no estático de los precedentes judiciales, la distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi*, presupuesto de los análisis estáticos, se va a encontrar en la estructura narrativa del presente capítulo, ya que únicamente se trabaja con la *ratio decidendi* de los fallos – Ver tabla de anexos, Fichas técnicas de análisis de sentencias.

Las sentencias importantes, son aquellas que tienen un peso estructural fundamental dentro de la línea y se denominan “sentencias hito”, que usualmente suelen ser una fracción pequeña del número total de fallos.

- b. Una sentencia *hito* se puede sub-clasificar como: fundadora, cuando es un fallo donde se realiza una interpretación amplia del derecho y generalmente adiciona un recuento histórico y comparado de los principios y reglas bajo estudio; *consolidadora*, cuando su objetivo es definir una sub-regla de derecho logrando establecer un balance jurisprudencial más estable; modificadora, en la que se da un cambio de jurisprudencia; *re-conceptualizadora*, cuando se afirma la línea jurisprudencial en su conjunto pero introduce una nueva teoría o interpretación que explica de mejor manera el sentido de la línea y dominante, que es la que contiene los criterios vigentes de la línea⁷⁹ (Medina, 2015).
- c. Las sentencias no importantes pueden ser de dos tipos: *confirmadoras de principio o de reiteración*, que son aquellas que son una aplicación simple de un principio contenido en una sentencia anterior; *las argumentativamente confusas o inconcluyentes*, que presentan una baja calidad de argumentación o abstractas, que son aquellas que no hacen una relación concreta con el escenario jurisprudencial.
- d. Finalmente, el autor recomienda la utilización de lo que denomina “atajos de la investigación” que son herramientas que sirven para la identificación de las sentencias hito en una línea jurisprudencial. Estas herramientas son: el punto arquimédico, la ingeniería en reversa y la telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia⁸⁰. (Medina, 2015).

El presente ejercicio plantea un gráfico de la línea jurisprudencial para identificar las tendencias de las decisiones a lo largo de la jurisprudencia. De manera tal que se ubicará cada

⁷⁹ LOPEZ MEDINA, Diego. (2015). El Derecho de los Jueces. Decimocuarta impresión. Universidad de los Andes. Editorial Legis. Pag. 163-164.

⁸⁰ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. (2015) El Derecho de los Jueces. 2 Edición. Legis Editores, Universidad de los Andes. p 139-177

una de las sentencias entre un espacio de las respuestas polares e intermedias identificadas en la jurisprudencia⁸¹ (Medina, 2015).

El problema jurídico en el presente trabajo se aborda desde un punto de vista práctico, en términos de efectividad para acceder a la administración de justicia, ya que precisamente la incoherencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la legitimación en la causa por pasiva no permite establecer de manera clara y precisa quien representa a la Nación colombiana en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio notarial.

A través de la línea se presentarán diferentes situaciones de facto, y de las tendencias en las decisiones judiciales, éstas se van a presentar de manera narrativa presentando los fallos que hacen parte de la línea en forma cronológica, haciendo un balance de las relaciones de los pronunciamientos judiciales y, finalmente se presentarán las gráficas que resulten de la línea jurisprudencial.

El análisis permite concluir dos posiciones jurisprudenciales distintas: la primera, reconociendo que las actuaciones de los notarios (particulares que ejercen función pública investidos de autoridad) son constitutivas de falla en la prestación del servicio notarial que pueden comprometer la responsabilidad del Estado, bajo el entendido que la función notarial es un servicio público nacional, y en esa condición cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico generan responsabilidad patrimonial de la administración.

Teniendo en cuenta la premisa respecto de la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial causada por sus agentes, permite concluir que está pacíficamente aceptado que la jurisdicción competente para conocer los casos de reparación directa por la falla en la prestación del servicio notarial es la de lo contencioso administrativo y no la jurisdicción ordinaria.

El problema presentado en la línea analizada se centra entonces en la persona o personas que

⁸¹ *Ibíd.* P 157-192

representan legalmente a la nación dentro de los procesos de reparación directa que se presenten ante la jurisdicción contencioso administrativo, derivándose entonces el problema de definición de la legitimación en la causa por pasiva en ese tipo de procesos, análisis que reflejara en cuatro grupos las diferentes posiciones jurisprudenciales expuestas por el Consejo de Estado.

- a. Primer grupo.⁸² (Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre de 1997) Se cataloga como la “*sentencia hito - sentencia fundadora*”, ya que realiza una interpretación amplia del derecho y adiciona un recuento histórico y comparado de los principios y reglas bajo estudio que ponen dentro del mundo jurídico la controversia respecto de esta temática.

El problema jurídico evidencia la tensión respecto si la Nación colombiana – Ministerio de Justicia y/o la Superintendencia de Notariado y Registro se encuentran legitimadas en la causa por pasiva para responder por la falla o deficiencia del servicio notarial, o ésta sería imputable al notario, anotando que para el caso concreto las entidades demandadas son “*El Ministerio de Justicia y del Derecho y la Superintendencia de Notariado y Registro*”, y no “*el notario*”.

La posición del Consejo de Estado se resume de la siguiente manera: Se encuentra acreditada la excepción por falta de legitimidad pasiva por parte de la nación - Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta que la Supernotariado es una unidad administrativa especial con personería y patrimonio autónomo, adscrita al Ministerio de Justicia. (D.1659/78 y D. 2158/92).

El simple control de tutela que ejerce el mencionado ministerio originado en su adscripción al mismo, no obliga, a demandar a dicho ministerio antes que a la mencionada superintendencia, la cual como ya se dijo, es un organismo autónomo con capacidad para comparecer al proceso y nombrar su respectivo apoderado.

Comparte también la negativa a declarar la responsabilidad de la Supernotariado y Registro, teniendo en cuenta “*que si bien es cierto el servicio de notariado, es un servicio público*

⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Exp. 11464 (C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. 22 de octubre de 1997)

prestado por particulares que consiste fundamentalmente en dar fe pública sobre actos y hechos conforme a las competencias establecidas en el decreto 960 de 1970, también es claro que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la misma norma: Los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la ley”⁸³ (Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre de 1997).

En el artículo 195, el citado decreto, dispone: “*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 servicio*”.

Pero en todo caso, el notariado es un servicio público nacional, dispensado a cargo de la nación por medio de funcionario o de particulares que de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política son autoridades, agentes por tanto del Estado y en esa condición cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico generan responsabilidad patrimonial de la administración.

“En el evento de falla o deficiencia del servicio ésta sería imputable al notario y no a la Superintendencia de Notariado, teniendo en cuenta que en principio, la función de vigilancia de ésta no tiene injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario”⁸⁴ (Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre de 1997).

Se considera relevante el *salvamento de voto* ya que expresa la responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro como entidad representante del Estado colombiano (nación - Superintendencia de Notariado y Registro) para que en caso de que resulte condenado está obligado a resarcirles a los interesados todos los perjuicios derivados del daño, y a su vez en caso que las actuaciones de su agente (notario) dolosas o gravemente culposas se deberá repetir ante este.

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 11464 (C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. 22 de octubre de 1997).

⁸⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 11464 (C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. 22 de octubre de 1997).

“... en conclusión: la Nación colombiana responde institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente; el damnificado con los daños originados en la actividad notarial no tiene acción directa o personal contra el notario, sino contra el Estado colombiano; lo que el estado resultare obligado a pagar, por el dolo o culpa grave de los servidores de notariado, y solamente cuando esté presente el dolo o culpa grave, deberá intentar repetirlo; y, la vía procesal mediante la cual la víctima o damnificado puede hacer valer sus derechos es la prevista por los artículos 86 y 207 y siguientes del CCA, vale decir, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa a través del procedimiento ordinario”⁸⁵ (Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre de 1997).

En este mismo sentido expresado en el salvamento de voto anterior, la sentencia de 1 de agosto de 2002⁸⁶ (Consejo de Estado. Sentencia del 1 de agosto de 2002) se identifica como una *sentencia consolidadora* que permite concluir que el servicio de notariado pertenece a la nación, pero no desconoce las disposiciones jurídicas que predicen la responsabilidad del notario⁸⁷ (Colombia P. d., 1970), sino que se armonizan e integran con otras que aluden a que dicho servicio corresponde a la nación, persona que delega ese servicio (función pública) en los notarios. Por esto es que puede demandarse la responsabilidad de la nación o conjuntamente la de ésta y la del notario; y luego si sólo se demanda a la nación ésta, puede repetir contra éste para demostrar el dolo o la culpa grave del mismo⁸⁸ (Colombia P. d., Decreto 2148 de 1983).

⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 11464 (Salvamento de voto C.P. Daniel Suarez Hernández. 22 de octubre de 1997).

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13248. (C.P. Maria Elena Giraldo Gomez, 1 de agosto de 2002).

⁸⁷ Decreto-ley 960 de 1970. 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”.

Artículo 197. “La indemnización que tuviere que pagar el notario por causas que aprovechen a otra persona, podrá ser repetida contra esta hasta concurrencia del monto del provecho que reciba, y si este se hubiere producido con malicia o dolo de ella, el notario será resarcido de todo perjuicio”.

⁸⁸ Decreto 2148 de 1983, artículo 120. “En los casos en que la Nación sea condenada por falla en la prestación del servicio notarial, podrá ejercitar la acción de repetición correspondiente”.

Igualmente, se concluye que la Superintendencia de Notariado y Registro no está legitimada materialmente en la causa por pasiva en cuanto a las imputaciones de irregularidad en la prestación del servicio de notariado porque la prestación del servicio de notariado no está a su cargo y sus funciones son de inspección y vigilancia.

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado es unánime al determinar que las actuaciones u omisiones de los particulares que ejercen función pública pueden comprometer la responsabilidad del Estado, esto es de la Nación colombiana, con la aclaración de que en los eventos en los cuales se pretenda declarar la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial, *resulta indispensable llamar a la nación representada a través del notario*.

b. Segundo grupo. Fallo del 1 de agosto de 2002⁸⁹ (Consejo de Estado. Sentencia del 1 de agosto de 2002). Esta sentencia se considera *re-conceptualizadora*, ya que como se puede observar del análisis más adelante, afirma la línea jurisprudencial en su conjunto pero introduce una nueva teoría o interpretación que explica de mejor manera el sentido de la línea y dominante, que es la que contiene los criterios vigentes de la línea.

La demandada es la nación – Superintendencia de Notariado y Registro: Se reitera la posición respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Notariado y Registro por las fallas en la función notarial, porque las funciones de esta autoridad relacionadas con las actuaciones de los notarios solo son de inspección y vigilancia.

No obstante, plantea una posición ecléctica sobre la responsabilidad del Ministerio de Justicia y del Derecho como la autoridad administrativa sobre quien se ejerce la función notarial, eso sí función delegada a través de los notarios.

Al tenor anterior, se concluye que la nación responde institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la

⁸⁹ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13248 (C.P. María Elena Giraldo Gómez. 1 de agosto de 2002.

prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente.

El damnificado con los daños originados en la actividad notarial no tiene acción directa o personal contra el notario, sino contra el Estado; lo que éste resultare obligado a pagar, por el dolo o culpa grave de los servidores del notariado, y solamente cuando esté presente el dolo o culpa grave, deberá intentar repetirlo; y, la vía procesal mediante la cual la víctima puede hacer valer sus derechos es la prevista en el código contencioso administrativo, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa a través del procedimiento ordinario.

La corporación afirma que se presentaron todas las circunstancias consignadas en el párrafo anterior, y por consiguiente la sentencia debió ser de mérito para así haber declarado la responsabilidad de la nación- Superintendencia de Notariado y Registro, a su vez establecer el monto de la indemnización para proseguir con el análisis de la conducta del notario a efecto de concluir si podrá predicarse dolo o culpa grave, caso en el cual, de resultar positivo dicho análisis, disponer su condena a restituirle al Estado el monto a que hubiere resultado condenado; en caso contrario, absolverá a dicho colaborador.

c. Tercer grupo. Pronunciamiento del 7 de diciembre de 2004⁹⁰ (Consejo de Estado. Sentencia del 7 de diciembre de 2004). Sentencia considerada *reconceptualizadora*, y sentencia del 23 de julio de 2014⁹¹ (Consejo de Estado. Sentencia del 23 de julio de 2014), que se clasifica como *consolidadora*, ya que expresan su postura respecto de la responsabilidad extracontractual de la actividad de los notarios en cabeza de la Nación colombiana y el organismo encargado de cumplir las funciones relacionadas con la función notarial, que es el Ministerio de Justicia y del Derecho, por consiguiente, éste sería el legitimado en la causa por pasiva.

La corporación precisa que el servicio notarial es un servicio público, cuya titularidad

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 14782. (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. 7 de diciembre de 2004).

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp.3340. (C.P. Hernán Andrade Rincón. 23 de julio de 2014).

corresponde a la nación, la cual se ejerce, reglamenta, inspecciona, vigila y controla su ejercicio a través de sus diferentes autoridades (Ministerio de Justicia), de entidades descentralizadas de distinto orden y naturaleza (Superintendencia de Notariado y Registrado, entidades territoriales), y de particulares que cumplen funciones públicas (notarios).

A su vez el ejercicio del servicio notarial puede comprometer la responsabilidad patrimonial de las personas públicas por distintas razones y títulos jurídicos, así dependiendo de las distintas actuaciones del ejercicio de la función notarial, las diferentes autoridades intervinientes en dicho proceso responderán por el ámbito de competencia que les haya sido atribuido por el ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, deja en claro que la Superintendencia de Notariado y Registro, por ser una entidad descentralizada del orden nacional, por ende dotada de personería jurídica, “no” debe responder directamente por la conducta de los notarios, sino por el incumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, esto es, de manera general, la inspección, vigilancia y control de la actividad notarial⁹² (Consejo de Estado. Sentencia del 23 de julio de 2014).

La sala aclara además, que en los casos en que se cuestione la responsabilidad del Estado por las conductas de los notarios que hubieren causado un daño antijurídico *debe demandarse en representación de la persona jurídica nación al Ministerio de Justicia y del Derecho*, estructura administrativa que tiene a su cargo la reglamentación y gestión del servicio notarial cuya titularidad se ha radicado en la nación.

Esta postura se encuentra sustentada en los siguientes argumentos: Los notarios, a pesar de encontrarse plenamente habilitados para el ejercicio de la función fedante, no tienen dentro de sus competencias la de representar judicialmente a la nación; si bien es cierto que la conducta de los notarios puede comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, desde el punto de vista procesal, los notarios no tienen la capacidad de comprometer el presupuesto de la

⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp.3340. (C.P. Hernán Andrade Rincón. 23 de julio de 2014).

nación.

Así mismo, establece que la responsabilidad del Estado es de carácter anónimo, institucional, el hecho de que se pueda demandar directamente la conducta de los notarios y que se les permita responder autónomamente en los procesos de reparación directa, desnaturaliza esta característica, al confundirse la responsabilidad patrimonial del Estado con la personal de los notarios.

En virtud de la regla general contenida en el artículo 86 C.C.A., y la especial del artículo 120 del decreto 2148 de 1983, la nación deberá, si se configuran las condiciones para ello, repetir contra el notario cuya conducta causó la declaratoria de responsabilidad y la consecuente imposición de la condena.

- d. Cuarto grupo. Sentencia del 9 de mayo de 2012 y sentencia del 10 de agosto de 2015,⁹³ (Consejo de Estado. Sentencia del 9 de mayo de 2012) pronunciamientos jurisprudenciales que se clasifican *confirmadoras de principio o de reiteración*, ya que su argumentación se concentra en el recuento histórico de los precedentes jurisprudenciales que se han venido analizando en este capítulo (*sentencia del 22 de octubre de 1997. Exp: 11.464. - sentencia del 1 de agosto de 2002. Exp: 13.248 - Sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp. 1601.*

Respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado por las actuaciones de los notarios que puedan causar daño a terceros, lo cual permite inferir que debe demandarse en representación de la persona jurídica nación al notario, reiterando que la Superintendencia de Notariado y Registro no se encuentra legitimado en la causa por pasiva.

- 2.2. ¿La falta de legitimación en la causa por pasiva en las demandas de reparación directa por falla del servicio notarial cuando se niegan las pretensiones son una vulneración al derecho de acceso a la administración de justicia?

⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 21692 (C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. 9 de mayo de 2012).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 134248 (C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. 10 de agosto de 2015).

Para efectos de esclarecer la inquietud planteada, es necesario acudir al tratamiento que ha conferido la jurisprudencia a la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, anotando que la misma no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable a las pretensiones del demandante, o bien a las excepciones propuestas por el demandado⁹⁴ (Consejo de Estado. Sentencia del 22 de noviembre de 2001).

Así mismo es menester señalar, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. Es así que *la legitimación en la causa de hecho* alude a la relación procesal existente entre demandante - legitimado en la causa de hecho por activa - y demandado - legitimado en la causa de hecho por pasiva - y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado. Esta vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción.

Por su parte *la legitimación material*, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, porque resultaron perjudicadas y/o porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales⁹⁵ (Consejo de Estado. Sentencia del 31 de octubre de 2017).

De conformidad con lo anterior, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13356 (C.P. María Elena Giraldo Gómez. 22 de noviembre de 2001).

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 10171 (C.P. María Elena Giraldo Gómez. 31 de octubre de 2017).

condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁹⁶ (Consejo de Estado. Sentencia del 17 de junio de 2004).

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado *ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, como quiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de “... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”*⁹⁷ (Consejo de Estado, Sentencia del 1 de marzo de 2006).

En el mismo sentido, en el transcurso de este trabajo se hizo un acercamiento conceptual al derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia, destacando que este derecho permite a cualquier ciudadano acudir a la justicia para obtener una decisión de fondo siempre que se cumplan determinadas cargas procesales previstas en el ordenamiento jurídico⁹⁸ (Corte Constitucional. Sentencia del 29 de mayo de 2002).

Esto muestra que el acceso efectivo a la administración de justicia es un derecho en potencia, es decir, que su contenido general consiste en tener *la posibilidad* de acudir ante los jueces para hacer valer las propias pretensiones, por lo que al legislador procesal le estaría prohibido establecer requisitos excesivos para ejercer la acción, mientras que el juez estaría obligado a interpretar y aplicar las normas procesales de manera amplia para así no vulnerar este derecho.

⁹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13.503. (C.P. María Elena Giraldo Gómez. 17 de junio de 2004).

⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13764. (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. 1 de marzo de 2006).

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil. 29 de mayo de 2002). Por ejemplo, la Corte Constitucional ha precisado que el AEAJ consiste en *"acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes"*.

Si bien es cierto, que el acceso a la jurisdicción está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos o, en general, a la realización de alguna conducta a cargo del sujeto de derecho interesado en acudir a ella. Tales acciones son atribuidas a las partes a título de *carga procesal* y no de *obligación*, de manera que no existe un mecanismo de coerción para exigir su cumplimiento, por lo que el interés en producir el resultado (la apertura del proceso) constituye el único estímulo para su satisfacción⁹⁹ (Echandia, 2012).

No obstante lo anterior, esta afirmación no se puede constituir en una fórmula general de garantía de acceso a la administración de justicia, la cual puede enmarcarse en la temática concreta de nuestro estudio en la faceta concreta de *“la falta de legitimación en la causa por pasiva en los procesos de reparación directa por falla del servicio notarial”* se ha convertido en una práctica reiterativa para denegar las pretensiones del demandante, lo cual a nuestro parecer desencadena una violación al acceso efectivo a la administración de justicia.

