

Edmer Leandro, LOPEZ-PEÑA
(Compilador - editor)

NOTARIADO Y REGISTRO EN COLOMBIA.
PERSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN, REFLEXIÓN Y CRÍTICA

ISBN: 978-628-7504-32-5



NOTARIADO Y REGISTRO EN COLOMBIA. PERSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN, REFLEXIÓN Y CRÍTICA

Edmer Leandro, LOPEZ-PEÑA (Compilador - editor)

Autores:

Aura Agustina, TEHERÁN-MAQUILÓN
Carlos Alejandro, PALACIOS-MOSQUERA
Daniel Isaac, RODRÍGUEZ-CASAS
Elsa Elena, OSORIO-BURGOS
Juliana, MEJÍA-LÓPEZ
Liliana Constanza, BURGOS-CHAMORRO
Marcela Del Pilar, JIMÉNEZ-CARRANZA
Raúl Armando, GUTIÉRREZ-CUERO
Ricardo, APARICIO-SERRANO
Stephany, PEREA-TARAPUES
Sulderis, LÓPEZ-CARDONA
Wilber David, CÁRDENAS-MENDIVELSO



NOTARIADO Y REGISTRO EN COLOMBIA.

PERSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN, REFLEXIÓN Y CRÍTICA

AUTORES

Edmer Leandro, **LOPEZ-PEÑA** (compilador - editor)

Aura Agustina, **TEHERÁN-MAQUILÓN**

Carlos Alejandro, **PALACIOS-MOSQUERA**

Daniel Isaac, **RODRÍGUEZ-CASAS**

Elsa Elena, **OSORIO-BURGOS**

Juliana, **MEJÍA-LÓPEZ**

Liliana Constanza, **BURGOS-CHAMORRO**

Marcela Del Pilar, **JIMÉNEZ-CARRANZA**

Raúl Armando, **GUTIÉRREZ-CUERO**

Ricardo, **APARICIO-SERRANO**

Stephany, **PEREA-TARAPUES**

Sulderis, **LÓPEZ-CARDONA**

Wilber David, **CÁRDENAS-MENDIVELSO**



Notariado y registro en Colombia. Perspectivas de investigación, reflexión y crítica / Edmer Leandro, López Peña (Compilador). Tunja: Ediciones USTA, 2021.

188 páginas: tamaño 17×24 cm.

ISBN impreso: 978-628-7504-32-5

Primera Edición, 2021

ISBN impreso: 978-628-7504-32-5

**NOTARIADO Y REGISTRO EN
COLOMBIA.**
PERSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN,
REFLEXIÓN Y CRÍTICA

Corrección de Estilo:

Maria Ximena
ARIZA GARCÍA

Diagramación

Editorial JOTAMAR S.A.S.

Calle 57 No. 3 - 39.

Tunja - Boyacá - Colombia.

Comité editorial

**Fr. Álvaro José
ARANGO RESTREPO, O.P.**
Rector

**Fr. Omar Orlando
SÁNCHEZ SUÁREZ, O.P.**
Vicerrector Académico

**Fr. Héctor Mauricio
VARGAS RODRÍGUEZ, O.P.**
Vicerrector administrativo y Financiero

María Ximena ARIZA GARCÍA
Directora Ediciones Usta Tunja

Sandra Consuelo DÍAZ BELLO
Directora Unidad de Investigación e
Innovación

Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ
Director Centro de Recursos para el
Aprendizaje y la Investigación

Todos los derechos reservados conforme a la ley. Se permite la reproducción citando fuente.

El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva responsabilidad de los autores y no compromete la ideología de la Universidad Santo Tomás.



Ediciones Usta
Universidad Santo Tomás

Departamento Ediciones Usta Tunja
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopadoras, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

Presentación

La presente obra es el resultado de un trabajo y esfuerzo de investigación, reflexión y crítica, que han puesto los autores en la redacción de cada uno de los capítulos. La experiencia de los autores en el campo notarial, registral, académico y litigioso es una importante conjugación de factores que creemos hacen no solo interesante el texto sino útil y práctico.

En cada uno de los cinco capítulos que constituyen la obra, se abordan temáticas bien del sistema notarial o bien del sistema de registro de instrumentos públicos a partir de una mirada del derecho público; éste es, precisamente, el criterio que hace especial el escrito, se abordan cinco temas centrales del notariado y registros propios del estudio del Derecho Público, con lo que la obra es un importante aporte que complementa la cardinal doctrina que existe de la materia pero en el campo del Derecho Privado.