Bajo estos postulados se considera que una de las más importantes manifestaciones del derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia consiste en el derecho a obtener una decisión de fondo, de manera que, una vez iniciado el proceso judicial, se espera su conclusión mediante una sentencia judicial que fije de manera precisa si las pretensiones y/o las excepciones de mérito están llamadas a prosperar¹⁰⁰ (Nosete). Así pues, el ejercicio pleno de este derecho conlleva a que cada una de las solicitudes que se efectúen en

⁹⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernán. *Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General*, t. V, *De la Prueba*, 1967, pp. 564-565. Recuérdese que la obligación implica un *“vínculo impuesto a la voluntad del obligado por un interés ajeno; vínculo cuya violación comporta una ilicitud, en cuanto es violación de un mandato que no deja al obligado libertad de elección”*. Mientras que la *“carga”* implica la existencia de una conducta *“que debe ser observada por el interesado si este quiere conseguir un fin (que) de otra manera no (sería) alcanzable”*: Cfr. Gian Antonio Micheli, *La carga de la prueba*, trad. Santiago Sentís Melendo, reimpr., Bogotá, Temis, 2004,

¹⁰⁰ La tutela judicial efectiva en sentido amplio consiste en *“el derecho fundamental al proceso jurisdiccional que dé lugar a una resolución sobre el fondo del asunto cuando concurren los presupuestos procesales y los requisitos esenciales exigidos”*. José Almagro Nosete, en AA.VV., *Derecho procesal*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 180. Cfr. Corte Constitucional, Auto A-077 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, en donde, respecto de la acción de tutela, instrumento de protección de derechos fundamentales, esta Corte manifestó: *“Ningún juez ante el cual se intente la acción de tutela puede abstenerse de resolver de fondo sobre el asunto planteado. Esto es, debe conceder o negar la tutela, motivando debidamente su determinación. De no hacerlo, viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y deja desprotegido al peticionario, desconociendo así el artículo 86 de la Carta”*.

el curso del proceso sea resuelta, y, lo que es más importante, a que exista una respuesta motivada sobre el fondo del litigio¹⁰¹ (Corte Constitucional. , 2005).

Es importante reconocer que los “presupuestos procesales” son requisitos para el surgimiento de una relación jurídica procesal, y que su cumplimiento es necesario para el inicio, desarrollo y conclusión del proceso; de ahí radica su importancia. Estas exigencias permiten que el proceso se desenvuelva y se constituya en un instrumento para dar respuesta a una pretensión concreta. En nuestro análisis, las demandas han sido regularmente presentadas, esto es que cumplen con el lleno de las exigencias legales, existe capacidad para ser parte y capacidad procesal; y finalmente, se reconoce la idoneidad del juez que conoce del proceso en términos de jurisdicción y competencia¹⁰² (Gomez M. E.).

De esta manera, se puede afirmar que las demandas que dieron origen al análisis jurisprudencial objeto de la construcción de la línea jurisprudencial fueron procesos judiciales contruidos sobre bases ciertas y firmes que permitirían evidenciar que se presentaría un análisis juicioso por parte del operador judicial y que culminara con una sentencia que definiera el fondo del litigio. Piénsese en el desgaste injustificado del aparato jurisdiccional en tiempo y recursos, sin contar con los inconvenientes generados en el mismo sentido para las partes (demandantes y demandados).¹⁰³ (Aroca, Derecho Jurisdiccional).

No se entiende, como es posible que pronunciamientos jurisprudenciales disimiles ocasionen la imposibilidad de que los jueces administrativos emitan una sentencia de fondo, debiendo prevalecer a través de la conducta del juez o del máximo organismo de lo contencioso administrativo que estas falencias puedan superarse, surgiendo a nuestro parecer la obligación

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia T-713 de 2005. (M.P.: Rodrigo Escobar Gil). “... si el funcionario judicial competente se abstiene de responderlas [las solicitudes], tal omisión no vulnera el derecho de petición, sino que se constituye en una violación de los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia”.

¹⁰² ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 390. También es necesario para el inicio del proceso la adecuada representación de las partes, la correcta representación por intermedio de abogado y que la acción no esté caducada ni prescrita.

¹⁰³ MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional, Parte general*, cit., p. 343. “Los presupuestos atienden a condiciones que, si bien referidas al proceso como conjunto y no a actos procesales determinados, lo que condicionan es que en el proceso pueda llegar a dictarse una resolución sobre el fondo del asunto”.

de aplicar remedios procesales a través de la unificación de la jurisprudencia¹⁰⁴ (Corte Constitucional. Sentencia SU-600 de 1999).

En conclusión, puede declararse materialmente la vulneración del derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia frente a las providencias judiciales emitidas dentro de los procesos de reparación directa por falla del servicio notarial por falta de legitimación en la causa por pasiva argumentando la indebida representación de la parte demandada (esto es, de la nación), hecho que no ha sido posible se subsane, dando lugar a declarar probada la falta de legitimación por pasiva, señalando extinguido el derecho y negando las pretensiones de la demanda¹⁰⁵ (Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 2007).

A pesar de la importancia de los presupuestos procesales en la conformación de la relación jurídica-procesal y como condición para la sentencia, entender que en su ausencia solo cabe la negación de la decisión de fondo, además de ser excesivamente formalista, desconoce de manera fehaciente el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia.

2.3. Posición reflexiva frente a la legitimación en la causa por pasiva, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por la función notarial.

La postura que se expone a continuación ha sido el resultado del proceso investigativo basado en la revisión y análisis jurisprudencial y bibliográfico que desde un análisis reflexivo permite la construcción de nuevos saberes, con la capacidad de innovar. Como consecuencia de este ejercicio se han obtenido los criterios y conocimiento jurídico para formular una propuesta que se ambiciona se constituya en un aporte de solución real y efectivo para la problemática

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-600 de 1999. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). "Salvo que no se cumplan los requisitos establecidos en la ley o que concurra un motivo jurídicamente válido, la inhibición en que incurre la autoridad pública constituye un comportamiento anómalo".

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 2007. (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Resulta entonces necesario "que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo": Esta Corte ha afirmado en similar sentido: "La interpretación según la cual en el juicio laboral administrativo procede la sentencia inhibitoria cuando la demanda omite el cumplimiento de alguno de los requisitos de conexidad establecidos en el inciso tercero del artículo 82 del CPC, vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia". Corte Constitucional, Sentencia T-1017 de 1999. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

planteada, y así garantizar el cumplimiento del derecho fundamental del acceso efectivo a la administración de justicia de los interesados.

Este enfoque reflexivo se emprende desde una conducta ética, un acto de pensar responsable, consiente y consecuente con un juicio de valoración previo a la acción. *“La acción deliberada y reflexiva es la acción distintivamente ética, porque en ella surge una diferencia entre lo mejor y lo peor”*¹⁰⁶ (Orbe, 1994). Lo que quiere decir que este tipo de prácticas reflexivas se hacen fundamentales en el momento actual para nosotros como investigadores, ya que no solo deben actualizarse y adaptarse a la nueva realidad jurídica, sino que son primordialmente necesarias, tanto en lo conceptual, como en el desarrollo de objetivos y el fomento de habilidades y destrezas. En este escenario nos encontramos ante dos alternativas: una es la de continuar con el rol tradicional de ser exclusivos reproductores o instrumentistas del saber existente, o por el contrario asumir posturas críticas y reflexivas, y actitudes propositivas que nos permita innovar en el quehacer como investigadores, mas humanizados y generadores de cambios reales y positivos que aportan a la sociedad.

Para el efecto, es menester plasmar unas premisas conceptuales que permitirán la construcción de la propuesta planteada, a saber:

- Está claro que el servicio de notariado es un servicio público y función pública, cuya titularidad corresponde a la Nación colombiana, persona jurídica que la delega en los notarios a quienes inviste de poder público autenticador en aplicación de la descentralización por colaboración.
- La representación de la Nación colombiana en los asuntos notariales recae en el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Superintendencia de Notariado y Registro, entidades que ejercen, reglamentan, inspeccionan y vigilan y controlan su ejercicio, a través a los ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, registrador nacional del estado civil, fiscal general de la nación, procurador general de la

¹⁰⁶ BÁRCENA ORBE, Fernando. (1994). *La experiencia reflexiva en la educación*. Barcelona, España: Ediciones Paidós Ibérica S. A.

nación y contralor general, o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

- La naturaleza de las funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro frente las actuaciones de los notarios solo son de inspección y vigilancia.

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia dictada el día 22 de octubre 1997, hace referencia a que, indudablemente, las fallas en el servicio notarial pueden originar la responsabilidad de la Nación colombiana, pero no de la Superintendencia de Notariado y Registro, porque las funciones de esta autoridad relacionadas con las actuaciones de los notarios solo son de inspección y vigilancia. El mismo fallo señaló, con base en la ley, precisa que la responsabilidad de dicha superintendencia será por los actos administrativos suyos, de inscripción, y puede discutirse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho y no por la acción de reparación directa¹⁰⁷ (Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre de 1997).

Expresa además que el servicio de notariado es servicio público y función pública a cargo de la Nación colombiana, persona jurídica que la delega en los notarios a quienes inviste de poder público autenticador. Por lo tanto la Superintendencia de Notariado y Registro no es la autoridad que debe responder patrimonialmente por las irregularidades en que incurren los notarios en la función pública de notariado y registro.

- Los notarios, son particulares que prestan por delegación el servicio público notarial. Sin embargo es un particular que ejerce funciones administrativas cuya acepción en este caso sería: servidor público por asimilación.

Al respecto de la naturaleza jurídica del empleo de los notarios, la jurisprudencia ha expresado que: *“el notario es un empleado o funcionario público de la Nación-Ministerio de Justicia y*

¹⁰⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 11464 (C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. 22 de octubre de 1997). *“... la facultad de inspección y vigilancia no llega hasta el punto de sustituir al Notario en el ejercicio de la tarea asignada por la ley y por lo tanto sin que pueda llegar a afirmarse que toda falla en la prestación del servicio notarial implique una correlativa de la Superintendencia de Notariado y Registro. (...).*

*para ejercer sus funciones toma posesión del cargo, estableciéndose así el vínculo jurídico entre la administración-Ministerio de Justicia y quien presta a ella sus servicios (...)*¹⁰⁸
(Consejo de Estado. Sentencia del 7 de diciembre de 2004).

A su vez, para ejercicio del servicio notarial de acuerdo con el artículo 8 del decreto 960 de 1970, *“Los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la ley”*.

De la misma manera, el artículo 195 ibídem, dispone: *“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 servicio”*.

La jurisprudencia, en este sentido en providencia dictada el día 26 de octubre de 1990 aludió a que un servicio público administrativo del Estado prestado por un particular puede ocasionar la responsabilidad del Estado, porque en tal caso los particulares son funcionarios materiales de función pública¹⁰⁹ (Consejo de Estado.Sentencia del 26 de octubre de 1990).

Esta postura se complementa con el pronunciamiento del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de agosto de 2002, según la cual:

“Tanto los funcionarios públicos, como quienes sin serlo ejerzan función pública, asumen responsabilidad personal, la cual no solamente se halla consagrada en la diversidad de normas de jerarquía legal, sino también en la propia constitución nacional que en su artículo 20 dispone: “Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación o por omisión en el ejercicio de éstas”. Como ya se anotó, los notarios, por el hecho de ejercer una función pública, participan del tratamiento que la carta política y la ley

¹⁰⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 14782. (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. 7 de diciembre de 2004).

¹⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. 1515 (26 de octubre de 1990).

establecen para los primeros con el desarrollo de la función pública en cuestión¹¹⁰ (Consejo de Estado. Sentencia del 10 de agosto de 2002).

- El Estado es responsable por las fallas en el servicio público notarial, afirmación que tiene su sustento en el artículo 131 constitucional¹¹¹ (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia, 1991) y en la jurisprudencia, según sentencia del 22 de octubre de 1997, la cual expresa:

“1. El notariado es un servicio público a cargo del estado quien lo delega para su prestación en los notarios quienes manteniendo el status de particulares están encargados de dar fe pública por delegación de aquél. Quiere ello decir que a pesar de no ostentar el carácter de servidor público en el estricto sentido de la palabra sí ejercen funciones públicas.

De tal suerte que los notarios con sus actuaciones u omisiones bien pueden comprometer patrimonialmente al estado para el resarcimiento de los daños antijurídicos que les sean imputables, padecidos bien por quien demanda su servicio o participación en el tráfico negocial, como también frente a terceros quienes sin haber participado en los actos notariales resulten afectados en sus derechos.

De igual manera si el notario hubiere obrado o dejado de hacer lo que le corresponde legalmente, con dolo o culpa grave, el estado deberá repetir las sumas de dinero a que hubiere sido condenado en favor del damnificado. Todo esto con fundamento en el artículo 90 de la carta política que ha estatuido la responsabilidad patrimonial institucional del Estado frente a la víctima o damnificado, a la vez que impone el deber de repetir contra el agente estatal, si en su comportamiento hubiere estado presente dolo o culpa grave.

2. Al usuario de los servicios notariales y a los terceros que hubieren resultado perjudicados

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Exp. 13248 (10 de agosto de 2002).

¹¹¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 131. Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

por la acción u omisión del personal que integra una notaría, les asiste el derecho fundamental de acceder a la justicia, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del CCA, para que el Estado colombiano (nación-Superintendencia de Notariado y Registro) resulte condenado a resarcirles todos los perjuicios derivados del daño que no estaban obligados a soportar. (...).

En conclusión: La Nación colombiana responde institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente; el damnificado con los daños originados en la actividad notarial no tiene acción directa o personal contra el notario, sino contra el Estado colombiano; lo que el estado resultare obligado a pagar, por el dolo o culpa grave de los servidores de notariado, y solamente cuando esté presente el dolo o culpa grave, deberá intentar repetirlo; y, la vía procesal mediante la cual la víctima o damnificado puede hacer valer sus derechos es la prevista por los artículos 86 y 207 y siguientes del CCA, vale decir, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa a través del procedimiento ordinario¹¹² (Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre de 1997, 1997).

Al amparo de las anteriores consideraciones, se concluye, que el notariado es un servicio público nacional, dispensado a cargo de la nación por medio de funcionario o de particulares (notarios) que de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política son autoridades, agentes del Estado, y en esa condición cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico generan responsabilidad patrimonial de la administración.

A nuestro parecer se comparte el criterio expuesto de manera reiterada por la jurisprudencia en el sentido que no es posible que la Superintendencia de Notariado y Registro no es la persona que tiene que responder por las fallas en la prestación del servicio de notariado y registro, y el otro punto atinente a que las funciones que aquella tiene respecto del ejercicio de la función

¹¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 11464 (Salvamento de voto C.P. Daniel Suarez Hernández. 22 de octubre de 1997).

notarial de los notarios se circunscribe a su inspección y vigilancia, y a su vez estas funciones no tienen injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario.

En síntesis, a este organismo le corresponde la dirección, inspección y vigilancia de los servicios públicos notariales, pero no su prestación directa.

¿Entonces, quien sería la persona que representa a la nación en los casos de falla del servicio por el servicio público notarial? Ante lo cual es necesario precisar la participación del Ministerio de Justicia y del Derecho, donde si bien es cierto esta cartera no tiene atribución legal sobre la vigilancia, control o regulación del servicio público notarial, no estaría llamado a responder directamente por las fallas del servicio, mas sin embargo podría imputarse responsabilidad indirecta, ya que la función notarial es función pública a cargo del Estado, quien a su vez tiene la posibilidad de repetir contra los particulares - entiéndase en nuestro caso notarios - que la ejecutan.

Para ubicar la responsabilidad de este ministerio vale la pena verificar los antecedentes que desde la Constitución de 1886¹¹³ (Consejo de Estado. Sentencia del 7 de diciembre de 2004) se predicaba sobre la función pública del ejercicio de la función notarial, y su pertenencia a la rama ejecutiva del poder público, posición que permaneció en la Constitución de 1991 que refuerza el carácter público del servicio notarial y de la titularidad estatal del mismo, no sólo por las manifestaciones de poder público al hacerlo, sino por las calificaciones hechas de calidad del mismo: de la fe notarial pública y donde tal servicio siguió perteneciendo al Estado¹¹⁴ (Colombia C. d., Constitución Política de Colombia, 1991).

¹¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 14782. (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. 7 de diciembre de 2004). *“Lo mismo se deduce de los decretos leyes dictados por el Presidente de la República, en virtud de las autorizaciones concedidas en la Ley 8ª de 1969, porque en el Decreto-Ley 960 de 20 de junio de 1970 se calificó al notariado como “una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial...” (art. 1º) y porque en el Decreto-Ley 2.163 de 1970, por el cual se oficializó el servicio de notariado, se indicó textualmente que “El notariado es un servicio público del Estado... El notariado forma parte de la rama ejecutiva y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial...”*

¹¹⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 131. *“Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro”*.

Ahora bien, es pertinente indagar sobre las funciones, atribuciones y competencias de los ministerios, para lo cual la ley 489 de 1998 consagra a la competencia del Presidente de la Republica la organización y funcionamiento de los mismos, los objetivos y sus funciones¹¹⁵ (Colombia C. d., Ley 489 de 1998, 1998).

Y para el caso específico del Ministerio del Interior en relación al servicio notarial, de acuerdo con el artículo 2 del decreto 2897 de 2011¹¹⁶ (Republica, Decreto 2897 de 2011, 2011) establece entre otras, que la mencionada cartera cumplirá las siguientes funciones:

“... 9. Participar en el diseño de las políticas relacionadas con la protección de la fe pública en materia de notariado y registro”.

Es de resaltar que mediante decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho, y en donde en su título 6 se reglamenta todo lo relacionado con la función notarial¹¹⁷ (Republica, Decreto 1069 de 2015, 2015).

De esta manera, se puede afirmar, que el Ministerio del Interior por la naturaleza de sus funciones, es la entidad responsable de la prestación del servicio notarial delegado a través de

¹¹⁵ Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Artículo 57. *“Organización y funcionamiento de los ministerios y departamentos administrativos. De conformidad con el artículo 206 de la Constitución Política, el número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley. Compete al Presidente de la República distribuir entre ellos los negocios según su naturaleza”.*

Artículo 58. *“Objetivos de los ministerios y departamentos administrativos. Conforme a la Constitución, al acto de creación y a la presente Ley, los ministerios y los departamentos administrativos tienen como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen”.*

Artículo 59. *“Funciones. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:*

(...) 3. Cumplir con las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto (...).

(...) 7. Orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas (...).”.

¹¹⁶ Decreto 2897 del 11 de agosto de 2011. Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica, las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y se integra el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho.

¹¹⁷ Decreto 1069 de 2015, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho.

sus agentes “*los notarios*”, posición que desde la jurisprudencia se evidencia que la responsabilidad de este no puede desvincularse de la entidad pública a la cual a cuyo nombre actúa, más cuando se encuentra ligado a la prestación de un servicio público administrativo como es la función notarial, y que si en ejercicio de la misma se causa un daño o perjuicio, genera una responsabilidad del Estado, que permitiría que el perjudicado adelante la acción de reparación mediante la acción judicial respectiva¹¹⁸ (Consejo de Estado. Sentencia del 10 de agosto de 2002).

Por consiguiente, en los casos en que se cuestione la responsabilidad del Estado por las actuaciones de los notarios que puedan causar daño a terceros, permite inferir que debe demandarse en representación de la persona jurídica nación al Ministerio de Justicia y del Derecho, estructura administrativa que tiene a su cargo la reglamentación y gestión del servicio notarial cuya titularidad se ha radicado en la nación, no obstante si se configuran las condiciones para ello, se deberá repetir contra el notario cuya conducta dolosa o gravemente culposa causó la declaratoria de responsabilidad y la consecuente imposición de la condena.