La obra se formula como tipo de investigación jurídica apoyándose cada uno de los capítulos de manera homogénea en la metodología analítico –descriptiva con enfoque propositivo, esto en la medida, tal como podrá apreciar el lector, que en cada uno de los apartados los autores acuden a la dimensión doctrinal, normativa y jurisprudencial del objeto de estudio, estableciendo a partir de allí premisas de las cuales se forjan las inferencias que dan cuerpo teórico al texto en general; por su parte, cada uno de los capítulos no descansan en una somera descripción del estado del arte sino se extiende al campo propositivo conduciendo a una reflexión teórica en sede del derecho público de las temáticas escogidas, que por regla general han sido reservadas al campo del derecho privado, esto en lo relacionado con los cuatro capítulos finales; pues, en tanto el capítulo primero posee como esencia proponer un análisis poco tratado por la doctrina nacional en torno a la implementación de tipos de tecnología disruptivas como es el caso del blockchain en el sistema notarial.

La intención de los autores fue crear un producto de categoría nuevo conocimiento, por tal motivo se ha cumplido con los parámetros de existencia y calidad que ha fijado el marco normativo de Colciencias.

Como producto de investigación el presente libro constituye un aporte a la producción general del grupo de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Tunja, actualmente en categoría A de Colciencias.

La creación de una obra colectiva tiene características que son disimiles, obviamente, a la creación de un texto con un único autor, siendo conscientes de ello, los autores desean que el lector advierta las distintas perspectivas temáticas en su propia naturaleza, esperado con ello que el lector no se encuentre con un proceso de lectura tedioso, sino, por el contrario, multidimensional y ameno. Tenemos confianza los aquí investigadores de haber logrado un texto que promueve un avance en el estudio teórico del sistema notarial y registral.

Que la obra se titule NOTARIADO Y REGISTRO EN COLOMBIA. Perspectivas de investigación, reflexión y crítica, no es una mera subjetividad, todo lo contrario, desde la fijación del título los autores han querido evidenciar que los temas tratados son de interés de estudio; que son relevantes para ser tratados en líneas de investigación; que la sustancialidad de los temas exige siempre un método no solo descriptivo sino reflexivo y por supuesto crítico.

Fieles a ese sentir, se abordan y se fija posición reflexiva y crítica por cada uno de los autores en los capítulos desarrollados.

Así, en el capítulo primero titulado BLOCKCHAIN (CADENA DE BLOQUES) Y ACTIVIDAD NOTARIAL EN COLOMBIA. Reflexiones. El tema de investigación es la relación existente de las tecnologías disruptivas, especialmente, el Blockchain, con la actividad notarial en Colombia. La reflexión y crítica recaerán sobre la posible transformación o sustitución del notario debido a la innovación tecnológica.

El capítulo segundo titulado LA NOTA DEVOLUTIVA COMO ACTO ADMINISTRATIVO. Enfoque registral. Toma como objeto de investigación y estudio la naturaleza jurídica de la nota devolutiva en el sistema registral. A partir de allí, se fija posición reflexiva y crítica apoyado en el estudio de la jurisprudencia y la normatividad para decantar la “verdadera” naturaleza de la nota devolutiva y los alcances que se tienen por concebirla acto administrativo.

En el capítulo tercero denominado LA RESPONSABILIDAD POR ERRORES EN EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS. El objeto de investigación parte de la base constitucional establecida en el artículo 90 de la norma superior, a partir de allí, en tono reflexivo y crítico, se aborda el estudio de la jurisprudencias del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo detallando con ello la tesis de responsabilidad el Estado por falla en el servicio registral.

El capítulo cuarto titulado RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL NOTARIO POR LOS DINEROS QUE RECAUDA Y ADMINISTRA EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN. El objeto de investigación será el notario como sujeto de reproche de responsabilidad disciplinaria; mientras, el criterio reflexivo y crítico se orienta a evaluar la instancia de responsabilidad del notario en los casos de recaudo y administración de recursos que recibe en cumplimiento de la actividad notarial.

El quinto y último capítulo, denominado PANORAMA ACTUAL DE LA FALSA TRADICIÓN Y LOS BALDÍOS EN COLOMBIA, toma como objeto de investigación la problemática en torno a la titulación, desde una mirada de la ley 1561 de 2012; en tono reflexivo y crítico, los autores, expresaran conclusiones en torno a las problemáticas presentadas en el acto de registro.

Se agradece de antemano la recepción y aprobación para su publicación a las autoridades académicas y administrativas de la Universidad Santo Tomás Tunja, en particular a las directivas de la Facultad de Derecho y a cada uno de los miembros del comité editorial.

Esta obra espera cumplir con las expectativas académicas y documentales, al igual que sea del interés al lector, como fue para los autores su redacción.

PhD EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA (Compilador - editor)
Líder Grupo De Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas - Categoría A Colciencias
Universidad Santo Tomás-Tunja.
Colombia-2020

| CONTENIDO

I. BLOCKCHAIN (CADENA DE BLOQUES) Y ACTIVIDAD NOTARIAL EN COLOMBIA. Reflexiones.	9
LOPEZ-PENÑA, Edmer Leandro	
II. LA NOTA DEVOLUTIVA COMO ACTO ADMINISTRATIVO. ENFOQUE REGISTRAL.	49
GUTIÉRREZ-CUERO, Raúl Armando; BURGOS-CHAMORRO, Liliana Constanza; PALACIOS-MOSQUERA, Carlos Alejandro	
III. LA RESPONSABILIDAD POR ERRORES EN EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS	73
MEJÍA-LÓPEZ, Juliana; PEREA-TARAPUES, Stephany; APARICIO-SERRANO, Ricardo	
IV. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL NOTARIO POR LOS DINEROS QUE RECAUDA Y ADMINISTRA EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN.....	103
TEHERÁN-MAQUILÓN, Aura Agustina; RODRÍGUEZ-CASAS, Daniel Isaac; OSORIO-BURGOS, Elsa Elena	
V. PANORAMA ACTUAL DE LA FALSA TRADICIÓN Y LOS BALDÍOS EN COLOMBIA	165
JIMÉNEZ-CARRANZA, Marcela Del Pilar; LÓPEZ-CARDONA, Sulderis; CÁRDENAS-MENDIVELSO, Wilber David	

Blockchain (Cadena de Bloques) y Actividad Notarial en Colombia. Reflexiones¹.

LOPEZ-PEÑA, Edmer Leandro²

SUMARIO.

I. Introducción. II. BLOCKCHAIN. Tecnología disruptiva. Aspectos generales. III. Yuxtaposiciones: Relación blockchain y actividad notarial. IV. Notariado Y Blockchain En Colombia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo abordaremos como objeto de reflexión los efectos presentes o futuros que pudiesen llegarse a dar en la actividad notarial en Colombia por el aparecimiento del Blockchain, entendido como cadena de bloques, un tipo de tecnología disruptiva.

Nuestro punto de partida epistemológico se enmarca en el reconocimiento de dos ideas: La primera, el transcurrir del tiempo trae para las instituciones, las teorías y los criterios, modificaciones, alteraciones o en el caso más extremo, extinción. Esta es la situación que se debate en torno a la tecnología disruptiva, concepto que se le ha dado al tipo de tecnología que “se expresa en productos o servicios que al entrar al mercado, modifican abruptamente o producen una ruptura significativa en el modelo básico o dominante” (Warf, 2018).

1 Investigación desarrollada dentro de la línea Responsabilidad del Estado y derecho Administrativo (derecho informático) grupo de investigaciones Jurídicas Y Socio Jurídicas Categoría A Colciencias, Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás Tunja. 2020-I

2 Abogado UPTC, especialista derecho administrativo Universidad Libre, Magíster Derecho Administrativo Universidad Libre, PhD Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano Universidad de la Coruña España. Docente Universitario, litigante y consultor. Líder del grupo de Investigaciones jurídicas y socio Jurídicas Categoría A Colciencias. Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás Tunja.
Email: edmerlopez@usantoto.edu.co ; leandroabogado@yahoo.es

De entrada estos tipos de productos y servicios se apoyan tanto en la concepción propia de desarrollo y revolución tecnológica como en “el ideal del mercado y el liberalismo económico con su fijación en la competencia natural, propia al sistema capitalista” (C.Cox, 1972).

Pero han venido apareciendo voces que promueven una apreciación crítica, o por lo menos que llaman a “una visión en tono de revisión, sobre este nuevo tipo de tecnología” (Dosi, Llerena et al. 2007). Es el caso por ejemplo, de “las problemáticas de seguridad sobre el manejo de los datos, así mismo, el uso inadecuado de estos” (Vercelli, 2018).

Las noticias falsas tan emblemáticas al reflejar, “parcialmente las fallas en el proceso de información y comunicación en la época actual; (Magallon Rosa, 2019). Estos son algunos ejemplos.

Las problemáticas que pueden promoverse desde el estudio de “los impactos de la tecnología disruptiva son variadas y con distintas aristas” (Pesch, 2020). Abarcarlos en este escrito sobrepasaría su finalidad; pero por la razón de revisión, concentraremos nuestros esfuerzos en dejar planteada la cuestión y algunas de las reflexiones que se han dado hasta el día de hoy respecto del surgimiento de un tipo de tecnología denominada Blockchain o cadena de bloques y su posible impacto en la actividad notarial, así mismo en el acápite de conclusiones expresaremos nuestras propias reflexiones suscitando con ello un debate futuro en torno a la temática.