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Exp. 13248 (10 de agosto de 2002). “*La responsabilidad personal del agente no tiene la virtualidad de excluir la que corresponde por el mismo hecho a la entidad pública a la cual se encuentra aquél vinculado o a cuyo nombre actúa. La conducta del agente que por acción o por omisión y estando vinculado a la prestación de un servicio público administrativo, sea susceptible de generar daño o perjuicio, vincula la responsabilidad del ente estatal y es por esto que quien afirma haber sido perjudicado con ella puede intentar la acción contenciosa pertinente contra aquél, o contra el agente, o contra ambos, y en todos los casos es la jurisdicción administrativa quien conoce del respectivo proceso, tal como lo establece el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo*”. (...).”

Conclusiones.

El concepto de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia ha evolucionado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En primera instancia se cimentaba en la falla del servicio, donde el factor principal era la falla de la administración como tal y no la culpa personal del agente, siendo este un factor secundario, puesto que el Estado es el llamado a responder y reparar los daños ocasionados a sus administrados por el mal funcionamiento de los servicios públicos. A partir del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia se consagra la obligación indemnizatoria del Estado asignando mayores alcances y cobertura, y se fundamentan las fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, a saber: *la falla del servicio - expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra - el daño especial - el riesgo excepcional - el enriquecimiento injusto - la función legislativa - la función jurisdiccional.*

El concepto de *responsabilidad extracontractual del Estado* se hace extensivo a la actuación de los notarios, particulares que dentro de su actuación como agentes del Estado pueden causar daños por la prestación a nombre del Estado del servicio público notarial en virtud de la denominada descentralización por colaboración, privada o de particulares.

El acceso efectivo a la administración de justicia en Colombia es un derecho de rango constitucional adoptado en sentido amplio, lo que permite que cualquier persona pueda *acudir a la administración de justicia para la resolución de los conflictos particulares o para la defensa del ordenamiento jurídico*, poniendo de relieve que las decisiones que se tomen en ejercicio de éste deber, deben ser eficaces, es decir, que las mismas deben contener una resolución clara, cierta, motivada y jurídica de los asuntos que generaron su expedición; en consecuencia no es de buen recibo que, en virtud de la indefinición jurisprudencial del Consejo de Estado analizada en este trabajo, se termine denegando, por falta de legitimación en la causa por pasiva, las pretensiones de las demandas en los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado ocasionados por la falla del servicio notarial, ocasionándose en la

realidad social y jurídica una violación flagrante al acceso efectivo a la administración de justicia.

El notario es una persona natural que presta el servicio de notariado, el cual es considerado un servidor público por asimilación que está investido por la ley y la constitución de la capacidad de dar fe pública en ejercicio de su función. Por consiguiente, de acuerdo con la naturaleza de sus actividades, además de prestar un servicio público, cumple también una función administrativa, la cual es propia del Estado, pero que ha sido delegada por éste en cabeza del mismo, en virtud de la denominada descentralización por colaboración. Por su parte el artículo 131 constitucional resalta el carácter público del servicio de notariado y otorga la facultad del legislador para reglamentarlo, y a su vez el gobierno tiene la competencia de la creación, fusión y supresión de los círculos notariales y algunas funciones específicas sobre su organización. Bajo esta consideración, la nación debe responder institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente.

El análisis de la jurisprudencia objeto de la investigación permite evidenciar el reconocimiento que las actuaciones de los notarios (particulares que prestan un servicio público investidos de autoridad) son constitutivas de falla en la prestación del servicio notarial que pueden comprometer la responsabilidad del Estado, bajo el entendido que la función notarial es un servicio público nacional, y en esa condición cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico generan responsabilidad patrimonial de la administración; así, el problema presentado en la línea jurisprudencial analizada se centra en la persona o personas que representan legalmente a la nación dentro de los procesos de reparación directa que se presenten ante la jurisdicción contencioso administrativo, derivándose entonces el problema de definición de la legitimación en la causa por pasiva en ese tipo de procesos, análisis que fue reflejado en cuatro diferentes grupos de posiciones jurisprudenciales expuestas por el Consejo de Estado.

Se puede inferir como resultado del trabajo investigativo que la postura más adecuada que responde al problema jurídico planteado es que la persona Ministerio del Interior, es la entidad

responsable de la prestación del servicio notarial delegado a través de sus agentes “*los notarios*”, posición que desde la jurisprudencia se evidencia que la responsabilidad de este no puede desvincularse de la entidad pública a la cual a cuyo nombre actúa, más cuando se encuentra ligado a la prestación de un servicio público como es la función notarial, y que si en ejercicio de la misma se causa un daño o perjuicio, genera una responsabilidad del Estado, que permitiría que el perjudicado adelante la acción de reparación mediante la acción judicial respectiva; en otras palabras en los casos en que se cuestione la responsabilidad del Estado por las actuaciones de los notarios que puedan causar daño a terceros, permite deducir que debe demandarse en representación de la persona jurídica nación al Ministerio de Justicia y del Derecho, estructura administrativa que tiene a su cargo la reglamentación y gestión del servicio notarial cuya titularidad se ha radicado en la nación, no obstante si se configuran las condiciones para ello, se deberá repetir contra el notario cuya conducta dolosa o gravemente culposa causó la declaratoria de responsabilidad y la consecuente imposición de la condena.

Sentencias Consejo de Estado.

Consejo de Estado , C.P. Gustavo A. Valbuena (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Tercera. 29 de Julio de 1947).

Consejo de Estado, C.P. Francisco Eladio Gomez (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera. 30 de Septiembre de 1960).

Consejo de Estado (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Tercera 23 de Mayo de 1973).

Consejo de Estado Proceso N° 10817. , Exp. 10817 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 22 de Octubre de 1981).

Consejo de Estado. Sentencia 26 de octubre de 1990 , Exp. 1515. C.P. Myriam Guerrero de Escobar (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. 26 de Octubre de 1990).

Consejo de Estado. Sentencia del 14 de Mayo de 1990, Exp. 281. C.P. Álvaro Lecompte Luna (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda 14 de Mayo de 1990).

Consejo de Estado.Sentencia del 26 de octubre de 1990, Exp. 1515 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera 1990).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 1997, Exp. 11464. Salvamento de voto C.P. Daniel Suarez Hernández (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 22 de Octubre de 1997).

Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre de 1997, Exp. 11464. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 22 de Octubre de 1997).

Consejo de Estado. Sentencia C-1212 de 2001. , Exp. D-3543. M.P. Jaime Araujo Rentería (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo 2001).

Consejo de Estado. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. 13356. C.P. María Elena Giraldo Gómez (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 22 de Noviembre de 2001).

Consejo de Estado. Sentencia del 1 de agosto de 2002, Exp. 13248. C.P. María Elena Giraldo Gómez (Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera 1 de Agosto de 2002).

Consejo de Estado. Sentencia del 10 de agosto de 2002, Exp. 13248 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo 2002).

Consejo de Estado. Sentencia del 17 de junio de 2004, Exp. 13.503. C.P. María Elena Giraldo Gómez (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 17 de Junio de 2004).

Consejo de Estado. Sentencia del 7 de diciembre de 2004, Exp. 14782. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 7 de Diciembre de 2004).

Consejo de Estado, Sentencia del 1 de marzo de 2006, Exp. 13764. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 1 de Marzo de 2006).

- Consejo de Estado. Sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp. 1601. C.P. Orlando Santofimio Gamboa (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 19 de Octubre de 2011).
- Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2011, Exp. 110010325000201000047 00. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B 30 de Noviembre de 2011).
- Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2011, Exp. 110010325000201000047 00- número interno: 0383-2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. 30 de Noviembre de 2011).
- Consejo de Estado. Sentencia del 1 de mayo de 2012, Exp. 21692. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 1 de Mayo de 2012).
- Consejo de Estado. Sentencia del 23 de julio de 2014, Exp.3340. C.P. Hernán Andrade Rincón (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 23 de Julio de 2014).
- Consejo de Estado. Sentencia del 31 de octubre de 2017., Exp. 10171. C.P. María Elena Giraldo Gómez (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 31 de Octubre de 2017).
- Consejo de Estado , Exp. 25000-23-25-000-1998-02747-01.(C.P. Tarsicio Cáceres Toro. 22 de junio de 2006). Exp. 25000-23-25-000-1998-02478-01(7932-05) (C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. 22 de octubre de 2009). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion tercera).

Sentencias Corte Constitucional.

Corte Constitucional. Sentencia C-308 de 1994 (Corte Constitucional 7 de Julio de 1994).

Corte Constitucional. Sentencia No. C-286 de 1996. Exp. D-1116. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 1996).

Corte Constitucional. Sentencia No. C-286 de 1996. , Exp. D-1116. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. (Corte Constitucional 1996).

Corte Constitucional. Sentencia C-181/97, Exp. D-1450. (M.P. Fabio Morin Díaz). (Corte Constitucional 1997).

Corte Constitucional. Sentencia 2 de diciembre de 1998, Exp. D-2139. M.P. Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional 2 de Diciembre de 1998).

Corte Constitucional. Sentencia C-399 de 1999, Exp. D-2204. M.P. Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional 2 de Junio de 1999).

Corte Constitucional. Sentencia SU-600 de 1999., M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (Corte Constitucional 1999).

Corte Constitucional. Sentencia del 29 de mayo de 2002, Sentencia C 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional 29 de Mayo de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-426/2002, Sentencia C-426/2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional Mayo de 29 de 2002).

Corte Constitucional, C-1083/2005., Sentencia C-1083/2005 M.P. Jaime Araujo Renteria (Corte Constitucional 24 de Octubre de 2005).

Corte Constitucional. , Sentencia T-713 de 2005. M.P.: Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional 2005).

Corte Constitucional , Sentencia T-954/2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño (Corte Constitucional 17 de Noviembre de 2006).

Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional 2007).

Fuentes Formales.

Colombia, C. d. (19 de Abril de 1873). *Ley 29 de 1873*. Recuperado el 22 de Mayo de 2017, de [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1585926?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1585926?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

Colombia, C. d. (5 de Agosto de 1886). *Constitucion de Colombia 1886*. Recuperado el 15 de Abril de 2017, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=7153>

Colombia, C. d. (1887). *Ley 57 de 1887.Codigo Civil Colombiano*.

Colombia, C. d. (4 de Julio de 1991). *Constitucion Politica de Colombia*. Recuperado el 8 de Mayo de 2017, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=4125>

Colombia, C. d. (4 de Julio de 1991). *Constitucion Politica de Colombia. Art. 229*. Recuperado el 16 de Abril de 2017, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=4125>

Colombia, C. d. (4 de Julio de 1991). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=4125>. Recuperado el

14 de Abril de 2017, de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Colombia, C. d. (7 de Marzo de 1996). *Ley 270 de 1996*. Recuperado el 16 de Abril de 2017, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

Colombia, C. d. (29 de Diciembre de 1998). *Ley 489 de 1998*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>

Colombia, C. d. (5 de Julio de 2000). *Ley 588 de 2000*. Recuperado el 12 de Mayo de 2017, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0588_2000.html

Colombia, G. C. (22 de Abril de 1991). Gaceta Constitucional No. 56 del 22 de abril de 1991. Pág. 14. *Ponencia del Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero*.

Colombia, G. d. (3 de Diciembre de 1998). Gaceta No 316 del 3 de diciembre de 1998. *Gaceta del Congreso*.

Colombia, P. d. (20 de Junio de 1970). *Decreto 960 de 1970*. Recuperado el 20 de Mayo de 2017, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0960_1970.html

Colombia, P. d. (1 de Agosto de 1983). *Decreto 2148 de 1983*. Recuperado el 23 de Mayo de 2017, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5227>

Congreso de la Republica de Colombia. (4 de Julio de 1991). *Constitucion Politica de Colombia 1991*. Recuperado el 15 de Abril de 2017, de Alcaldia de Bogota. Consulta de la Norma: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Republica, P. d. (20 de Junio de 1970). *Decreto-ley 960 de 1970*. Recuperado el 14 de Mayo de 2017, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0960_1970.html

Republica, P. d. (11 de Agosto de 2011). *Decreto 2897 de 2011*. Recuperado el 26 de Mayo de 2017, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2897_2011.html

Republica, P. d. (26 de Mayo de 2015). *Decreto 1069 de 2015*. Recuperado el 25 de Mayo de 2017, de <http://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62503>

Bibliografía.

Arcila, C. R. (2001). Derecho Procesal Bogotá. En C. R. Arcila, *Derecho Procesal* (pág. 175). Bogota: Librería del Profesional.

Aroca, J. M. (2000). El derecho procesal en el siglo XXI. En J. M. Aroca, *El derecho procesal en el siglo XXI* (pág. 66). Valencia: Tirant lo Blanch.

Aroca, J. M. (s.f.). Derecho Jurisdiccional. En J. M. Aroca, *Derecho Jurisdiccional* (pág. 343).

Bandres Sanchez-Cruzat, P. (1992). El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional. En B. Sanchez-Cruzat, *El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional* (pág. 101). Pamplona: Arazandi.

Boza, R. S. (2007). Análisis del Sistema de la función notarial en Costa Rica: en la perspectiva del ejercicio de la fe pública . En R. S. Boza, *Análisis del Sistema de la función notarial en Costa Rica: en la perspectiva del ejercicio de la fe pública* (pág. 53). San Jose de Costa Rica: Intellectus.

- Burrieza, A. F. (1990). El derecho a la tutela judicial efectiva. En A. F. Burrieza, *El derecho a la tutela judicial efectiva* (pág. 25). Madrid: Tecnos.
- Caldas, J. E. (2002). Elementos del derecho administrativo general . En J. E. Caldas, *Elementos del derecho administrativo general*. (pág. 131). Bogota: Doctrina y Ley.
- Cenzano, J. C. (2003). Derechos fundamentales y libertades públicas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 222. . En J. C. Cenzano, *Derechos fundamentales y libertades públicas* (pág. 222). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Couture, E. J. (1953). Introducción al estudio del proceso civil. En E. J. Couture, *Introducción al estudio del proceso civil* (pág. 12). Buenos Aires: Depalma.
- Duque, R. H. (1984). La Responsabilidad de la Administración Publica. En R. H. Duque, *Ricardo Hoyos Duque*. Bogota: Temis.
- Echandia, H. D. (2012). Compendio de Derecho Procesal. En H. D. Echandia, *Compendio de Derecho Procesal* (pág. 280). Bogota: Temis.
- Estevez, J. B. (1988). Proceso, procedimientos y recursos ante el tribunal de justicia de las comunidades europeas. En J. B. Estevez, *Proceso, procedimientos y recursos ante el tribunal de justicia de las comunidades europeas*. Barcelona: Ediyotial PPU.
- Fernandez, M. J. (1994). El Principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario, evolucion y alcance. *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 21 No. 3, 860.
- G., M. (2008). El derecho fundamental de acción en la constitución brasileña, Trad. Abraham Luis Vargas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal N.º 34*, 4.

Gaceta Constitucional No. 56. (22 de Abril de 1991). Ponencia del Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Pág. 14. .

Gamboa, J. O. (2003). Tratado de derecho administrativo. En J. O. Gamboa, *Tratado de derecho administrativo* (pág. 163). Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Garzon, A. F. (2013). Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Colombiana. En A. F. Garzon, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Colombiana* (pág. 464). Bogota : Universidad Externado de Colombia.

Gomez, B. (1994). Algunas reflexiones sobre el derecho a la tutela jurisdiccional y a un proceso civil sin dilaciones indebidas. En B. Gomez, *Algunas reflexiones sobre el derecho a la tutela jurisdiccional y a un proceso civil sin dilaciones indebidas* (pág. 11). Sevilla: Real academia y jurisprudencia.

Gomez, M. E. (s.f.). El proceso civil colombiano. En M. E. Gomez, *El proceso civil colombiano* (pág. 390). Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Henao, J. C. (1998). *El Daño*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Investa, I. B. (1995). El derecho a la tutela judicial y al recursos de amparo. En I. B. Investa, *El derecho a la tutela judicial y al recursos de amparo* (pág. 22). Bogota: Editorial Civitas.

Jaramillo, J. T. (2000). La Responsabilidad del Estado. En J. T. Jaramillo, *La Responsabilidad del Estado* (pág. 134). Bogota: Temis.

Jimenez, C. V. (2006). Carlos Vargas Jimenez. *Revista IVSTITIA. El notariado como servicio público*, 234-235.

- Lara, C. S. (2004). La tutela judicial efectiva y el proceso laboral. En C. S. Lara, *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral* (pág. 14). Madrid: Thomson-Civitas .
- Leon, L. M. (2004). *Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana Puente del Común. Particulares que ejercen funciones públicas para la jurisprudencia de la corte constitucional*. Recuperado el 4 de Mayo de 2017, de <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5391/129363.pdf?sequence=1>
- Lopez, J. A. (1997). Régimen Penal de la Función Pública. En J. A. Lopez, *Régimen Penal de la Función Pública*. (págs. 13-14). Bogota: Linotipia Bolivar.
- Maronini, G. (2008). El derecho fundamental de accion en la constitucion brasileña. Trad. Abraham Luis Vargas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* , 4.
- Marrero, O. S. (1973). Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. En O. S. Marrero, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panama* (págs. 95-96). San Jose de Costa Rica: Costa Rica.
- Mata, A. C. (1984). El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional. En A. C. Mata, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional* (pág. 13). Madrid: Edersa.
- Medina, D. E. (2015). El Derecho de los Jueces . En D. E. Medina, *El Derecho de los Jueces*. Bogota: Legis Editores.
- Melendez, G. I. (2005). Naturaleza Jurídica del Notario Costarricense. *Revista de Ciencias Juridicas*, 177-196.
- Melendo, F. C. (1952). Instituciones de derecho procesal civil. En F. Carnelutti, *Instituciones de derecho procesal civil* (pág. 316). Buenos Aires: Ejea.

- Melendo, S. S. (1959). Teoría y práctica del proceso. En S. S. Melendo, *Teoría y práctica del proceso* (págs. 230-231). Buenos Aires: Ejea.
- Nosete, J. A. (s.f.). Derecho Procesal. En J. A. Nosete, *Derecho Procesal* (pág. 180). Tirant lo Blanch.
- Orbe, F. B. (1994). La experiencia reflexiva en la educación. En F. B. Orbe, *La experiencia reflexiva en la educación* (pág. 176). Barcelona: Ediciones Paidós Iberica S.A.
- Pamplona, B. S. (1992). El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional. En B. S. Pamplona, *El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*. Pamplona: Arazandi.
- Peyrano, J. (1993). El proceso atípico. En J. Peyrano, *El proceso atípico* (pág. 48). Buenos Aires: E.U. Universidad.
- Registro, S. d. (28 de Abril de 2004). *Oficina Jurídica. Concepto No.7767* . Recuperado el 25 de Mayo de 2017, de <http://juridicasnr.blogspot.com.co/2004/04/>
- Ruiz, F. B. (2013). Estructura del Estado Colombiano y de la Administración Pública Nacional. En F. B. Ruiz, *Estructura del Estado Colombiano y de la Administración Pública Nacional* (pág. 493). Bogota: Legis.
- Sanchez, G. O. (2007). Introducción al derecho procesal. En G. O. Sanchez, *Introducción al derecho procesal* (pág. 119). Madrid: Marcial Pons.
- Ulloa, J. E. (2002). Municipio y Federalismo. En J. E. Ulloa, *Municipio y Federalismo* (pág. 143). Tunja: Centro de Investigaciones para el Desarrollo CIPADE.
- Vedel, G. (1980). Derecho Administrativo. En G. Vedel, *Derecho Administrativo* (pág. 455). Biblioteca Juridica Aguilar.