Particularizando las problemáticas de las tecnologías disruptivas; actualmente, ante los sistemas jurídicos sobreviene una necesidad de juridificación o de regulación normativa, regulación que no es nada fácil. No solo por las problemáticas constitucionales que están en juego y que son enriquecidas por amplísimas concepciones de argumentación e interpretación normativa (v.gr. debates en torno a los alcances de libertad de información y comunicación, habeas data, derecho al olvido, o en términos generales a la libertad expresada en los medios tecnológicos, derecho al acceso al internet, control estatal sobre fakenews y uso de servicios como Twitter o YouTube para expresar ideas, u opiniones institucionales o contra- institucionales), sino por la interdisciplinariedad que se exige del Derecho con consecuencias en la formulación de regulaciones normativas de productos y servicios tecnológicos; donde se requiere tener nociones

claras que permitan el entendimiento de las bases científicas, aplicadas y metodológicas de la ciencias que interactúan y la tecnología que se desarrolla. Se refleja en esta problemática, algunos de los retos que se le imponen a la ciencia jurídica en la contemporaneidad.

La segunda idea, es la siguiente: Concebimos que en la actividad notarial, en la contemporaneidad y, en particular, con la existencia del Blockchain, se debe promover un debate necesario sobre el futuro de la actividad notarial.

Al respecto, como se expresa en este texto, existen posturas con tono disyuntivo donde algunos autores refieren que llegará a desaparecer y, otros, por el contrario, con un tono más escéptico, no ven en el panorama presente y futuro, posibilidad alguna de alteración ni de ésta ni del papel de los notarios, a lo que, se sustenta como hipótesis de trabajo que más pronto de lo que se piensa, -proceso que ya viene sucediendo en Colombia-, la actividad notarial se adaptara al uso de tecnologías disruptivas y al Blockchain.

La política de cero papel; principio de gobierno en línea dado en el decreto 019 de 2012; la estrategia de uso de Blockchain en la agencia nacional de restitución de tierras; la implementación piloto de inteligencia artificial (PROMETEA) al interior de la Corte Constitucional; la política de Estado de transición digital, la expedición de los CONPES 3920 BIGDATA y 3975 inteligencia artificial; el desarrollo de talleres impulsados por los ministerios MINTIC y MINCIT en Fintech; el impulso para la constitución de C4IR (Centro para la cuarta revolución industrial) ; la implementación de la escritura electrónica por el sistema notarial; la expedición de la ley 2015 de 2020 que fomenta la consolidación de la historia clínica electrónica y el debate del proyecto de ley 028 de 2018, al interior del Congreso de la República, que impulsa el uso de criptomonedas, son algunos de los datos empíricamente observables que nos permiten fundamentar y afirmar con pretensión de objetividad, que la tecnología disruptiva y la tecnología blockchain es una realidad que afectara la administración de lo público, no siendo una zona de inmunidad la actividad notarial.

La finalidad de este capítulo girará en torno a revisar las posiciones disyuntivas y a partir de su análisis, proponer a tipo de reflexión, el rumbo del proceso de juridificación de la actividad.

Se busca detallar un sentido de la problemática, promoviendo el debate académico y normativo respecto de qué hacer con la actividad notarial, ¿esperar su absoluta inmodificación u orientar un camino de transición y cambio que acomode la actividad a las nuevas realidades que se siempre se dan con la tecnología disruptiva?

El texto consta de cuatro capítulos, en el primero se abordan los aspectos generales del blockchain a partir de la noción de tecnología disruptiva y su relación con la problemática conceptual sobre el desarrollo; el segundo capítulo enmarca algunas de las posiciones respecto de la relación del blockchain y la actividad notarial; en el tercer capítulo, se describe el apareamiento del blockchain en el sistema jurídico político del Estado de Colombia a partir del proceso de retención institucional y en particular se revisa su aprehensión en el sistema notarial; ya en el cuarto y último capítulo se perfilan algunas líneas a título de reflexiones con las cuales se plasma la posición del autor sobre la problemática propuesta, tratando con ello enriquecer el debate en el campo de las posiciones disyuntivas expuestas en los capítulos preliminares.

II. BLOCKCHAIN. Tecnología disruptiva. Aspectos generales.

Un punto de partida para abordar la temática³ está en la idea misma de desarrollo, en cuanto que toda tecnología se enfrasca, seguramente, a prima facie, en la noción de avance, siguiente paso o nueva etapa, todas estas palabras posibles sinónimos del término de desarrollo.⁴

Se relacionó al término de desarrollo a “la idea de acumulación y aumento de riqueza” (Smith, 2011). A partir de esta noción, se evolucionó en la doctrina perfilando que desarrollo en los Estados sería dado por el logro en el nivel de crecimiento económico. La relación desarrollo y crecimiento económico han tenido sus detractores, la crítica se ha orientado, entre

3 (Que como vemos exige la interacción de la ciencia del Derecho con otras ramas siendo la temática una verdadera exigencia interdisciplinar)

4 El diccionario de la real academia de la lengua española RAE define desarrollo. 1.m. Acción y efecto de desarrollar o desarrollarse. 2. m. Relación entre el plato y el piñón de la bicicleta, que determina el espacio que se gana con cada pedalada. 3. m. Econ. Evolución de una economía hacia mejores niveles de vida. 4. m. Mec. Relación entre la potencia y la velocidad en las marchas de la caja de cambios de un automóvil, determinada por la disposición de los engranajes.

otras, a “la problemática de fijación no solo objetiva del indicador sino también a su carencia de componentes subjetivos y humanos, dando lugar al nacimiento de la idea de desarrollo a escala humana” (Max-Neef, Elizalde et al 1986).