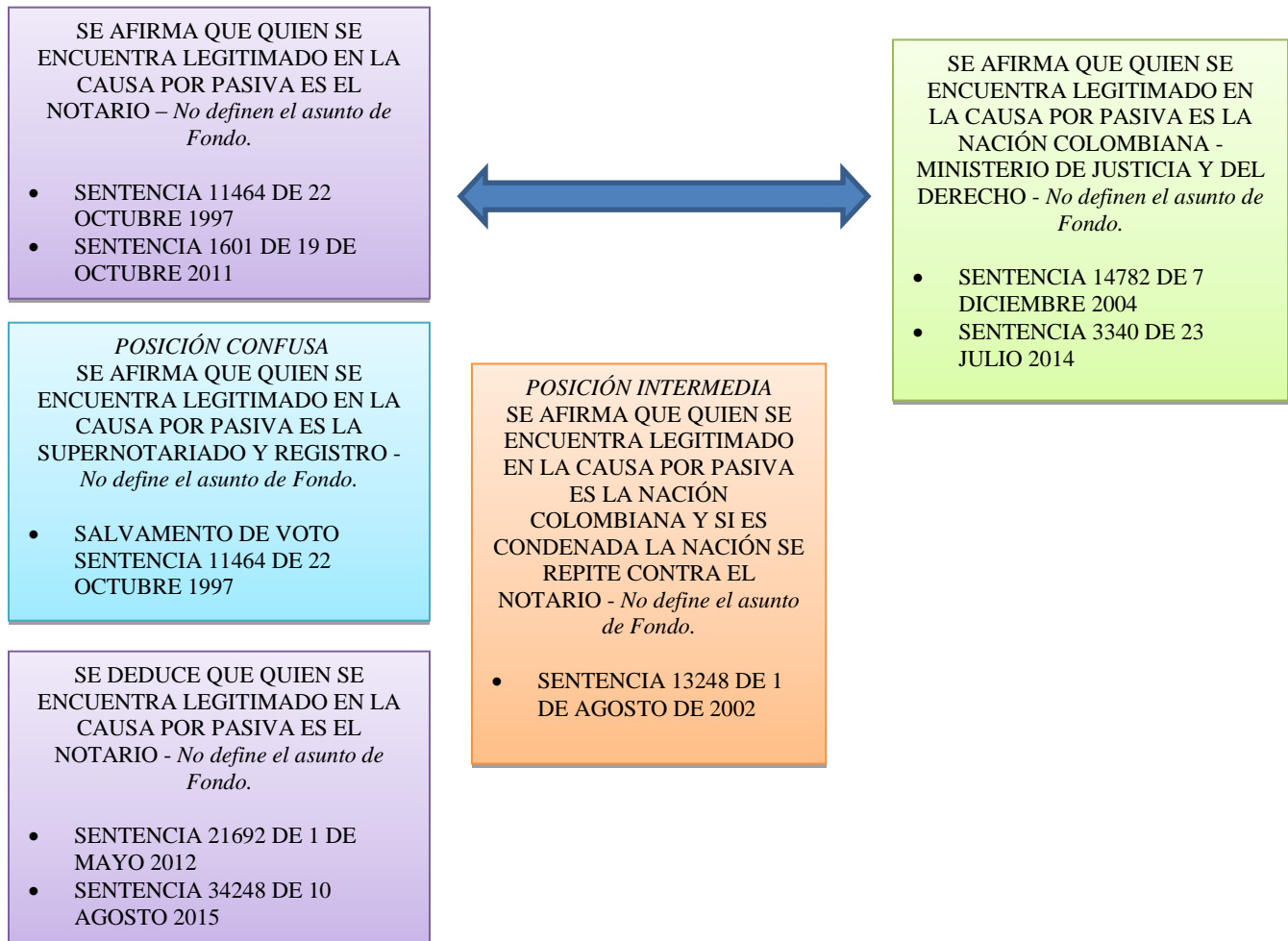
Anexos
Grafica No. 1

Problema Jurídico

¿La ausencia de una postura unificada del Consejo de Estado frente a la legitimación en la causa por pasiva, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por la función notarial, vulnera el derecho fundamental a la administración de justicia en términos de eficacia, en el periodo 1997 – 2015?

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA DEL
SERVICIO NOTARIAL

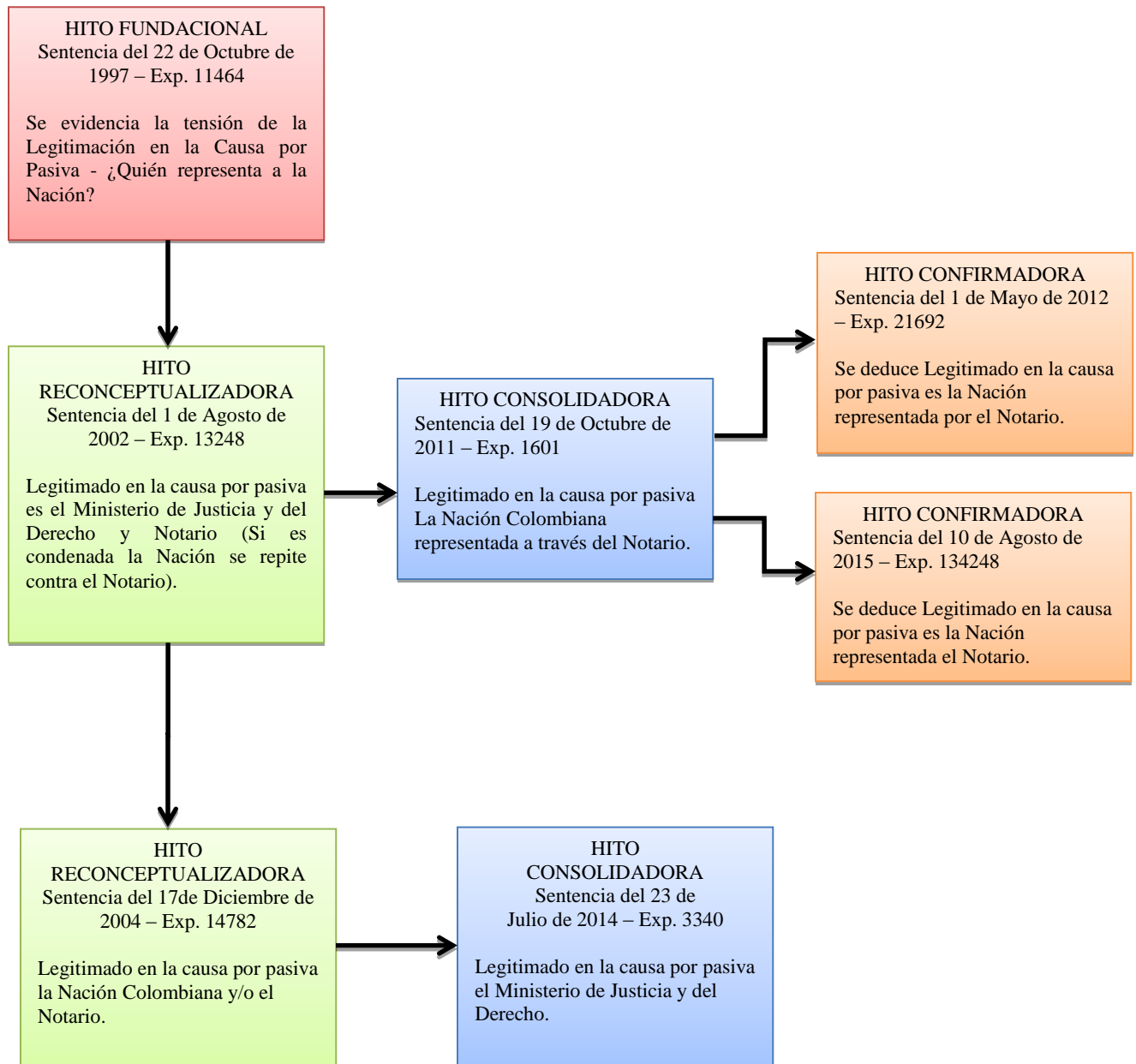
LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA
NACIÓN COLOMBIANA - ¿QUIÉN LA REPRESENTA?



Grafica No. 1 - Elaboración propia a partir del análisis jurisprudencial.

Grafica No. 2

Clasificación de las sentencias – línea jurisprudencial



Grafica No. 2 - Elaboración propia a partir del análisis jurisprudencial.

Tabla de fichas técnicas de análisis de sentencias

1 - FICHA TECNICA DE ANALISIS DE SENTENCIA
IDENTIFICACION
Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera
TIPO DE PROCESO: Reparación Directa
RADICACIÓN No. Sentencia 11464
FECHA DE SENTENCIA: 22 de Octubre de 1997
CONSEJERO PONENTE: Jesús María Carrillo Ballesteros
DEMANDADO: Ministerio de Justicia y Superintendencia de Notariado y Registro
TEMAS: - Falla del servicio notarial: responsabilidad de los notarios y no de la Superintendencia. - Temas específicos: notario, derecho de notariado y registro, Superintendencia de Notariado y Registro. responsabilidad del notario, servicio notarial, Código Contencioso Administrativo.
HECHOS
Los demandantes adquirieron el inmueble de persona que no tenía facultad para transmitir su propiedad, por falsificación que esta hiciera de la firma de su verdadero titular en la escritura pública de la cual pretendía derivar su derecho. Con apoyo en la anterior secuencia del negocio jurídico, los demandantes pretenden la declaratoria de la responsabilidad del Ministerio de Justicia y de la Superintendencia de Notariado y Registro, por falla en el servicio que estima se presentó en los siguientes frentes: 1. Por la negligencia y falla del servicio de vigilancia que deben asumir tales entidades sobre la actividad notarial y que llevó al Notario dieciocho de la ciudad de Bogotá a autorizar una escritura pública permitiendo que uno de los otorgantes fuera suplantado. 2. Por la falla del servicio de la citada superintendencia al proceder a efectuar la cancelación de un registro basado en el oficio 1416 remitido por la unidad quinta de investigación previa y permanente.
DECISIONES
La sala comparte los planteamientos que hace el tribunal con apoyo en los cuales denegó las súplicas de la demanda por las siguientes razones: Se encuentra bien acreditada la excepción por falta de legitimidad pasiva por parte de la Nación-Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta que la Superintendencia de Registro y Notariado es una unidad administrativa especial con personería y patrimonio autónomo, adscrita al Ministerio de Justicia, razón por la cual se encuentra legitimada como parte pasiva dentro del proceso. (D. 1659/78 y D. 2158/92). El simple control de tutela que ejerce el mencionado ministerio originado en su adscripción al mismo, no obliga, a demandar a dicho ministerio antes que a la mencionada superintendencia, la cual como ya se dijo, es un organismo autónomo con capacidad para comparecer al proceso y nombrar su respectivo apoderado, como en efecto lo hizo. Comparte también la negativa a declarar la responsabilidad de la entidad demandada, teniendo en cuenta que si bien es cierto

el servicio de notariado, es un servicio público prestado por particulares que consiste fundamentalmente en dar fe pública sobre actos y hechos conforme a las competencias establecidas en el Decreto 960 de 1970, también es claro que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la misma norma: *“Los Notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la ley”*.

En el artículo 195, el citado decreto, dispone: *“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 servicio”*.

Pero en todo caso, el notariado es un servicio público nacional, dispensado a cargo de la Nación por medio de funcionario o de particulares que de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política son autoridades, agentes por tanto del Estado y en esa condición cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico generan responsabilidad patrimonial de la administración.

En el caso concreto, los demandantes adquirieron el inmueble de una persona que no tenía facultad para transmitir propiedad, por falsificación que esta hiciera de la firma de su verdadero titular en la escritura pública de la cual pretendía derivar su derecho y en ningún momento se observa la falla o deficiencia del ente registrador que pueda servir de título de imputación jurídica de responsabilidad en su contra.

En el evento de falla o deficiencia del servicio ésta sería imputable al Notario y no a la Superintendencia de Notariado, teniendo en cuenta que en principio, la función de vigilancia de ésta no tiene injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario.

Con relación a la actuación de la Superintendencia de Notariado y Registro frente al acto de inscripción del negocio jurídico, se tiene que mediante el oficio 1416 del día 4 de febrero de 1993 el fiscal 63 de la unidad de investigaciones le solicitó a la oficina de instrumentos públicos y privados cancelar las siguientes inscripciones.

“... La 5228 del 22 de octubre de 1990 de la notaría 18 de Santafé de Bogotá venta de José Ignacio Peña Cañón a Eduardo González Rubio y la 8425 del 14 de diciembre de 1990 de la notaría novena de Santafé de Bogotá, venta de Eduardo González Rubio a Florentino Amado Chacón y Nory Medina Medina, las que se encuentran registradas en esa oficina en el folio de matrícula inmobiliaria 050-0216869”.

Considera la sala que lo dicho respecto de la responsabilidad de los Notarios frente a sus actos en ejercicio de sus funciones, se predica igualmente de los actos del registrador, en el sentido que si por medio de los dichos actos se producen daños a los usuarios del servicio, estos no guardan, en principio, conexidad alguna con la función de vigilancia y control de la Superintendencia de Notariado y Registro, cuya responsabilidad únicamente podría ser cuestionada por las eventuales fallas del servicio derivadas de conductas dolosas o culposas emanadas de los funcionarios vinculados a dicha superintendencia.

Además, la sala comparte lo dicho por el tribunal cuando destaca que la acción idónea para deducir responsabilidad por la inscripción del mencionado acto en el registro inmobiliario era la acción de nulidad y restablecimiento consagrada en el artículo 85 del CCA y no la acción de reparación directa aquí interpuesta.

En efecto, el acto de inscripción de un título en la oficina de registro de instrumentos públicos es un acto administrativo mediante el cual ésta entidad luego de verificar los actos ordena su inscripción o la rechaza. Este acto contiene una manifestación de voluntad del Estado que crea o modifica situación jurídica del administrado. En consecuencia la vía idónea para obtener los perjuicios que se pudieran causar con la expedición de los mismos, es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo dicho la sala mantiene la decisión del a quo, cuando declara probada la excepción de acción indebida, propuesta por el centro de imputación jurídica demandado. Aunque el apelante señala que en la demanda no se está pidiendo la nulidad de la inscripción, sino, la reparación directa por falla en la prestación del servicio público notarial, y el no haber rechazado la oficina de registro de instrumentos públicos y privados, la comunicación de la fiscalía, constituye una omisión de las contempladas en el artículo 86 del CCA, la sala recuerda que esta actividad se recogió en el acto administrativo de inscripción en el registro y que dicho acto en su carácter de tal, lleva ínsita la presunción de legalidad del mismo, que el impugnante debió desvirtuar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”.

PROBLEMA JURIDICO

¿La Nación Colombiana – Ministerio de Justicia y/o la Superintendencia de Notariado y Registro se encuentran legitimadas en la causa por pasiva para responder por la falla o deficiencia del servicio notarial o ésta sería imputable al Notario?

REGLAS Y SUBREGLAS DE SOLUCION DE PROBLEMAS

Regla No. 1. La Nación - Ministerio de Justicia no tiene relación con la Superintendencia de Notariado y Registro, teniendo en cuenta que ésta es una unidad administrativa especial con personería y patrimonio autónomo, adscrita al Ministerio de Justicia.

Regla No. 2. El servicio de notariado es un servicio público prestado por particulares que consiste fundamentalmente en dar fe pública sobre actos y hechos conforme a las competencias establecidas en el Decreto 960 de 1970.

Regla No. 3. El notariado es un servicio público nacional, dispensado a cargo de la Nación por medio de funcionario o de particulares que de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política son autoridades, agentes por tanto del Estado y en esa condición cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico generan responsabilidad patrimonial de la administración.

Regla No. 4. En el evento de falla o deficiencia del servicio ésta sería imputable al Notario y no a la Superintendencia de Notariado, teniendo en cuenta que en principio, la función de vigilancia de ésta no tiene injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario.

TESIS DEL CONSEJO DE ESTADO

Se resume la posición del Consejo de Estado de la siguiente manera:

1. Se encuentra bien acreditada la excepción por falta de legitimidad pasiva por parte de la Nación-Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta que la Superintendencia de Registro y Notariado es una unidad administrativa especial con personería y patrimonio autónomo, adscrita al Ministerio de Justicia. (D. 1659/78 y D. 2158/92).

El simple control de tutela que ejerce el mencionado ministerio originado en su adscripción al mismo, no obliga, a demandar a dicho ministerio antes que a la mencionada superintendencia, la cual como ya se dijo, es un organismo autónomo con capacidad para comparecer al proceso y nombrar su respectivo apoderado.

Comparte también la negativa a declarar la responsabilidad de la entidad demandada, teniendo en cuenta *“que si bien es cierto el servicio de notariado, es un servicio público prestado por particulares que consiste fundamentalmente en dar fe pública sobre actos y hechos conforme a las competencias establecidas en el Decreto 960 de 1970, también es claro que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° de la misma norma: “Los Notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la ley”.*

En el artículo 195, el citado decreto, dispone: *“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 servicio”.*

Pero en todo caso, el notariado es un servicio público nacional, dispensado a cargo de la Nación por medio de funcionario o de particulares que de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política son autoridades, agentes por tanto del Estado y en esa condición cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico generan responsabilidad patrimonial de la administración.

En el caso concreto, los demandantes adquirieron el inmueble de una persona que no tenía facultad para transmitir propiedad, por falsificación que esta hiciera de la firma de su verdadero titular en la escritura pública de la cual pretendía derivar su derecho y en ningún momento se observa la falla o deficiencia del ente registrador que pueda servir de título de imputación jurídica de responsabilidad en su contra.

“En el evento de falla o deficiencia del servicio ésta sería imputable al Notario y no a la Superintendencia de Notariado, teniendo en cuenta que en principio, la función de vigilancia de ésta no tiene injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario”.

Salvamento de Voto: EXTRACTOS: *“1. El notariado es un servicio público a cargo del Estado quien lo delega para su prestación en los Notarios quienes manteniendo el status de particulares están encargados de dar fe pública por delegación de aquél. Quiere ello decir que a pesar de no ostentar el carácter de servidor público en el estricto sentido de la palabra sí ejercen funciones públicas. De tal suerte que los Notarios con sus actuaciones u omisiones bien pueden comprometer patrimonialmente al Estado para el resarcimiento de los daños antijurídicos que les sean imputables, padecidos bien por quien demanda su servicio o participación en el tráfico negocial, como también frente a terceros quienes sin haber participado en los actos notariales resulten afectados en sus derechos. De igual manera si el Notario hubiere obrado o dejado de hacer lo que le corresponde legalmente, con dolo o culpa grave, el Estado deberá repetir las sumas de dinero a que hubiere sido condenado en favor del damnificado. Todo esto con fundamento en el artículo 90 de la Carta Política que ha estatuido la responsabilidad patrimonial institucional del Estado frente a la víctima o damnificado, a la vez que impone el deber de repetir contra el agente estatal, si en su comportamiento hubiere estado presente dolo o culpa grave.*

2. Al usuario de los servicios notariales y a los terceros que hubieren resultado perjudicados por la acción u omisión del personal que integra una Notaría, les asiste el derecho fundamental de acceder a la justicia, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del CCA, para que el Estado Colombiano (Nación-Superintendencia de Notariado y Registro) resulte condenado a resarcirles todos los perjuicios derivados del daño que no estaban obligados a soportar. (...).