Dentro de las problemáticas de medir el desarrollo por el crecimiento económico está el hecho que en ese “afán de medir el crecimiento se deja de lado la realización de debates y evaluaciones sobre las formas y el cómo se logra ese crecimiento” (Enriquez Perez, 2016). En otras palabras, los índices de crecimiento económico miden, precisamente, el crecimiento, pero dejan de lado el costo social, ambiental y humano que se paga por la obtención de tan esperado crecimiento, por no contarse con esa medición, el crecimiento resulta, posiblemente una trampa.

A partir de la mirada problemática del crecimiento económico, se propende por una redefinición del término de desarrollo, dando lugar a un importante surgimiento de enfoques.

Apartándose del crecimiento económico, las nuevas tendencias, más en el presente de los Estados Sociales de Derecho, aunque sean en teoría, porque en la práctica en países con económicas emergentes no es aplicable del todo, los nuevos enfoques se orientaron a contar dentro de la construcción e índices de desarrollo no solo el aumento de la riqueza sino tuvieron en cuenta componentes como “la reorganización social, el cambio social y la mejora en calidad de vida; un referente en la materia” (Stiglitz, 2010). Todo esto a partir de la crítica que se hace del sistema del libre mercado y las sociedades desiguales.

La crítica del libre mercado pone en evidencia la necesidad de contar con una noción de Estado prestador de servicios e interviniente en la mejora de las condiciones de existencia. Así, la noción de desarrollo se nutrirá de la condición de bienestar social.

Se trata de partir no de la idea de un aumento y acumulación, sino de alteración de situaciones, en otras palabras, la acumulación si bien toma en cuenta un punto de partida y un punto de estado óptimo, puntos con los cuales se podría mediar el nivel y el éxito de los procesos para promover la acumulación, en el caso de alteración de situaciones, se exige una

constante transformación en el bienestar, de modo que la medición exige constantemente fijar nuevos criterios de medición, pues el propio termino de bienestar podríamos decir es mutable.

De allí que se establezca, por un lado, las condiciones básica de bienestar, como forma de comprender un estadio general, pero también, por el otro, que nuevas situaciones y exigencias sociales puedan ser categorizados dentro de la idea de bienestar; por ejemplo se puede citar la exigencias que hoy se elevan para que en tiempos de cuarentena y covid 19 se reconozca el acceso a internet y algunos de sus servicios como derecho fundamental.

Que el derecho al acceso de internet y sus servicios sea reconocido como derecho fundamental no está del todo lejos de la realidad política y jurídica del Estado Colombiano, en cuanto que la misma idea de transformación digital del Estado, sus sectores y la sociedad en general, se constituyen en el punto de partida para invocar tal formulación normativa y política de derecho fundamental. Creemos que el reconocimiento como derecho debe obedecer como consecuencia natural a la implementación de la tecnología como política de Estado, el nacimiento del derecho seria el precio a pagar.

El desarrollo y su relación con el bienestar general, trae consigo una problemática, incrustada en el ADN de esa relación: pues, al concebir el desarrollo con la idea de bienestar, entran en juego criterios valorativos cuya finalidad es promover un juicio sobre el desarrollo predicando lo correcto o incorrecto de éste. Al abrirse la posibilidad de juicios de valor, surgen demasiadas problemáticas, que no podrán ser expuestas en el presente capítulo, pero entre ellas, estaría dada la conexión entre desarrollo, bienestar y justicia, esta última social e individual. La justicia es una noción que se integra a la idea de valoración de desarrollo. La justicia social e individual, no solo arrastran la problemática de medición objetiva y eliminación de subjetividad, sino que entre ellas se dan tensiones que exigen resolución; “tensión forjada desde el interior del discurso de los derechos fundamentales como esferas de garantía, protección de la individualidad y medios de salvaguarda de los más débiles (Argumento contra-mayoritario, democracia sustancial” (Ferrajoli, 2014). Tesis de derechos fundamentales propuestas en la doctrina del garantismo, que hacen que la resolución del problema se torne en compleja.

La idea de un desarrollo bueno y otro malo –si se me permite referirlo de ese modo–, abrió la puerta para la valoración ética del desarrollo, y en este campo son sobresalientes los estudios en los que se propenderá “la expansión de las libertades sea un punto de partida para esa valoración” (Sen, 2000).