En conclusión: La Nación colombiana responde institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente; el damnificado con los daños originados en la actividad notarial no tiene acción directa o personal contra el Notario, sino contra el Estado colombiano; lo que el Estado resultare obligado a pagar, por el dolo o culpa grave de los servidores de notariado, y solamente cuando esté presente el dolo o culpa grave, deberá intentar repetirlo; y, la vía procesal mediante la cual la víctima o damnificado puede hacer valer sus derechos es la prevista por los artículos 86 y 207 y siguientes del CCA, vale decir, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa a través del procedimiento ordinario. Daniel Suárez Hernández.

2 - FICHA TECNICA DE ANALISIS DE SENTENCIA

IDENTIFICACION

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

TIPO DE PROCESO: Reparación Directa

RADICACIÓN No. 08001-23-31-000-1998-5004-01(13248)

FECHA DE SENTENCIA: 1 de agosto de 2002

CONSEJERA PONENTE: María Elena Giraldo Gómez

ACTOR: Inversiones Palman Ltda.

DEMANDADO: Superintendencia de Notariado y Registro

TEMAS:

- Inspección y vigilancia sobre el servicio de Notariado y Registro.
- Vigilancia del servicio público Notarial.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Notariado y Registro
- Funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro.

HECHOS

Inversiones PALMAN Ltda., es una empresa que desarrolla actividades de inversión en inmuebles urbanos o rurales, compra y venta de los mismos, adelanta proyectos de urbanismo y construcción y venta de viviendas o edificios por el sistema de propiedad horizontal.

La mencionada, adquirió mediante escritura pública el dominio y posesión sobre un inmueble en Barranquilla, cuyo vendedor fue el señor José María Valencia Gallardo y se protocolizó dicho negocio jurídico mediante escritura No. 965 del 23 de abril de 1987 de la Notaría Segunda de Barranquilla.

A su vez, el señor José María Valencia Gallardo adquirió dicho inmueble mediante escritura pública No. 2854 del 25 de noviembre de 1986, otorgada en la Notaría Segunda de la misma ciudad, escritura debidamente registrada. En dicha escritura figura como vendedor Hugo Franco Camacho, titular del derecho de dominio, de acuerdo con el certificado de tradición, el vendedor actuó en el otorgamiento por conducto de un apoderado especial Jaime Vergara Rubio.

El poder conferido a Jaime Vergara Rubio, por Hugo Franco Camacho (vendedor) fue presentado y reconocido, según aparece en el sello, por el poderdante personalmente ante el Notario Quinto de Barranquilla, doctor Roberto Hernández Rodríguez, quien con su firma certifica y autentica tal hecho. El mismo Notario en declaración rendida ante el Juez 13 de Instrucción Criminal de Barranquilla, confirma que esa es su firma, y que los sellos que aparecen en el poder son los que se utilizan en la Notaría para esos casos. Dicho poder fue presentado ante el Notario Quinto de esta ciudad, el día 10 de julio de 1986.

Registradas las dos escrituras que transmitían el dominio de Hugo Franco Camacho a José María Valencia Gallardo y de éste a Inversiones PALMAN Ltda., el señor Hugo Franco Camacho alega y demanda ante la justicia civil la nulidad de la venta que hiciera por escritura pública a José María Valencia Gallardo por falsedad en el poder que le confiriera a Jaime Vergara Rubio, ya que dice no haber comparecido nunca ante el Notario Quinto de Barranquilla a presentar dicho poder.

Del proceso civil donde se demanda la declaración de nulidad de la venta que hiciera Hugo Franco Camacho a José María Valencia Gallardo y consiguientemente la de este último a Inversiones PALMAN Ltda., conoce el Juzgado 1 Civil del Circuito de Barranquilla, ordenó inscribir la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria respectivo.

El Juez 13 de Instrucción Criminal instruye un proceso de falsedad y estafa el cual correspondió por competencia al Juzgado 3 Penal del Circuito y a su vez decretó el embargo del inmueble.

Inversiones PALMAN Ltda., manifiesta que fue perjudicado ya que no ha podido desarrollar el plan de vivienda que se proponía construir. Cabe destacar que el precio del inmueble fue cancelado en su totalidad.

El Notario 5 del Círculo de Barranquilla, en su testimonio afirma que el señor Hugo Franco Camacho había otorgado poder especial a Jaime Vergara Rubio para vender el inmueble, sin haber establecido la identidad del otorgante de dicho poder, con lo cual permitió que dicho bien saliera del patrimonio de su legítimo propietario para luego posarse en cabeza de Inversiones Palman Ltda., quien ha resultado víctima de los perjuicios ocasionados con esta conducta.

Se demanda a la Nación - Superintendencia de Notariado y Registro, y la mencionada Superintendencia en la contestación solicita la denegación de las pretensiones; propone excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, afirmando que a ella no le corresponde la prestación del servicio de notariado, que los Notarios no son empleados o funcionarios suyos y menos aún son agentes del Superintendente de Notariado y Registro; aseveró que los Notarios son agentes del Gobierno Nacional y nombrados por éste para períodos de cinco años, con ejercicio autónomo de funciones y con responsabilidad por los daños y perjuicios que cause a los usuarios; que respecto a los Notarios ella ejerce, exclusivamente, atribuciones de dirección, inspección y vigilancia del servicio público que prestan y afirma que la jurisdicción que debe conocer de la falsedad y de los daños sufridos por la actora son competencia de la justicia ordinaria.

Por su parte el Ministerio Público pide fallo inhibitorio porque la demanda se instauró contra la Nación cuando en realidad la Superintendencia de Notariado y Registro goza de personería jurídica y patrimonio propio y no tiene la representación legal de la Nación. Critica la pretensión sobre la declaratoria de falsedad de la firma estampada en el documento al considerar que es competencia de la justicia penal. Argumenta que mediante la sentencia penal condenatoria contra las partes que celebraron el negocio jurídico por los delitos de estafa en concurso con los de falsedad en documentos privados y el uso de documento público falso fue probado que el Notario Quinto autenticó un poder falso con el cual uno de aquellos actuó, situación que permitió evidenciar la falla del servicio notarial por omisión en el deber de verificación de la identidad de la persona otorgante del poder; que la relación causal entre la falla en el servicio notarial y el daño sufrido por la actora se prueba con la cadena de hechos estructurados por la falsa firma del poder otorgado fraudulentamente y por las dos ventas inválidas otorgadas mediante el uso del documento falso.

DECISIONES

El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las pretensiones; declaró administrativamente responsable al “Estado Colombiano” por los perjuicios sufridos por la actora y condenó a indemnizar los materiales, por daño emergente y lucro cesante. Y manifiesta lo siguiente:

Frente a la excepción de *falta de legitimidad en la causa por pasiva* alegado por la Supernotariado y Registro, dijo que la demanda se presentó en debida forma y que el demandado sí está legitimado en la causa; argumentó que la Superintendencia de Notariado y Registro goza de personería jurídica y patrimonio autónomo pero esto no enerva su capacidad o facultad de representación de la Nación en relación con el ejercicio del servicio público de notariado.

Frente a las *pretensiones* aplicó el régimen de responsabilidad por falla en el servicio; consideró que la irregularidad imputada sí ocurrió porque el Notario no cumplió con una de sus funciones cual era la de exigir la presentación de la persona que otorgó poder, omisión que permitió que Jaime Vergara Rubio estafara a la actora por medio de dos falsas tradiciones consecutivas, una a Valencia Gallardo y otra a Inversiones PALMAN.

Consideró que el *daño patrimonial* sufrido por la actora es *cierto y determinado* por las erogaciones que hizo para adquirir del inmueble y por la pérdida de las utilidades o dividendos del plan de vivienda que pretendía construir en aquel. Que la *relación de causalidad* también se demostró porque la omisión del Notario dio lugar a la falsa tradición, a que se tuviese por transferido el dominio, a la posesión a favor de la actora y a que la actora cancelara el precio a quien no era el legítimo propietario.

La Superintendencia de Notariado y Registro impugna el fallo para que se revoque y en consecuencia se le exonere de toda responsabilidad. Consideró, que en el fallo se omitió examinar, de fondo, en qué consiste la función de inspección y vigilancia que cumple la Superintendencia; destacó que son diferentes las funciones de inspección y vigilancia que tiene a su cargo con las que tienen los Notarios; que la responsabilidad en esos dos tipos de funciones recaen sobre objetos distintos y sobre personas diferentes; además que los hechos demandados aluden a situaciones particulares de irregularidad respecto del

NOTARIO, conductas por las cuales no está llamada a responder la Superintendencia.

El Consejo de Estado por su parte resuelve: REVÓCAR la sentencia de 16 de diciembre de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico. En su lugar se dispone: NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

PROBLEMA JURIDICO

¿La falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Notariado y Registro; de una parte, porque las funciones que tiene sobre los Notarios es de inspección y vigilancia y de otra porque el servicio de notariado y registro no lo desempeña; argumenta que la responsabilidad en esos dos tipos de funciones recaen sobre objetos distintos y sobre personas diferentes y además que los hechos demandados aluden a situaciones particulares de irregularidad respecto del Notario, conductas por las cuales no está llamada a responder la superintendencia?.

REGLAS Y SUBREGLAS DE SOLUCION DE PROBLEMAS

Regla No. 1. El notariado es un servicio público del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para fines y con los efectos consagrados en las leyes.

Regla No. 2. El Servicio de Notariado y Registro es una función para dar fe pública y que pertenece al Estado, Nación colombiana, que lo ha delegado en los Notarios.

Regla No. 3. La vigilancia notarial será ejercida por el Ministerio de Justicia, por medio de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Regla No. 4. La vigilancia tiene por objeto velar porque el servicio notarial se preste oportuna y eficazmente, y conlleva el examen de la conducta de los Notarios y el cuidado del cumplido desempeño de sus deberes con la honestidad, rectitud e imparcialidad correspondiente a la naturaleza de su ministerio.

TESIS DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala entra a decidir el recurso de apelación de la siguiente manera:

Recurso interpuesto por la Superintendencia de Notariado y Registro contra la sentencia proferida el día 16 de diciembre de 1996 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, centrado en dos puntos: uno relativo a que esta superintendencia no es la persona que tiene que responder por las fallas en la prestación del servicio de notariado y registro, y el otro punto atinente a que las funciones que aquella tiene respecto del ejercicio de la función notarial de los Notarios se circunscribe a su inspección y vigilancia.

Precisa que el servicio de notariado es servicio público y función pública a cargo de la Nación colombiana, persona jurídica que la delega en los Notarios a quienes inviste de poder público autenticador. Por lo tanto la Superintendencia de Notariado y Registro no es la autoridad que debe responder patrimonialmente por las irregularidades en que incurrir los Notarios en la función pública de notariado y registro.

La jurisprudencia, en providencia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, el día 26 de octubre de 1990 (Exp. 1515, actor: César Augusto López Varela), aludió a que un servicio público administrativo del Estado prestado por un particular puede ocasionar la responsabilidad del Estado, porque en tal caso los particulares son funcionarios materiales de función pública.

En igual sentido, en sentencia dictada el día 22 de octubre 1997 por el Consejo de Estado, alude que las fallas en el servicio notarial pueden originar la responsabilidad de la Nación colombiana, pero que aquellas no pueden deducirse por el resultado de la función notarial, no pueden originar la responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro porque las funciones de esta autoridad relacionadas con las actuaciones de los Notarios solo son de inspección y vigilancia. El mismo fallo señaló, con base en la ley, que la responsabilidad de dicha superintendencia por los actos administrativos suyos, de inscripción, puede discutirse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho y no por la acción de reparación directa.

En el caso concreto, los demandantes adquirieron el inmueble de una persona que no tenía facultad para transmitir propiedad, por falsificación que esta hiciera de la firma de su verdadero titular en la escritura pública de la cual pretendía derivar su derecho y en ningún momento se observa la falla o deficiencia del ente registrador que pueda servir de título de imputación jurídica de responsabilidad en su contra.

Considera la Sala que lo dicho respecto de la responsabilidad de los Notarios frente a sus actos en ejercicio de sus funciones, se predica igualmente de los actos del registrador, en el sentido que si por medio de dichos actos se producen daños a los usuarios del servicio, estos no guardan en principio, conexidad alguna con la función de vigilancia y control de la Superintendencia de Notariado y Registro, cuya responsabilidad únicamente podría ser cuestionada por las eventuales faltas del servicio derivadas de conductas dolosas o culposas emanadas de los funcionarios vinculados a dicha superintendencia.

Al tenor anterior, el Consejo de Estado concluye que: La Nación colombiana responde institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente; el damnificado con los daños originados en la actividad notarial no tiene acción directa o personal contra el Notario, sino contra el Estado colombiano; lo que el Estado resultare obligado a pagar, por el dolo o culpa grave de los servidores del notariado, y solamente cuando esté presente el dolo o culpa grave, deberá intentar repetirlo; y, la vía procesal mediante la cual la víctima o damnificado puede hacer valer sus derechos es la prevista en el Código Contencioso Administrativo, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa a través del procedimiento ordinario.

En el caso in examine se presentan todas las circunstancias consignadas en el párrafo anterior y por consiguiente la sentencia debió ser de mérito o estimatoria para así haber declarado la responsabilidad de la Nación colombiana - Superintendencia de Notariado y Registro, a su vez establecer el monto de la indemnización para proseguir con el análisis de la conducta del Notario a efecto de concluir si podrá predicarse dolo o culpa grave, caso en el cual, de resultar positivo dicho análisis, disponer su condena a restituirle al Estado el monto a que hubiere resultado condenado; en caso contrario, absolverá dicho colaborador del Estado.

El acervo probatorio y el marco jurídico indican de que la irregularidad en que incurrió el Notario, al no tomar la huella dactilar del índice derecho de los comparecientes, es una falencia que no le es imputable a la mencionada superintendencia y, en segundo lugar, que esa irregularidad solo es predicable de otra persona jurídica como es la Nación, falencia que por sí sola no es conclusiva de responsabilidad porque la prueba de la falla no es al mismo tiempo prueba del nexo adecuado de causalidad.

Por consiguiente la Sala resuelve: REVÓCAR la sentencia de 16 de diciembre de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico. En su lugar se dispone: NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

3 - FICHA TECNICA DE ANALISIS DE SENTENCIA

IDENTIFICACION

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

TIPO DE PROCESO: Reparación Directa

RADICACIÓN No. 14782

FECHA DE SENTENCIA: 7 de diciembre de 2004

CONSEJERO PONENTE: Alier Eduardo Hernández Enríquez

ACTOR: Urbanizadora David Puyana S.A.

DEMANDADO: Nación Ministerio de Justicia

TEMAS:

- Función notarial: es un servicio público a cargo de la nación.
- La falla en la prestación del servicio notarial no puede ser imputada a la Superintendencia de Notariado y Registro.
- Las funciones que tiene en relación con los Notarios son de asistencia, inspección y vigilancia.

HECHOS

Mediante demanda presentada el 5 de septiembre de 1994, a través de apoderado, la sociedad urbanizadora David Puyana S.A. solicitó que se declarara que la Nación Ministerio de Justicia es responsable de los perjuicios patrimoniales causados a ella *“por falla presentada con ocasión de la autorización que dio el Notario Primero del círculo de Bucaramanga, para la facción de la escritura pública 4078 de septiembre 19 de 1992, sin el lleno de los requisitos legales”*.

Pidió, además, que, como consecuencia de esta declaración, se condenara a la demandada a pagarle el lucro cesante *“sobre el valor comercial que tiene el inmueble...”* identificado como local 246 del centro comercial Cañaveral de la ciudad de Floridablanca, correspondiente a la suma de \$ 77.465.000, y por concepto de daño emergente, la suma de \$ 3.630.205, así: \$ 1.946.282, por los arriendos dejados de percibir desde que la demandante fuera desalojada del inmueble referido, y \$ 1.683.923 por las cuotas de administración dejadas de percibir por aquella, desde la misma fecha, a razón de \$ 80.000 mensuales.

En apoyo de sus pretensiones, los demandantes narraron los siguientes hechos:

Mediante escritura pública 3454 del 21 de octubre de 1986, Ángel María Pérez Archila vendió a la sociedad urbanizadora David Puyana S.A. el local 246 del centro comercial Cañaveral, de la ciudad de Floridablanca.

Esta escritura, sin embargo, no pudo ser registrada en la oficina de registro de instrumentos públicos de Bucaramanga, *“dado que el inmueble, según nota dirigida por dicha oficina al comprador, se hallaba embargado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga”*.

En diversas oportunidades, la demandante le pidió al vendedor que desembargara el bien, para proceder al registro de la venta, pero se negó a hacerlo.

Posteriormente, el señor Ángel María Pérez Archila vendió por segunda vez el local mencionado, esta vez a Jorge Enrique Archila Moreno, mediante escritura pública 4078 del 19 de septiembre de 1992, otorgada en la Notaría Primera de Bucaramanga, la cual fue autorizada por el Notario sin el requisito previsto en el artículo 43 del Decreto 2163 de 1970, referido a la necesidad de presentar los comprobantes fiscales respectivos. En efecto, el vendedor no presentó el comprobante fiscal correspondiente al parqueadero 90 del centro comercial Cañaveral, que se enajenó junto con el local 246.

Una vez autorizada la escritura 4078, sus otorgantes la presentaron ante la oficina de registro de instrumentos públicos de

Bucaramanga el 14 de enero de 1993, *“conjuntamente con el oficio 8 del mismo día, librado por el Juzgado 4° Civil del Circuito de Bucaramanga, en el que se ordenaba levantar el embargo que pesaba contra el inmueble referido”*.

Cuando la sociedad demandante conoció el desembargo del local y el parqueadero mencionados, presentó inmediatamente, ante la oficina de registro, la escritura 3454 del 21 de octubre de 1986, ya citada. Sin embargo, dicha oficina se negó a registrarla *“en cuanto hace referencia al local 246, argumentando que éste ya había sido registrado a nombre de Jorge Enrique Archila Moreno”*. Se registró, entonces, únicamente, la venta del parqueadero 90, efectuada a favor de David Puyana S.A.

Se concluyó, conforme a lo anterior, que *“la grave omisión del señor Notario Primero de Bucaramanga, al autorizar la escritura 4078, sin la presentación de los comprobantes fiscales, paz y salvo predial, correspondientes a los predios relacionados en la escritura, causó un daño patrimonial a (la demandante)... ya que ésta, una vez se produjo el desembargo de los bienes tantas veces citados, no pudo hacer valer el derecho por la falla omisiva del Notario de marras”*.

La representante del Ministerio Público consideró que hay falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que la demanda debió dirigirse contra la Superintendencia de Notariado y Registro, por lo cual solicitó absolver a la Nación.

DECISIONES

Mediante sentencia del 15 de diciembre de 1997, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió el proceso en primera instancia, *“Acogiendo los planteamientos de la representante del Ministerio Público, consideró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que la demanda debió formularse contra la Superintendencia de Notariado y Registro, unidad administrativa especial con personería jurídica y patrimonio autónomo, desde la expedición del Decreto-Ley 1659 de 1978. Al respecto, además, precisó:*

“Resta anotar que independientemente de quien sea el nominador del Notario, la responsabilidad que se impute al servicio de notariado recae sobre la Superintendencia de Notariado y Registro a quien le corresponde la dirección, inspección y vigilancia de los servicios públicos de notariado, según lo establece el artículo 3° del Decreto 1659 de 1978”.

Recurso de Apelación: Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso en su contra recurso de apelación.

Manifestó que la demanda no se formuló contra la Superintendencia de Notariado y Registro teniendo en cuenta que, como lo acepta el tribunal, a este organismo le corresponde la dirección, inspección y vigilancia de los servicios públicos notariales, pero no su prestación directa. En efecto, dichos servicios están a cargo de la Nación, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 a 3 del Decreto 2163 de 1970, mantenidos en esencia en la Ley 29 de 1973. Así, es la Nación la que debe responder por los daños que se ocasionen a los particulares con el desempeño de las funciones notariales, teniendo en cuenta, además, que el Notario es un *“empleado o funcionario público de la Nación-Ministerio de Justicia y para ejercer sus funciones toma posesión del cargo, estableciéndose así el vínculo jurídico entre la administración-Ministerio de Justicia y quien presta a ella sus servicios (...)”*.

PROBLEMA JURIDICO

¿El Ministerio de Justicia se encuentran legitimado en la causa por pasiva para responder por la falla o deficiencia del servicio notarial o ésta sería imputable a la Superintendencia de Notariado y Registro?

REGLAS Y SUBREGLAS DE SOLUCION DE PROBLEMAS

Regla No. 1. Las fallas en el servicio notarial pueden originar la responsabilidad de la Nación Colombiana.

Regla No. 2. Las funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro relacionadas con las actuaciones de los Notarios solo son de inspección y vigilancia.

Regla No. 3. La Superintendencia de Notariado y Registro no está legitimada materialmente en la causa en cuanto a las imputaciones directas que se le hicieron por irregularidades en el servicio de notariado en que pueda incurrir los Notarios.

Regla No. 4. Cuando se constituye una típica falla del servicio notarial la misma resulta imputable a la Nación, representada por el Ministro de Justicia, y no a la Superintendencia de Notariado y Registro.

TESIS DEL CONSEJO DE ESTADO

La sala considera que considera esta Sala que le asiste razón a la parte demandante, teniendo en cuenta los argumentos que, con anterioridad, ha presentado la jurisprudencia, de los cuales resultan especialmente pertinentes los siguientes, contenidos en la sentencia del 10 de agosto de 2002, pronunciada dentro del expediente radicado con el número 5004 (Nº interno 13.248), sentencia que se encuentra analizada dentro del presente estudio y, según la cual:

“Tanto los funcionarios públicos, como quienes sin serlo ejerzan función pública, asumen responsabilidad personal, la cual no solamente se halla consagrada en la diversidad de normas de jerarquía legal, sino también en la propia Constitución Nacional que en su artículo 20 dispone: “Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación o por omisión en el ejercicio de éstas”. Como ya se anotó, los Notarios, por el hecho de ejercer una función pública, participan del tratamiento que la Carta Política y la ley establecen para los primeros con el desarrollo de la función pública en cuestión.

La responsabilidad personal del agente no tiene la virtualidad de excluir la que corresponde por el mismo hecho a la entidad pública a la cual se encuentra aquél vinculado o a cuyo nombre actúa. La conducta del agente que por acción o por omisión y estando vinculado a la prestación de un servicio público administrativo, sea susceptible de generar daño o perjuicio, vincula la responsabilidad del ente estatal y es por esto que quien afirma haber sido perjudicado con ella puede intentar la acción contenciosa pertinente contra aquél, o contra el agente, o contra ambos, y en todos los casos es la jurisdicción administrativa quien conoce del respectivo proceso, tal como lo establece el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo”. (...).”

Esta Sección del Consejo de Estado... aludió, en sentencia dictada el día 22 de octubre 1997, a que, indudablemente, las fallas en el servicio notarial pueden originar la responsabilidad de la Nación Colombiana, pero que aquéllas no... pueden originar la responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro, porque las funciones de esta autoridad relacionadas con las actuaciones de los Notarios solo son de inspección y vigilancia. El mismo fallo señaló, con base en la ley, que la responsabilidad de dicha superintendencia por los actos administrativos suyos, de inscripción, puede discutirse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho y no por la acción de reparación directa. Textualmente expresó lo que sigue:

“... la facultad de inspección y vigilancia no llega hasta el punto de sustituir al Notario en el ejercicio de la tarea asignada por la ley y por lo tanto sin que pueda llegar a afirmarse que toda falla en la prestación del servicio notarial implique una correlativa de la Superintendencia de Notariado y Registro. (...).

Pero en todo caso, el notariado es un Servicio Público Nacional, dispensado a cargo de la Nación por medio de funcionario o de particulares que, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, son autoridades, agentes por tanto del Estado y, en esa condición, cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico, generan responsabilidad patrimonial de la administración. (...).”

Considera la Sala que lo dicho respecto de la responsabilidad de los Notarios frente a sus actos en ejercicio de sus funciones, se predica igualmente de los actos del registrador, en el sentido que si por medio de dichos actos se producen daños a los usuarios del servicio, estos no guardan en principio, conexidad alguna con la función de vigilancia y control de la Superintendencia de Notariado y Registro, cuya responsabilidad únicamente podría ser cuestionada por las

eventuales fallas del servicio derivadas de conductas dolosas o culposas emanadas de los funcionarios vinculados a dicha superintendencia.

Además, la Sala comparte lo dicho por el tribunal cuando destaca que la acción idónea para deducir responsabilidad por la inscripción del mencionado acto en el registro inmobiliario era la acción de nulidad y restablecimiento consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y no la acción de reparación directa aquí interpuesta. (...)”.

Partiendo del marco jurídico visto y de la jurisprudencia y la doctrina como auxiliares en la administración de justicia, se verá, en primer lugar y como lo dijo la Superintendencia de Notariado y Registro, que el derecho y las pruebas son indicadores de que la irregularidad en que incurrió el Notario, no tomar la huella dactilar del índice derecho de los comparecientes, es una falencia que no le es imputable a la mencionada superintendencia y, en segundo lugar, que esa irregularidad sólo es predicable de otra persona jurídica como es la Nación...”.

Conforme a lo anterior, puede concluirse que la falla que se presenta en la prestación misma del servicio notarial no puede ser imputada a la Superintendencia de Notariado y Registro, teniendo en cuenta que, si bien la misma constituye una unidad administrativa especial, con personería jurídica y patrimonio autónomo, y, por lo tanto, tendría capacidad para intervenir como parte en un proceso judicial, las funciones que tiene en relación con los Notarios son de asistencia, inspección y vigilancia respecto del servicio público que prestan. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Decreto 1659 de 1978, y 1 y 2 del Decreto 2158 de 1992, por el cual se derogó aquél. La función notarial constituye un servicio público a cargo de la Nación, prestado por los Notarios, que tienen, además, la condición de particulares y no forman parte de la estructura administrativa de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Por otra parte, es claro que si la falla se presenta en el cumplimiento de las labores de asistencia, inspección y vigilancia a cargo de la mencionada superintendencia, y no en la prestación del servicio notarial, el daño le será imputable a aquella directamente, puesto que se tratará del incumplimiento de las funciones que legalmente le corresponden, y, en ese evento, tendrá legitimación para ser demandada en el proceso correspondiente.

Por lo demás, debe precisarse lo expresado en la sentencia citada, en el sentido de que una observación similar a la efectuada respecto del servicio notarial puede hacerse sobre la imputación de las fallas que se presentan en la prestación del servicio de registro de instrumentos públicos. En este caso, en efecto, debe tomarse en consideración el hecho de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 1659 de 1978 y en la norma del mismo número del Decreto 2158 de 1992, las oficinas de registro de instrumentos públicos, aunque son autónomas en el ejercicio de la función registral, son dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro. Así, las fallas antes aludidas pueden imputarse a esta última entidad.

Ahora bien, en el caso concreto, el hecho al que pretende atribuirse el daño causado está referido, específicamente, a la autorización de una escritura pública en contra de una prohibición legal, lo que constituye, evidentemente, una típica falla del servicio notarial. Por esa razón, no cabe duda de que la misma resultaría imputable a la Nación, representada por el Ministro de Justicia, y no a la Superintendencia de Notariado y Registro. No puede prosperar, entonces, la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el Ministerio Público.

4 - FICHA TECNICA DE ANALISIS DE SENTENCIA

IDENTIFICACION

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

TIPO DE PROCESO: Reparación Directa

RADICACIÓN No. 05001-23-26-000-1995-1601-01 – expediente 20.222

FECHA DE SENTENCIA: 19 de Octubre de 2011

CONSEJERO PONENTE: Orlando Santofimio Gamboa

ACTOR: Jesús Elkin Raigosa Maya

DEMANDADO: Superintendencia de Notariado y Registro

TEMAS:

- Responsabilidad del estado por la falla en el servicio notarial.
- Evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado.
- Carrera notarial,
- Actividad notarial,
- Faltas de la administración pública

HECHOS

El 18 de octubre de 1995, el señor Jesús Elkin Raigosa Maya presentó demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Superintendencia de Notariado y Registro.

1.1. Pretensiones.

- a. Que se declare patrimonialmente responsable a la demandada por los perjuicios causados al actor, con ocasión de la falla en el servicio en que incurrió el Notario 18 del Círculo de Medellín, quien dio fe en forma errónea acerca de la identidad de la supuesta vendedora de un inmueble que pagó y frente al cual se realizó escritura de compraventa ante dicha Notaría.
- b. Que, en consecuencia, se condene a la demandada a indemnizar al actor los perjuicios materiales que estimó en \$19'790.000 y que corresponden al precio del inmueble y a los derechos notariales y de impuesto de renta departamental que pagó.

1.2. Hechos.

- a. El señor Jesús Elkin Raigosa Maya conoció de la venta de un apartamento a través de un anuncio de prensa y se comunicó con la persona que figuraba en el mismo, señora Gladis Ocampo, quien afirmó ser mediadora de la negociación y le mostró el inmueble que se encontraba en ese momento arrendado.
- b. El 29 de noviembre de 1993, el señor Raigosa compareció a la Notaría 18 del círculo notarial de Medellín, con el fin de celebrar el contrato de compraventa con la supuesta vendedora y propietaria del apartamento, quien afirmó ser María Lucrecia Orrego Ochoa.
- c. En la Notaría, como el actor no conocía a la supuesta vendedora, “se atuvo a la constatación de la identidad que la Notaría hizo de tal señora” y procedió a firmar la escritura pública No. 7778 del 29 de noviembre de 1993, que contenía la venta del apartamento identificado con el número de matrícula inmobiliaria 001-5007251.
- d. Al salir de la Notaría, el señor Raigosa y la supuesta vendedora se dirigieron a la oficina del primero, en donde éste le entregó \$5'000.000 en efectivo y un cheque por \$14'500.000, que en total ascendieron a \$19'500.000 que fue el

precio real de la venta a pesar de que en la escritura pública 7778 figuró como precio \$10'810.000, que se pactó únicamente para efectos fiscales.

- e. A la semana, la supuesta vendedora se comunicó con el señor Raigosa y éste le manifestó que ya había registrado la escritura pública y que estaba pendiente la entrega material del apartamento.
- f. Pasaron los días y el actor no volvió a saber de la supuesta vendedora ni de la intermediaria, razón por la cual se comunicó con la arrendataria del apartamento, quien a su vez llamó a la verdadera propietaria del inmueble, señora María Lucrecia Urrego y una vez enterada de los hechos, formuló denuncia penal por falsa venta de su apartamento. La Fiscalía constató los hechos y ordenó cancelar la escritura pública y los respectivos registros.
- g. La parte demandada incurrió en falla en el servicio, al no constatar que quien compareció a título de vendedora no era la real propietaria del inmueble, que la cédula con la que se identificó no era suya sino que se trataba de un duplicado falso y que la firma de la fotocopia de la cédula no correspondía a la plasmada en la escritura pública.

DECISIONES

Primera Instancia. El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión con sede en Medellín, Sala Uno de Decisión, negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda. Manifestó que como la demanda se presentó contra la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad pública del sector descentralizado y de nivel nacional, la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la competente para conocer del asunto.

Explicó que una de las funciones atribuidas por la ley a los Notarios, consistía en la identificación de los comparecientes con los documentos pertinentes, de lo cual debían dejar testimonio, sin que les fuese exigible comprobar la autenticidad de los mismos, puesto que el documento de identificación era público y no requería de acto especial para su autenticidad. No obstante, señaló que si el Notario hubiere advertido que el documento de identificación no era legítimo sino que había sido falsificado, no hubiese podido autorizar la escritura pública, sino que en ese caso tendría que denunciar el delito.

Con fundamento en lo anterior, indicó que la parte demandante no demostró que el Notario tenía todos los elementos necesarios para detectar la falsificación, sino que, por el contrario, el material probatorio mostró que el Notario fue diligente al exigir el documento de identificación de los comparecientes con la respectiva huella digital.

Concluyó que el daño no resultaba imputable al Notario y, como éste fue causado por el hecho excluyente de un tercero, no había lugar a analizar la conducta de la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad que consideró ajena a los hechos.

Segunda Instancia. CONFIRMAR la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión con sede en Medellín, Sala Uno de Decisión.

Comoquiera que en este caso se demandó únicamente a la Superintendencia de Notariado y Registro, por la falla del Notario, hay lugar a declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la imputación fáctica y jurídica de la demanda no permite deducir que se hubiere demandado por la falla en la inspección, control y vigilancia del servicio notarial, sino directamente por la falla del Notario.

PROBLEMA JURIDICO

¿La Superintendencia de Notariado y Registro se encuentra legitimada en la causa por pasiva para responder por la falla en la prestación del servicio notarial de responsabilidad directa del Notario o ésta es imputable a la Nación representada a través del Notario?

REGLAS Y SUBREGLAS DE SOLUCION DE PROBLEMAS

Regla No. 1. Las actuaciones u omisiones de los particulares que ejercen función pública puede comprometer la responsabilidad del Estado, esto es de la Nación Colombiana.

Regla No. 2. Los eventos en los cuales se pretenda declarar la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial, resulta indispensable llamara a la Nación representada a través del Notario.

Regla No. 3. La responsabilidad patrimonial de la Superintendencia de Notariado y Registro solo se configura por el incumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico le ha atribuido.

Regla No. 4. La Superintendencia de Notariado y Registro no responde patrimonialmente por la conducta particular de los Notarios.

TESIS DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado ha explicado en múltiples providencias que el ejercicio de un servicio público que presta un particular puede generar la responsabilidad del Estado. Así, en auto del 26 de octubre de 1990, la Sección Primera explicó:

“I. La función que desarrollan los Notarios es por su esencia una función pública, como que son éstos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controversiales ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo preceptúa el artículo 82 del C. C. A.

II. Tanto los funcionarios públicos, como quienes sin serio ejerzan función pública, asumen responsabilidad personal, la cual no solamente se haya consagrada en diversidad de normas de jerarquía legal, sino también en la propia Constitución Nacional que en su artículo 20 dispone: “Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”. Como ya se anotó, los Notarios por el hecho de ejercer una función pública participan del tratamiento que la Carta Política y la ley establece para los primeros, en cuanto toque con el desarrollo de la función pública en cuestión.

La responsabilidad personal del agente no tiene la virtualidad de excluir la que corresponde por el mismo hecho a la entidad pública a la cual se encuentra aquél vinculado o a cuyo nombre actúa. La conducta del agente que por acción o por omisión y estando vinculado a la prestación de un servicio público administrativo, sea susceptible de generar daño o perjuicio, vincula la responsabilidad del ente Estatal y es por esto que quien afirma haber sido perjudicado con ella puede intentar la acción contenciosa pertinente contra aquél, o contra el agente, o contra ambos, y en todos los casos es la jurisdicción administrativa quien conoce del respectivo proceso, tal como lo establece el artículo 78 del C. C. A.

III. No puede entenderse que cuando la ley habla de la responsabilidad civil que corresponde a los agentes del Estado, está remitiendo por esa simple expresión al régimen jurídico que se contiene en el derecho privado y más exactamente en el Código Civil, como tampoco que esté remitiendo para efectos procesales, el conocimiento de las respectivas controversias a la jurisdicción ordinaria, como lo pretende el recurrente.

Se trata simplemente de una expresión indicativa de que la responsabilidad es de tipo patrimonial, para diferenciarla de la responsabilidad penal y de la responsabilidad disciplinaria o administrativa que pueda derivarse para el agente de su conducta activa u omisiva”.

Y de la Sección Tercera son dos los antecedentes frente al tema. En el primero, contenido en la sentencia del 22 de octubre de 1997, se demandó a la Nación, Ministerio de Justicia y a la Superintendencia de Notariado y Registro por la suplantación del titular del derecho de dominio en una compraventa y la consecuencial cancelación de la respectiva anotación en el registro, por la falla del Notario. El Consejo de Estado declaró probadas las excepciones de falta de legitimación por pasiva de la Nación, Ministerio de Justicia y negó las pretensiones formuladas contra la Superintendencia de Notariado y Registro.

En relación con la legitimación en la causa por pasiva de la Nación, Ministerio de Justicia, la Sección Tercera explicó que debía prosperar porque se había demandado a la Superintendencia de Notariado y Registro, que era una unidad

administrativa especial con personería y patrimonio autónomo, adscrita a dicho Ministerio: *“El simple control de tutela que ejerce el mencionado Ministerio originado en su adscripción al mismo, no obliga a demandar a dicho Ministerio, antes que a la mencionada Superintendencia, la cual... es un organismo autónomo con capacidad para comparecer al proceso y nombrar su respectivo apoderado, como en efecto lo hizo (...)”*

En lo que atañe con la Superintendencia de Notariado y Registro, la Sala indicó en esa oportunidad que el servicio de notariado era un servicio público prestado por particulares, consistente en lo fundamental en dar fe pública; que los Notarios eran autónomos en el ejercicio de sus funciones y civilmente responsables por los daños y perjuicios causados a los usuarios del servicio, por dolo o culpa grave en la prestación del mismo, razón por la cual la Superintendencia de Notariado y Registro no tendría por qué responder por las fallas de los Notarios:

“(...) en todo caso, el notariado es un servicio público nacional, dispensado a cargo de la Nación por medio de funcionario o de particulares que de acuerdo con el art. 90 de la C.P., son autoridades, agentes por tanto del Estado y en esa condición cuando sus actos gravemente dolosos o culposos causen daño antijurídico generan responsabilidad patrimonial de la administración.

(...). En el evento de falla o deficiencia del servicio ésta sería imputable al Notario y no a la Superintendencia de Notariado y Registro, teniendo en cuenta que en principio, la función de vigilancia de ésta no tiene injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario”.

Uno de los Magistrados de la Sección Tercera no compartió la decisión y salvó su voto. Señaló que el notariado era un servicio público a cargo del Estado, que lo delegó para su prestación a los Notarios, quienes manteniendo su condición de particulares estaban a cargo de dar fe pública por delegación; que a pesar de no ser catalogados como servidores públicos, los Notarios ejercían funciones públicas, razón por la cual sus actuaciones u omisiones podían comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado y, en el evento en el cual se comprobara la culpa grave o dolo del Notario, el Estado podía repetir contra éste por la suma de dinero que hubiere que tenido que pagar al ser condenado, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política. Indicó que los usuarios del servicio notarial y los terceros perjudicados por la actuación u omisión del personal que integraba una notaría, tenían el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia a través del ejercicio de la acción de reparación directa, con el fin de que la Nación, representada a través de la Superintendencia de Notariado y Registro fuese condenada a resarcir los respectivos perjuicios. Explicó:

“La Nación Colombiana responde institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente; el damnificado con los daños originados en la actividad notarial no tiene acción directa o personal contra el Notario, sino contra el Estado Colombiano; lo que el Estado resultare obligado a pagar, por el dolo o culpa grave de los servidores del notariado, y solamente cuando esté presente el dolo o culpa grave, deberá intentar repetirlo; y, la vía procesal mediante la cual la víctima o damnificado puede hacer valer sus derechos es la prevista por los artículos 86 y 207 y ss., del CCA, vale decir, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa a través del procedimiento ordinario.