Concebimos que una medición del desarrollo a partir de la razonabilidad de las libertades y su nivel de amplitud y eficacia, permitan que la condición subjetiva de la libertad en tiempos modernos pueda acomodarse a la idea de innovación como consecuencia del desarrollo. Es decir, ya no solo tenemos que en el desarrollo confluyen doctrinas del crecimiento, bienestar, justicia, sino de libertad y un tipo de consecuencia: las innovaciones.

Qué mejor ejemplo del ejercicio de la libertad, sino es con la posibilidad de llevar la inspiración al acto propio de la creación y que el Estado y sus sistema político, jurídico y económico salvaguarden la innovación con la lógica de la patente. Tal vez, ésta es una de las razones del porqué como criterio de desarrollo, hoy por hoy, se mide el nivel de creación e innovación a yuxtaposición del mero consumo de tecnología.

Se observa que el discurso de la libertad, además de conducir a la adopción de la idea de innovación como desarrollo, ha sido apropiado por el propio sector de la tecnología, que en muchas ocasiones se ha fincado en él para rechazar cualquier tipo de juridificación, como el caso de la producción de software libre, o para justificar que los productos y servicios tecnológicos logran la expansión de la esfera individual y autónoma de cada uno de los individuos. Hoy ya se presentan debates a nivel jurídico y político respecto de la necesidad o no de regulación del sistema laboral frente a la problemática de “si es posible aceptar la revisión de redes sociales como requisito de iniciar o dar por terminado la vinculación laboral” (Sentencia T-054/18 Corte Constitucional, 2018).

La relación de desarrollo y progreso tecnológico se apoya, entre otras circunstancias, en la comprensión positiva que se tiene de la revolución industrial como avance humano. Por eso no es de nada tormentoso que los últimos avances tecnológicos se acomoden en la sección de la cuarta revolución industrial. Tormentoso o no, la conexión de desarrollo y tecnología, conduce a que la tecnología externamente puede ser evaluada,

esto es, teniendo en cuenta los impactos que producen en los sistemas económicos, sociales, académicos, etc. La evaluación externa de la tecnología abre consigo la posibilidad de la incursión de la tecnología en todos los niveles de la vida individual y colectiva; se admite con ello el papel modificante de la tecnología. Esta idea parece simple, pero es, precisamente, la idea reina en los tiempos contemporáneos, no se sorprende la humanidad que la tecnología modifique los sistemas establecidos y aceptado, se espera que lo haga. Podríamos decir que la tecnología en nuestros días tiene incorporado en su ensamblaje la idea de cambio y transformación. Con esta esencia se defienden las pretensiones de incorporaciones tecnológicas en los sectores, se promueve los discursos incluyentes de sociedad del conocimiento e inversión de recursos públicos para incentivar la innovación y el “desarrollo tecnológico”, todo esto esperando siempre un cambio.

En esa necesidad de cambio, nacen problemáticas sociales y económicas, los menos favorecidos esperan que sean afectados positivamente con esos cambios, enfoques de democratización de las tecnologías, reducción de brechas digitales y derecho a la tecnología, son ejemplos. La pretensión de democratización, trae consigo la necesidad de identificar a priori el tipo de tecnologías que deben ser democratizadas y cuáles o no; no se escapa de la formulación de estos paradigmas resolver los alcances y fijar el núcleo duro del derecho a acceder a la tecnología, pues, debe detallarse qué cubre el derecho.

En general, son tantas las cuestiones problemáticas, que hasta se ha dado lugar a creación de nuevas tendencias o ramas del Derecho como el caso del Derecho informático, donde facultades que pretenden sobresalir, muestran como novedad ese tipo de estudios. La problemática puede generalizarse aún más cuando la discusión inicia afirmando la existencia de buena y mala tecnología, esto conduce a saber qué es bueno y qué es malo.

Frente a estas problemáticas los Estados y en particular los sistemas jurídicos no han tenido mayor interés en juridificar servicios de la internet o plataformas de redes sociales; ésta omisión ha obedecido, en sus inicios, a la aceptabilidad del ámbito de libertad y autorregulación que representaba los avances tecnológicos; pero esta situación ha cambiado en estos tiempos, el aumento de fakenews, la darkweb, el boom de las

criptomonedas, el terrorismo cibernético, el uso indebido de los datos que afectan el habeas data, la Bigdata, los usos positivos con tecnologías como Blockchain o cadena de bloques, ha llevado a que, poco a poco, los Estados volteen su mirada a esos temas, propendiendo por procesos de juridificación. En la actualidad se debate qué campos pueden y deben ser regulados por el sistema jurídico. Estos tipos de regulaciones deben ponderar la idea de desarrollo o avance con salvaguarda de derechos e interés legítimos generales.