En el sub lite se dan, a cabalidad, todas las circunstancias consignadas en el párrafo anterior y por consiguiente la sentencia debió ser de mérito o estimatoria para así haber declarado la responsabilidad de la Nación Colombiana-Superintendencia de Notariado y Registro, a su vez establecer el monto de la indemnización para proseguir con el análisis de la conducta del Notario a efecto de concluir si podía predicarse dolo o culpa grave, caso en el cual, de resultar positivo dicho análisis, disponer su condena a restituirle al Estado el monto a que hubiere resultado condenado; en caso contrario, absolver a dicho colaborador del Estado”.

En otra oportunidad, el Consejo de Estado concluyó que cuando se demandara la responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio notarial, la única legitimada en la causa por pasiva sería la Nación Colombiana. Así, luego de un juicioso estudio normativo y jurisprudencial, la Sección Tercera explicó en sentencia del 1 de agosto de 2002.

“Para la Sala no tiene duda que son de recibo las apreciaciones de la Superintendencia de Notariado y Registro dentro del proceso y especialmente en el memorial de apelación, en cuanto a que ella no es la autoridad que debe responder patrimonialmente por las irregularidades en que incurren los Notarios en la función pública de notariado y registro.

Precisando que los hechos ocurrieron en vigencia de la Constitución de 1886 y por tanto antes de la expedición de la Carta Fundamental de 1991, se recalca que el ordenamiento jurídico colombiano citado antes, es expresivo de que el servicio de notariado es servicio público y función pública a cargo de la Nación Colombiana, persona jurídica que la delega en los Notarios a quienes inviste de poder público autenticador.

(...). Todas esas normas jurídicas Nacionales (constitucionales, legales y reglamentarias) predicen de lo público del servicio y de la titularidad Estatal del mismo, no sólo por las manifestaciones de poder público al hacerlo sino por las calificaciones hechas de calidad del mismo: de la fe notarial pública. Además, se aprecia que bajo la vigencia de la Constitución de 1991 tal servicio siguió perteneciendo al Estado.

(...). La doctrina sobre el punto concreto de la fe notarial sostiene:

‘La fe notarial (...) es una facultad del Estado delegada parcialmente a un particular que es la persona encargada, quien la recibe a título personal, a diferencia de los organismos del Estado que están facultados para dar fe; quienes la otorgan a nombre de la entidad o cuerpo institucional, es decir, es un atributo de la institución como tal. Con la concepción del Estado moderno, intervencionista y regulador de las relaciones sociales, los servicios públicos por razón ideológica son responsabilidad directa del Estado, aunque con facultad para delegar funciones sin desprenderse de su obligación de velar por el buen funcionamiento del servicio...’.

(...). Partiendo del marco jurídico visto y de la jurisprudencia y la doctrina como auxiliares en la administración de justicia se verá en primer lugar y como lo dijo la Superintendencia de Notariado y Registro, que el derecho y las pruebas son indicadores de que la irregularidad en que incurrió el Notario, no tomar la huella dactilar del índice derecho de los comparecientes, es una falencia que no le es imputable a la mencionada Superintendencia y, en segundo lugar, que esa irregularidad sólo es predicable de otra persona jurídica como es la Nación, falencia que por sí sola no es conclusiva de responsabilidad porque como lo ha indicado la Sala en varias oportunidades la prueba de la falla no es al mismo tiempo prueba del nexo adecuado de causalidad. Por ello en el capítulo de daño y nexo de causalidad se estudiará si como lo concluyó el a quo tal falencia fue la causa eficiente y determinante en la causación del daño.

(...). PARA EL CONSEJO DE ESTADO ESAS PRUEBAS SON CONCLUYENTES de la existencia real de la irregularidad afirmada definitivamente en la demanda, pretensión primera, atinente a que la falencia ocurrió con ocasión de la prestación del servicio de notariado que está a cargo de la Nación Colombiana como ya se explicó, legislativa y ontológicamente.

Esa falla comprobada deja ver que EN PARTE es cierto lo afirmado por el demandante. Las pruebas procesales son indicadoras de que al Notario le faltó exigir la impresión de la huella dactilar que había sido presupuesto exigido en la Circular 014 de marzo de 1983...

Tal situación omisiva es predicable de la Nación (Colombiana) que es la persona de derecho público que en ese momento en vigencia de la Constitución de 1886 - al igual que ahora, cuando rige la Carta Política de 1991 - tenía a su cargo el servicio de Notariado; y no es predicable de la Superintendencia de Notariado y Registro que tiene a su cargo, entre otros, las funciones de inspección y vigilancia de los Notarios.

La primera de aquellas conclusiones, que el servicio de notariado pertenece a la Nación no desconoce las disposiciones jurídicas que predicen la responsabilidad del Notario (Dicto. ley 960 de 1979, arts. 195 a 197), sino que se armonizan e integran con otras que aluden a que dicho servicio corresponde a la Nación, persona que delega ese servicio - función pública en los Notarios. Por todo esto es que puede demandarse la responsabilidad de la Nación o conjuntamente la de ésta y la del Notario; y luego si sólo se demanda a la Nación ésta, según decreto 2.148 de 1983 (art. 120) puede repetir contra el Notario para demostrar en juicio el dolo o la culpa grave del mismo.

Igualmente, se concluye que la Superintendencia de Notariado y Registro no está legitimada materialmente en la causa en cuanto a las imputaciones directas que se le hicieron por irregularidad en el servicio de notariado en que incurrió el Notario...

Como se estudió, en este caso no existe legitimación material de la Superintendencia de Notariado y Registro en cuanto a las imputaciones de irregularidad en la prestación del servicio de notariado porque la prestación del servicio de notariado no está a su cargo (...)”.

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado es unánime al determinar que las actuaciones u omisiones de los particulares que ejercen función pública pueden comprometer la responsabilidad del Estado, esto es de la Nación Colombiana.

En este caso, la Sala reiterará la jurisprudencia que sobre el tema ha edificado la Corporación, con la aclaración de que en los eventos en los cuales se pretenda declarar la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial, resulta indispensable llamar a la Nación representada a través del Notario.

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta cuál fue la voluntad del Constituyente. Así, al examinar los debates y la exposición de motivos de la cláusula general de responsabilidad en la Asamblea Constituyente, se advierte la preocupación del constituyente acerca de la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones públicas. En la exposición de motivos presentada sobre el tema, se indicó al respecto:

“Como quiera que, en materia de derecho público, hoy importa mucho más la naturaleza de la función que la del sujeto encargado de cumplirla, dicha responsabilidad, estructurada a base de reglas y principios autónomos -como corresponde-, debe extenderse a todos los particulares excepcionalmente atribuidos de funciones públicas (...).”

Comoquiera que en este caso se demandó únicamente a la Superintendencia de Notariado y Registro, por la falla del Notario, hay lugar a declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la imputación fáctica y jurídica de la demanda no permite deducir que se hubiere demandado por la falla en la inspección, control y vigilancia del servicio notarial, sino directamente por la falla del Notario.

5 - FICHA TECNICA DE ANALISIS DE SENTENCIA

IDENTIFICACION

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

TIPO DE PROCESO: Reparación Directa

RADICACIÓN No. 25000-23-26-000-1997-04963-01(21692)

FECHA DE SENTENCIA: 9 de mayo de 2012

CONSEJERA PONENTE: Olga Melida Valle de la Hoz

ACTOR: Sociedad Compañía Urbanizadora López y Suarez Ltda.

DEMANDADO: Superintendencia de Notariado y Registro

TEMAS:

- Inspección y vigilancia sobre el servicio de Notariado y Registro.
- Falla del servicio notarial de la Superintendencia de Notariado y Registro
- Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Notariado y Registro.
- Responsabilidad patrimonial de Estado por Falla del Servicio Notarial recae en cabeza del Notario.

HECHOS

La Compañía Urbanizadora López Suárez Ltda., sociedad debidamente constituida adquirió los lotes N° 2, 14, 4 y 16, identificados con matrícula inmobiliaria N° 050-40113849 y 050-40113861, así mismo adquirió el lote 16, con matrícula inmobiliaria N° 050-40113863 al señor Carlos Alfonso Duarte Prieto.

El 6 de diciembre de 1994, el representante legal de la sociedad en mención formula denuncia penal, por la presunta suplantación de su firma en las escrituras públicas N° 3194 de 07-10-94, 3469 de 3-11-94, 3539 de 16-11-94 y 3536 de 16-11-94, vinculando a la Notaria 43 y Oficina de Registro de Instrumentos Públicos – Zona Sur de Bogotá D.C. , por cuanto éstas, no cumplieron con sus competencias para evitar el otorgamiento de los referidos documentos públicos. Los lotes objeto de las citadas escrituras fueron: el lote N° 4 con una extensión de 763.520 mts2 y el N° 2 con 1.081.600 mts2, para un total de 1.845.120 mts2.

Una vez inició la investigación penal y en el curso de la misma se profirió el oficio N° 7994 del 23 de octubre de 1995 ordenándole a la Notaria 43 de Bogotá cancelar los siguientes documentos apócrifos: 3194, 3636, 3539 y la escritura que corresponda al inmueble identificado con matrícula inmobiliaria N° 50S-40198701. Dicha solicitud fue reiterada por oficio N° 8102 del 27 de octubre de 1995.

En cumplimiento de la orden impartida por la Fiscalía, el Notario 43, mediante oficio fechado 17 de noviembre de 1995, remitió sendas copias de las escrituras públicas solicitadas con la anotación expresa de haber sido canceladas.

El señor MOISÉS LOPEZ BERNAL, como representante legal de la SOCIEDAD COMPAÑÍA URBANIZADORA LOPEZ Y SUAREZ LTDA, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa el 29 de agosto de 1997, presentó demanda contra la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, para que sea declarada responsable administrativamente de los daños originados en la falla del servicio notarial y registral de la NOTARIA 43 DEL CIRCULO NOTARIAL DE BOGOTÁ Y OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS – ZONA SUR.

DECISIONES

La decisión de primera instancia subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió negar las pretensiones de la demanda por cuanto no se demostraron, “(...) *los elementos integradores de la responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, dentro del régimen de falla en la*

prestación del servicio invocado por la parte actora como sustento de su pedimento indemnizatorio”.

La parte demandante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, fundamentando la misma en las siguientes consideraciones a) Responsabilidad de la Nación – Superintendencia de Notariado y Registro, por los hechos de los Notarios; b) Falla en el servicio del Notario 43 del Círculo de Bogotá; y c) Daño antijurídico derivado de la conducta desplegada por el Notario 43.

PROBLEMA JURIDICO

¿La presunta falla en el servicio notarial, y la imputación o responsabilidad que le cabe a la Nación Colombiana puede recaer en la Superintendencia de Notariado y Registro, por los daños sufridos por la sociedad actora originados en el otorgamiento de dos escrituras públicas, por las cuales se pretendía transferir la propiedad de sendos bienes inmuebles, que posteriormente fueron ordenadas cancelar por la Fiscalía debido a la tipificación del delito de falsedad en documento público?

REGLAS Y SUBREGLAS DE SOLUCION DE PROBLEMAS

Regla No. 1. El servicio de notariado es servicio público y función pública a cargo de la Nación Colombiana, persona jurídica que la delega en los Notarios a quienes inviste de poder público autenticador.

Regla No. 2. La Superintendencia de Notariado y Registro por la falla en el servicio notarial no es la autoridad que debe responder patrimonialmente por las irregularidades en que incurren los Notarios en la función pública de notariado y registro.

Regla No. 3. La Superintendencia de Notariado y Registro no está legitimada materialmente en la causa en cuanto a las imputaciones directas que se le hicieron por irregularidades en el servicio de notariado en que pueda incurrir los Notarios.

TESIS DEL CONSEJO DE ESTADO

El análisis del Consejo de Estado respecto de la legitimación en la causa por pasiva se centra en las siguientes consideraciones:

Parte del ordenamiento normativo vigente para la época de los hechos (artículo 149 del C.C.A.) del cual se desprende que la representación de La Nación le corresponde a los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación y Contralor General o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. (Negritas es nuestro).

De conformidad con las funciones de vigilancia y control que le corresponden a la Superintendencia de Notariado y Registro, los actores pretenden la declaratoria de responsabilidad de ésta. Al respecto, la Corporación se refiere a cuatro precedentes jurisprudenciales para esclarecer el problema jurídico planteado.

Cabe destacar en primer lugar, que la jurisprudencia que se menciona a continuación es unánime en el reconocimiento que el servicio de notariado es servicio público y función pública a cargo de la Nación Colombiana, persona jurídica que la delega en los Notarios a quienes inviste de poder público autenticador.

a. El primero, contenido en la sentencia del 22 de octubre de 1997 (Exp. 11.464. CP Jesús María Carrillo Ballesteros.), donde se demandó a la Nación, Ministerio de Justicia y a la Superintendencia de Notariado y Registro por la suplantación del titular del derecho de dominio en una compraventa y la consecuencial cancelación de la respectiva anotación en el registro, por la falla del Notario, en esa oportunidad la Sección dijo lo siguiente: “(…). *En el evento de falla o deficiencia del servicio ésta sería imputable al Notario y no a la Superintendencia de Notariado y Registro, teniendo en cuenta que en principio, la función de vigilancia de ésta no tiene injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario*”.

b. El segundo pronunciamiento, es el contenido en la Sentencia del 1 de agosto de 2002 (Exp. 13.248. C.P. María Elena

Giraldo Gómez), en esa oportunidad frente a la responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro por la falla en el servicio notarial expresa que ella no es la autoridad que debe responder patrimonialmente por las irregularidades en que incurrían los Notarios en la función pública de notariado y registro.

Se concluye, que el servicio de notariado pertenece a la Nación pero no desconoce las disposiciones jurídicas que predicen la responsabilidad del Notario, sino que se armonizan e integran con otras que aluden a que dicho servicio corresponde a la Nación, persona que delega ese servicio - función pública en los Notarios. Por todo esto es que puede demandarse la responsabilidad de la Nación o conjuntamente la de ésta y la del Notario; y luego si sólo se demanda a la Nación ésta, puede repetirse contra el Notario para demostrar en juicio el dolo o la culpa grave del mismo.

Por lo tanto, la Superintendencia de Notariado y Registro no está legitimada materialmente en la causa en cuanto a las imputaciones directas que se le hicieron por irregularidad en el servicio de notariado en que incurrió el Notario.

c. Por último, en sentencia del 19 de octubre de 2011 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), la Corporación se pronunció en los siguientes términos:

“En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado es unánime y pacífica al determinar que las actuaciones u omisiones de los particulares que ejercen función pública puede comprometer la responsabilidad del Estado, esto es de la Nación Colombiana.

Y aclara que en los eventos en los cuales se pretenda declarar la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial, resulta indispensable llamar a la Nación representada a través del Notario y reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Notariado y Registro en cuanto a la responsabilidad por la falla en el servicio notarial y solo está llamada a responder administrativamente únicamente cuando la falla devenga del incumplimiento o cumplimiento negligente del ejercicio de las funciones de vigilancia y control atribuidas por la Ley a dicho órgano.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección C, resuelve confirmar la sentencia de la Sub Sección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del dieciséis (16) de agosto de dos mil uno (2001), negando las pretensiones de la demanda.

6 - FICHA TECNICA DE ANALISIS DE SENTENCIA

IDENTIFICACION

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

TIPO DE PROCESO: Reparación Directa

RADICACIÓN No. 25000232600020020334-01 (26.580)

FECHA DE SENTENCIA: 23 de julio de 2014

CONSEJERO PONENTE: Hernán Andrade Rincón

ACTOR: Matilde Merchán de Grandas.

DEMANDADO: Gobernación de Cundinamarca y Superintendencia de Notariado y Registro

TEMAS:

- Responsabilidad estatal por daños ocasionados por Notarios.
- Responsabilidad del Estado por las conductas de los Notarios que hubieren causado un daño antijurídico por el servicio notarial, se debe demandar en representación de la persona jurídica Nación al Ministerio de Justicia y del Derecho.
- La actividad de los Notarios lo constituye la Nación Colombiana y el organismo encargado de cumplir las funciones relacionadas con la función notarial es el Ministerio de Justicia y del Derecho, éste sería el legitimado en la causa por pasiva.
- Si el Ministerio de Justicia y el Derecho no es vinculado a un proceso, se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva, con la consecuente denegación de las pretensiones de la demanda.

HECHOS

1. Se suscribe contrato el 21 de marzo de 1996 entre los señores Celedonio Ramírez Acero (promitente vendedor) y Matilde Merchán de Grandas (promitente compradora), las partes se comprometieron a celebrar contrato de compraventa del bien inmueble ubicado en la Carrera 19 B N° 1D-44 de la ciudad de Bogotá.
2. A la fecha de la celebración del anterior negocio jurídico, el bien inmueble objeto de la promesa de compraventa le pertenecía a la señora María Cruz Rodríguez Ruíz, quien a su vende el inmueble a la señora Isabel Bustos Garzón, negocio jurídico protocolizado mediante la escritura pública N° 148 del 29 de abril de 1996 de la Notaría Única de San Francisco.
3. El 22 de mayo de 1996 se inscribió en el Registro de Instrumentos Públicos la venta del referido bien inmueble por parte de la señora Isabel Bustos Garzón a la señora Matilde Merchán de Grandas, demandante en este proceso, dicho negocio jurídico que se perfeccionó mediante la escritura pública N° 173 del 17 de mayo de 1996 de la Notaría Única de San Francisco.
4. Se presenta como antecedente de un proceso de fraude por parte del señor Celedonio Ramírez Acero calificado por la Fiscalía General de la Nación, haciéndole creer a doña María Cruz Rodríguez Ruíz que adquiriría la propiedad de un apartamento, el 301 del edificio de la carrera 60A N° 65 B 30, se le convenció que firmara el contrato de permuta, en virtud del cual la aludida señora entregaba la propiedad de su finca Gualanday, y de su casa en la carrera 19B N° 1 D-44, a Celedonio Ramírez Acero.
5. Ocurre que el apartamento que Ramírez Acero entregó a su contratante ni siquiera le pertenecía, pues la titularidad está registrada en cabeza de un tercero, contra quien, por lo demás, se adelanta juicio ejecutivo, que determinó que la mujer fuera lanzada cuando lo ocupaba, como consecuencia de decreto de embargo y secuestro judicial. De esta manera, la señora María Cruz Rodríguez Ruíz, perdió sus propiedades con afectación ostensible de su patrimonio económico y el consecuente beneficio ilícito del contratante, sin derechos patrimonialmente que ofrecer en realidad.

6. El señor Celedonio Ramírez Acero aprovechó su condición de Notario Único del municipio de San Francisco y como ya conocía en virtud del contrato de permuta los números de las escrituras, con sus fechas, correspondientes a las propiedades de María Cruz Rodríguez Ruíz, elaboró las escrituras N° 148, de 29 de abril de 1996, mediante la cual presuntamente María Cruz Rodríguez Ruíz vendía a Isabel Bustos Garzón su residencia de la carrera 19B N° 1D-44, y la escritura N° 126 del 18 de abril de 1996, que trata de la presunta venta de la finca Gualanday, ventas en ambos casos, a favor de Isabel Bustos Garzón, luego otras escrituras para sacar los bienes de la presunta compradora, hace a terceros o para constituir hipoteca en el caso concreto de la finca Gualanday.
7. La señora María Cruz Rodríguez Ruíz ha negado categóricamente haber participado en esos actos escriturales, desconociendo su firma; y, aunque Celedonio Ramírez Acero dijo que la citada mujer fue autora de esas firmas, se remitió al concepto científico, como apoyo de sus aseveraciones.
8. El dictamen pericial invocado por el propio procesado fue adverso a sus pretensiones, puesto que clarificó, que la señora María Cruz Rodríguez Ruíz quedaba completamente descartada, como pretendida autora de las firmas que aparecen en las escrituras sentadas en la Notaría Única del municipio de San Francisco.
9. Dentro del proceso penal Celedonio Ramírez Acero acepta que la presunta compradora Isabel Bustos Garzón “*nunca participó y sólo me prestó su voluntad para firmar dichos documentos*”, lo cual confirma que el contenido de las escrituras no corresponde a la realidad, ni siquiera en lo que respecta a la presunta compradora, destacando que el mismo actuó como garante de la fe pública en esos documentos, en su condición de Notario y que al parecer creó el documento falso.
10. En fecha 12 de febrero de 2002, la señora Matilde Merchán de Grandas formula demanda de reparación directa contra la Gobernación de Cundinamarca y la Superintendencia de Notariado y Registro, con el fin de que se les declare administrativamente responsables y se reconozca el pago de perjuicios materiales por los perjuicios ocasionados por la conducta delictiva del señor Celedonio Ramírez Acero, quien fungía como Notario Único del municipio de San Francisco, Departamento de Cundinamarca.