Con los distintas incorporaciones a la noción de desarrollo Se menciona que no solo componentes económicos hacen parte de él, sino políticos, jurídicos y, últimamente, tecnológicos. Se da consideración, que el concepto de desarrollo es un propio ejemplo del tipo de “conceptos jurídicos indeterminados que permiten el aumento de la discrecionalidad administrativa, lo cual de entrada nos invita a resolver como cuestión jurídica en futuras discusiones académicas” (Lopez Peña, 2015).

Se dice que la tecnología implica transformación y cambio; una buena manera de expresar su naturaleza se encuentra en el concepto de tecnología disruptiva. No es problemático, aceptar que este tipo de tecnología se considera avance y en ese sentido se asume como desarrollo. Lo disruptivo se lo da el mercado y el efecto de reemplazo o transformación que produce en tecnologías o sistemas que hasta el momento eran las o los establecidos.

Se concibe en la academia que se “dará vida en el mundo de los conceptos a la tecnología disruptiva” (Christensen, 2015). Se dice que fue el primero que fijó el concepto, la esencia provino para el autor de evaluar la afectación de los mercados por la aparición de nuevas tecnologías, éstas podrían alterar el mercado debido a la reducción de tiempo, costos, mano de obra, etc. Con estas “mejoras” a lo establecido se conducía como consecuencia natural al cambio, al reemplazo, a la transformación.

Se detecta que en la concepción elemental de tecnología disruptiva se conjuga dos ejes: el primero, como veníamos tratando, se espera de la tecnología nueva la transformación de la anterior, que toma el adjetivo de anterior apenas se demuestra objetivamente la eficacia de la nueva; el segundo, al estar ligada la alteración de mercado y tecnología nueva, —y para no irnos a un análisis del concepto que sobrepase la finalidad de este capítulo— las consecuencias de la transformación se dan en las bases de

prestación de servicios, y en ello, vemos está la esencialidad que permite al concepto de “tecnología disruptiva explicar el fenómeno de transformación de los sectores de servicios que se da por el mercado, por finalidad institucional del Estado y por prestación conmutativas entre particulares. Creemos que aquí está la vitalidad del concepto” (Peña Andrés, 2018).

Como se ve con la noción de lo disruptivo se establece no solo una confrontación de la tecnología establecida vs tecnología disruptiva, sino también, lo disruptivo determina que el mercado tradicional cambia o surgen nuevos mercados, mercados emergentes que traen consigo nuevos principios de operatividad, pero siempre, hacia una constante por un lado: reducción de tiempo, dinero, es decir mayor eficacia, y por el otro lado: aumento de accesibilidad y asequibilidad, es decir, mejor operatividad.⁵

Los nuevos mercados configuran nuevo tipo de usuarios: “1) usuarios primerizos junto al mercado emergente o, 2) usuarios que abandonan el sistema vencido (Muller, 2014). Que fijan su interés y que van abandonando, poco a poco, el sistema que, hasta hace un tiempo, consideraban seguro y provechoso. Esta categoría general propuesta de usuarios, –si bien falla en la falta de detalle,– nos permite decantar un aspecto importante de la tecnología disruptiva, esto es: con la mayor eficacia y la mejor operatividad que se vende por los nuevos sistemas, se impone como mecanismo natural, primero, la competencia y segundo el restablecimiento más agresivo de la oferta y la demanda en la prestación de servicios y en el valor de los mismos; esta deducción, lanza, inmediatamente, “a reconocer que en el campo de los servicios públicos y privados el surgimiento de este tipo de tecnologías nos ha puesto en estado de alerta” (Rendon, 2020).

Por ello ya se afirma que ya “no hay servicio o actividad esencial o elemental que este “seguro(a)”, que esté exenta de transformación o extinción” (Garay Sanchez, 2019). Obviamente, la actividad notarial no es la excepción.

5 Podríamos situar en este paradigma, el surgimiento de las criptomonedas que aunque en la mayoría de los estados y las entidades internacionales competentes le han restado el valor del dinero, cada vez aumenta el número de usuarios, forjando un nuevo mercado, un nuevo tipo de reglas que llegan al punto de tener consecuencias en el mercado de oferta y demanda de bienes, efectos que se apoyan del derecho fundamental al ejercicio de la libertad. Lo mismo puede decirse del crecimiento mercado de las APP, que han desplazado, por ejemplo, hasta el sistema clásico de comunicación, véase el aumento de aplicaciones como meet, hangout en tiempos el covid 19.

Expuesto el marco general de los alcances que encierra el concepto de tecnología disruptiva, pasemos a establecer aspectos básicos del blockchain o cadena de bloques.

Como el registro compartido por millones de ordenadores conectados donde se inscriben y archivan las transacciones de dos partes de manera verificable, permanente y anónima sin necesidad de intermediarios.