DECISIONES

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en decisión de primera instancia declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento de Cundinamarca y se inhibió de realizar un pronunciamiento de fondo acerca de las pretensiones de la demanda, por cuanto encontró que se configuró el fenómeno de la caducidad de la acción de reparación directa, frente a lo cual concluyó que para computar el término de caducidad se debe tener como fecha de partida aquella en la que se produjo la actuación de la Fiscalía ordenando la cancelación del registro de las escrituras entre las cuales se encontraba aquella mediante la cual la demandante había adquirido el bien inmueble situado en la dirección Cra. 19 B No. 1D-44 de Bogotá y por efecto de esa decisión había perdido todo el derecho sobre dicho inmueble, es decir, el día 5 de octubre de 1999, fecha en la que, mediante oficio No. 10403, la Fiscalía ordenó la cancelación del mencionado registro, lo anterior en razón de que en la última fecha citada fue cuando la mencionada demandante se enteró de la presunta omisión que le atribuye a la demandada.

PROBLEMA JURIDICO

¿La responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro y/o del Departamento de Cundinamarca se vio comprometida por la actuación delictiva del entonces Notario Único del Círculo Notarial de San Francisco?

REGLAS Y SUBREGLAS DE SOLUCION DE PROBLEMAS

Regla No. 1. Responsabilidad patrimonial del estado por falla del servicio notarial, por incumplimiento o defectuoso ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de los Notarios o por su conducta, activa u omisiva.

Regla No. 2. La legitimación en la causa de la persona jurídica Nación corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho por ser la estructura administrativa que tiene a su cargo la reglamentación y gestión del servicio notarial a través de particulares representadas por el Notario quien cumple funciones públicas.

Regla No. 3. La responsabilidad patrimonial de la Superintendencia de Notariado y Registro solo se configura por el incumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico le ha atribuido.

Regla No. 4. La Superintendencia de Notariado y Registro no responde patrimonialmente por la conducta particular de los Notarios.

TESIS DEL CONSEJO DE ESTADO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el día 4 de diciembre de 2003, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción incoada.

En primera instancia el Consejo de Estado se pronuncia sobre la decisión de la primera instancia de inhibirse bajo el criterio de que la demanda se presentó fuera del término de caducidad que el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo contempló para la acción de reparación directa.

Al respecto, el ad-quo toma para los términos de *caducidad* desde la fecha en que la Fiscalía “ordenó la *cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente*” mediante la conducta delictiva del señor Celedonio Ramírez Acero; sin embargo, esta situación se tornó definitiva en el momento en que se surtió la ejecutoria de la citada providencia, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por lo cual se concluye que la demanda se presentó dentro del término de caducidad de la acción de reparación directa, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y se procederá a decidir de fondo acerca de las pretensiones de la parte actora.

Respecto de la *responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio notarial*, manifiesta que la jurisprudencia de la Corporación en torno a este punto se ha reconocido la procedencia de acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pretendiendo que se declare la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial, en la que se distinguen dos hipótesis en las cuales podría proceder tal declaratoria: i) La responsabilidad patrimonial que se puede derivar del incumplimiento o el defectuoso ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de los Notarios del país (artículo 2 del Decreto Ley 2158 de 1992); y, ii) La responsabilidad patrimonial que se puede desprender directamente de la conducta, activa u omisiva, de los Notarios.

Sobre la *legitimación en la causa por pasiva*, la Corporación precisa que el servicio notarial es un servicio público, cuya titularidad corresponde a la Nación, la cual se ejerce, reglamenta, inspecciona, vigila y controla su ejercicio a través de sus diferentes autoridades (Ministerio de Justicia), de entidades descentralizadas de distinto orden y naturaleza (Superintendencia de Notariado y Registrado, Entidades Territoriales), y de particulares que cumplen funciones públicas (Notarios). A su vez el ejercicio del servicio notarial puede comprometer la responsabilidad patrimonial de las personas públicas por distintas razones y títulos jurídicos, así dependiendo de las distintas actuaciones del ejercicio de la función notarial, las diferentes autoridades intervinientes en dicho proceso responderán por el ámbito de competencia que les haya sido atribuido por el ordenamiento jurídico; sin embargo, deja en claro que la Superintendencia de Notariado y Registro, por ser una entidad descentralizada del orden nacional, por ende dotada de personería jurídica, “NO” debe responder directamente por la conducta de los Notarios, sino por el incumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, esto es, de manera general, la inspección, vigilancia y control de la actividad notarial.

La sala aclara en los casos en que se cuestione la responsabilidad del Estado por las conductas de los Notarios que hubieren causado un daño antijurídico *debe demandarse en representación de la persona jurídica Nación al Ministerio de Justicia y del Derecho*, estructura administrativa que tiene a su cargo la reglamentación y gestión del servicio notarial cuya titularidad se ha radicado en la Nación, esta postura se encuentra sustentada en los siguientes argumentos: i) Los Notarios, a pesar de encontrarse plenamente habilitados para el ejercicio de la función fedante, no tienen dentro de sus competencias

la de representar judicialmente a la Nación; ii) Si bien es cierto que la conducta de los Notarios puede comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, desde el punto de vista procesal, los Notarios no tienen la capacidad de comprometer el presupuesto de la Nación; iii) La responsabilidad del Estado es de carácter anónimo, institucional, el hecho de que se pueda demandar directamente la conducta de los Notarios y que se les permita responder autónomamente en los procesos de reparación directa, desnaturaliza esta característica, al confundirse la responsabilidad patrimonial del Estado con la personal de los Notarios; y, iv) En virtud de la regla general contenida en el artículo 86 C.C.A., y la especial del artículo 120 del Decreto 2148 de 1983, la Nación deberá, si se configuran las condiciones para ello, repetir contra el Notario cuya conducta causó la declaratoria de responsabilidad y la consecuente imposición de la condena.

Aplicando los presupuestos anteriores al caso concreto, especialmente que el centro de imputación de la responsabilidad por la actividad de los Notarios lo constituye la Nación colombiana como persona jurídica y que en la estructura de la Administración el organismo encargado de cumplir las funciones relacionadas con la función notarial es el Ministerio de Justicia y del Derecho, éste sería el legitimado en la causa por pasiva para actuar en un proceso judicial y dado que el referido Ministerio no fue vinculado al presente proceso, se concluye la falta de legitimación en la causa por pasiva, con la consecuente denegación de las pretensiones de la demanda.

Para el caso in examine no se acreditó falta alguna imputable a la Superintendencia de Notariado y Registro en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, puesto que no existía posibilidad de que dicha entidad pública demandada pudiera conocer, previamente a su ocurrencia, la conducta delictiva que realizó el Notario Único del Círculo Notarial de San Francisco y que, en igual medida, aparte de haber actuado como ente nominador del Notario, no compromete su responsabilidad patrimonial. Por su parte el Departamento de Cundinamarca con su conducta no influyó en la producción del daño antijurídico que se pretende reparar, y por consiguiente la Sala desestima las pretensiones resarcitorias de la parte actora respecto de dichas entidades públicas, y resuelve REVOCAR la sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el día 4 de diciembre de 2003 y, en su lugar, dispone: *Denegar las pretensiones de la parte actora.*

7 - FICHA TECNICA DE ANALISIS DE SENTENCIA

IDENTIFICACION

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

TIPO DE PROCESO: Reparación Directa

RADICACIÓN No. 13001-23-31-000-2000-00331-02(34248)

FECHA DE SENTENCIA: 10 de agosto de 2015

CONSEJERA PONENTE: Olga Melida Valle de la Hoz

ACTOR: Antonio José Ojeda Torregroza

DEMANDADO: Superintendencia de Notariado y Registro

TEMAS:

- Falla en la prestación del servicio notarial.
- Legitimación en la causa. Cuando se demanda a la Superintendencia de Notariado y Registro por actuaciones imputables a los Notarios, por una posible falla en la prestación del servicio notarial, se declara la falta de legitimación de la mencionada superintendencia, toda vez que la imputación no deriva de una falla en la inspección, control y vigilancia.

HECHOS

El señor Antonio José Ojeda Torregroza en fecha 14 de septiembre de 2000, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, para que se declarara patrimonialmente responsable a la Superintendencia de Notariado y Registro, de los perjuicios que le fueron causados con motivo de la pérdida inexplicable de varios documentos con los que pretendía suscribir una escritura pública de compraventa en la Notaría Segunda de Cartagena.

El señor Ojeda Torregroza pagó a la Sociedad Yidios Hermanos Ltda., la suma de \$150'000.000 al suscribir, el 9 de mayo de 1997, un contrato de promesa de compraventa sobre el apartamento 701 del Edificio Valenty, ubicado en la avenida Miramar del barrio Manga en la ciudad de Cartagena. No obstante, la compraventa no se materializó, por la no entrega del bien por parte del vendedor y por incumplimiento del comprador en la obligación de traspasar unos terrenos a la sociedad Yidios Hermanos como parte de pago.

El 10 de julio de 1998, la sociedad Yidios Hermanos Ltda., entregó a título de dación en pago a la Corporación de Ahorro y Vivienda "Ahorramas", el apartamento 701 del Edificio Valenty, para amortizar unos créditos que había contraído con anterioridad.

Por lo anterior, el señor Antonio José Ojeda Torregroza aceptó la propuesta de la sociedad vendedora de comprar el apartamento 1301 ubicado en el mismo edificio, aun cuando el valor del bien era mayor al que inicialmente iba a adquirir.

Para adelantar los trámites de la nueva escritura pública de compraventa, la vendedora (que para el apartamento 1301 no era la sociedad Yidios Hermanos Ltda., sino la señora Marina Isabel Yidios de Plata) y el señor Ojeda Torregroza como comprador, acordaron acudir a la Notaría Segunda de Cartagena.

El señor Ojeda Torregroza entregó a la señora Enilce Deschamps Ayala, funcionaria de la Notaría, varios documentos, entre otros, el texto de la escritura pública que era objeto del protocolo que se estaba adelantando, y una suma de dinero como anticipo de los gastos notariales.

Sin embargo, cuando el señor Ojeda Torregroza acudió a la Notaría para verificar que la escritura se hubiera protocolizado, le informaron que el señor Jairo Yidios Merlano, hermano de la vendedora y socio de Yidios Hermanos Ltda., retiró la escritura pública de compraventa del apartamento 1301 para sacarle fotocopia y no la devolvió, lo que para

el demandante constituyó una evidente falla en el servicio, que se configuró cuando la funcionaria de la Notaría certificó estos hechos el 22 de noviembre de 1999.

La Superintendencia de Notariado y Registro, se opuso a las pretensiones de la demanda. Solicitó que se declarara *la caducidad de la acción*, toda vez que la demanda se había presentado por fuera de término, teniendo como referencia la fecha en que el demandante suscribió la promesa de compraventa. Igualmente, señaló que se debía declarar *la falta de legitimación en la causa por pasiva*, por cuanto la entidad no responde por los actos de los Notarios o de sus dependientes. Asimismo, solicitó que se declarara *la ineptitud de la demanda por indebida acción*, en consideración a que los hechos narrados no constituyen los típicos de la reparación directa. Finalmente, solicitó que se declarara *la excepción del hecho de un tercero*, ya que el demandante imputa el daño a un funcionario de la Notaría Segunda de Cartagena.

En escrito separado, la entidad demandada llamó en garantía a la señora notaria segunda de Cartagena, Eudenis del Carmen Casas Berthel. Solicitud que fue aceptada por el Tribunal.

La señora notaria segunda de Cartagena, contestó la demanda señalando que no le constaban los hechos relatados y debían ser probados. Asimismo, solicitó que se declararan las excepciones de caducidad, inexistencia de la obligación de indemnizar y falta de legitimación por pasiva. Finalmente, señaló que el daño no se encontraba demostrado, en atención a que los interesados en suscribir la escritura pública de compraventa, nunca cancelaron los derechos notariales, circunstancia que les permitiría exigir la prestación del servicio público notarial.

DECISIONES

El Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia del 15 de noviembre de 2006, negó las pretensiones de la demanda porque se configuró una falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que a la Superintendencia de Notariado y Registro no le eran imputables las irregularidades en la prestación del servicio de notariado, pues el mismo no estaba a su cargo. En relación con la responsabilidad de la llamada en garantía, señaló que: *“no existiendo fundamento plausible para la resolución de las pretensiones en forma condenatoria contra la entidad demandada, se excluye la posibilidad de vincular como responsable a la llamada en garantía”*.

PROBLEMA JURIDICO

¿La Superintendencia de Notariado y Registro es responsable de los hechos que se le imputan, en atención al daño causado por las actuaciones de una funcionaria de la Notaría Segunda de Cartagena, quien por el extravío de unos documentos, puede traducirse en una supuesta falla en el servicio; o esta falla sería imputable a la Notaría, pero no a la superintendencia que la vigila?

REGLAS Y SUBREGLAS DE SOLUCION DE PROBLEMAS

Regla No. 1. Responsabilidad patrimonial del estado por falla del servicio notarial, por incumplimiento o defectuoso ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de los Notarios o por su conducta, activa u omisiva.

Regla No. 2. La responsabilidad patrimonial de la Superintendencia de Notariado y Registro solo se configura por el incumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico le ha atribuido.

Regla No. 3. La Superintendencia de Notariado y Registro no responde patrimonialmente por la conducta particular de los Notarios.

TESIS DEL CONSEJO DE ESTADO

Se parte de la decisión del *a quo* que consideró que la Superintendencia de Notariado y Registro no era responsable de los hechos que se le imputaban, en atención a que no tenía a su cargo, la prestación del servicio de notariado, ya que el daño se circunscribe a las actuaciones de una funcionaria de la Notaría Segunda de Cartagena por la pérdida de unos documentos, de allí que, es evidente que la supuesta falla en el servicio sería imputable a la Notaría pero no a la Superintendencia que la vigila.

El análisis del ordenamiento jurídico vigente aplicable (*Decreto 3346 de 1959 - Decreto 577 de 1974 - Decretos leyes 950, 1250, 1260, 1347, 2156, 2158, 2163 y 2165, todos de 1970 - Ley 26 de 1973 - Decreto 412 de 2007 - Decretos leyes 2695 de 1977 y 1659 de 1978 - Decreto 2158 del 30 de diciembre de 1992*) permite colegir que las funciones atribuidas a la Superintendencia de Notariado y Registro se limita a la inspección, control y vigilancia del servicio notarial. Esto se traduce en que dicha entidad debe velar porque la prestación de ese servicio sea oportuna y eficaz.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de analizar el tema de la legitimación en la causa cuando se demanda a la Superintendencia de Notariado y Registro por actuaciones imputables a los Notarios, y *ha concluido que cuando se demanda por una posible falla en la prestación del servicio notarial, se declara la falta de legitimación de la mencionada Superintendencia, toda vez que la imputación no deriva de una falla en la inspección, control y vigilancia.*

El precedente jurisprudencial es la sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 21.692, C.P. Olga Mélida Valle De la Hoz, donde se analizan varios fallos de esta corporación, que se pueden resumir de la siguiente manera:

- a. Sentencia del 22 de octubre de 1997. Exp. 11.464. CP Jesús María Carrillo Ballesteros, se demandó a la Nación, Ministerio de Justicia y a la Superintendencia de Notariado y Registro por la suplantación del titular del derecho de dominio en una compraventa y la consecuencial cancelación de la respectiva anotación en el registro, por la falla del Notario. Se concluye que: “(*...*). *En el evento de falla o deficiencia del servicio ésta sería imputable al Notario y no a la Superintendencia de Notariado y Registro, teniendo en cuenta que en principio, la función de vigilancia de ésta no tiene injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario*”.
- b. Sentencia del 1 de agosto de 2002. Exp. 13.248. CP María Elena Giraldo Gómez, se demanda a la Superintendencia de Notariado y Registro por las actuaciones del Notario al incurrir en la conducta de no verificar la identidad de un ciudadano y autenticar su firma. Caso en el cual concluye que: “*La primera de aquellas conclusiones, que el servicio de notariado pertenece a la Nación no desconoce las disposiciones jurídicas que predicen la responsabilidad del Notario (Dcto. ley 960 de 1979, arts. 195 a 197), sino que se armonizan e integran con otras que aluden a que dicho servicio corresponde a la Nación, persona que delega ese servicio - función pública en los Notarios. Por todo esto es que puede demandarse la responsabilidad de la Nación o conjuntamente la de ésta y la del Notario; y luego si sólo se demanda a la Nación ésta, según decreto 2.148 de 1983 (art. 120) puede repetir contra el Notario para demostrar en juicio el dolo o la culpa grave del mismo.*

“Igualmente, se concluye que la Superintendencia de Notariado y Registro no está legitimada materialmente en la causa en cuanto a las imputaciones directas que se le hicieron por irregularidad en el servicio de notariado en que incurrió el Notario...

“Como se estudió, en este caso no existe legitimación material de la Superintendencia de Notariado y Registro en cuanto a las imputaciones de irregularidad en la prestación del servicio de notariado porque la prestación del servicio de notariado no está a su cargo”.

- c. Sentencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011), Magistrado Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se pronunció en los siguientes términos:

“En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado es unánime y pacífica al determinar que las actuaciones u omisiones de los particulares que ejercen función pública puede comprometer la responsabilidad del Estado, esto es de la Nación Colombiana.

En este caso, la Sala reiterará la jurisprudencia que sobre el tema ha edificado la Corporación, con la aclaración de que en los eventos en los cuales se pretenda declarar la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial, resulta indispensable llamara (sic) a la Nación representada a través del Notario”.

“(...) Como quiera que en este caso se demandó únicamente a la Superintendencia de Notariado y Registro, por la falla del Notario, hay lugar a declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la imputación fáctica y jurídica de la demanda no permite deducir que se hubiere demandado por la falla en la inspección, control y vigilancia del servicio notarial, sino directamente por la falla del Notario”.

Por lo anteriormente expuesto, se confirma la decisión del Tribunal respecto a la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Respecto al *llamamiento en garantía* a la Notaria Segunda de Cartagena, la Sala compartió lo expresado por el *a quo*, en tanto que al declararse la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la entidad demandada, no es posible entrar a estudiar la responsabilidad de la llamada en garantía.

Lo anterior, con fundamento en que la figura del llamamiento en garantía entra a operar cuando la parte es responsable y ésta puede exigir de un tercero la indemnización o el reembolso de un perjuicio que llegare a sufrir, y en consideración a que en el asunto *sub examine* la entidad demanda no es responsable del daño alegado, no es necesario pronunciarse respecto a la llamada en garantía.