Para los expertos, el concepto de Blockchain, es atribuible al programador anónimo (que no se sabe si es una persona o un grupo de personas), llamado Satoshi Nakamoto, y aunque se refiera al Bitcoin como criptomoneda, el Blockchain o cadena de bloques, se entiende la tecnología detrás de la criptomoneda y que tiene múltiples usos como hoy se está demostrando.

Se ha definido la cadena de bloques como “un libro contable público descentralizado diseñado para registrar las transacciones en un entorno protegido o una base de datos usado para registrar las transacciones, que es copiado en todas las computadores que conforman la red específica” (Ganne, 2018)

Los expertos explican la idea de cadena de bloques acudiendo a la identificación de las deficiencias del proceso de transacción, a partir de ello, reconocen que para un simple proceso de transacción tradicional, como puede ser, la compra de una camisa con tarjeta de débito o crédito, intervienen en el proceso más de tres entidades en el proceso. La cadena de bloques propende por eliminar la necesidad de intermediarios, ya que trata de constituir un margen de confianza en el proceso aplicando principios de economía, rapidez y seguridad (EQUISOFT, 2016).

Las características determinantes del blockchain, que la hace tecnología disruptiva está en las alteraciones que ofrece de los sistemas establecidos,⁶ a razón de ello, son la descentralización en la custodia de los datos, la autoprotección de los datos por medio del sistema de bloque P2P, la ínfima posibilidad de corrupción, alteración de datos y la eliminación de intermediación, las ventajas que éste tipo de tecnología ofrece.

6 Frente a los impactos que impone el Blockchain a los sistemas jurídicos véase: “Characteristics of Blockchains.” *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, by Primavera De Filippi and Aaron Wright, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts; London, England, 2018, pp. 33–58. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/j.ctv2867sp.5. Accessed 24 Apr. 2020.

La aplicabilidad del Blockchain se presentó por primera vez con la criptomoneda Bitcoin, con este tipo de moneda se invitó a debatir la idea de doble pago y el papel innecesario de intermediación del sistema financiero, y la aceptación de otros tipos de moneda, identidad digital y otra forma descentralizada de seguridad de los datos .

De allí que el concepto de Blockchain a veces se confunda con el Bitcoin; pero vera el lector que sí existe una gran diferencia entre ambas.⁷

Para los expertos, las oportunidades de la cadena de bloques se representan en: 1) la tecnología blockchain es un software gratuito y de código abierto, y con ello se elimina intermediarios de confianza en el proceso de transacción ; 2) la cadena de bloques constituye algo similar a un libro contable distribuido en una red de computadoras, por lo que se hace muy difícil alterar los datos y, en caso, de presentarse, es posible detectar la falsedad, debido a que las transacciones en cadena de bloques quedan registradas, al respecto se informa “Por lo general, la mayoría de los nodos (51 por ciento) deben aceptar que el bloque es válido para que éste pase a formar parte de la cadena de bloques de transacciones o blockchain. Los bloques de transacciones son usualmente publicados en el libro contable compartido a intervalos de diez minutos”. (Equisoft, 2016)

En el portal Wikipedia se ha considerado que son cinco los tipos⁸ de uso que podrían provenir del Blockchain, y dentro de ellas se admite la afectación de la actividad notarial, estos son: i) en el campo de las criptomonedas; ii) bases de datos de registro de nombres; iii) base de datos de registro de transacciones, iv) como sustento en plataformas que permiten la

7 Para una revisión sobre la aplicabilidad del *blockchain*, asemejándolo al toque de midas el rey, véase: Kulhari, Shraddha. II. The Midas touch of Blockchain: Leveraging it for Data Protection. Consultado en: <https://www-jstor-org.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/stable/j.ctv941qz6.6>. Para un análisis positivo y negativo sobre los usos de blockchain, véase: van den Berg, Willem. Blockchain for fragile states: the good, the bad and the ugly. Consultado en: <https://www-jstor-org.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/stable/resrep17341> . Y para diferencia entre Blockchain y smart contracts y almacenamiento de datos, véase: Pesch, Paulina Jo. “Blockchain, Smart Contracts Und Datenschutz: Risiken Und Grenzen Blockchain-basierter Smart Contracts.” In *Smart Contracts*, edited by Fries Martin and Paal Boris P., 13-24. Mohr Siebeck GmbH and KG, 2019. Accessed April 23, 2020. www-jstor-org.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/stable/j.ctvn96h9r.5.

8 Para un análisis sobre 10 formas de uso del Blockchain, véase: 3 How Does Blockchain Change Doing Business? 10 Use Cases. Consultado en: <https://www-jstor-org.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/stable/resrep22491.5>

configuración de contratos inteligentes entre pares, por ejemplo y v) en el sistema de voto electrónico, registro de subastas, compra pública, etc. (Wikipedia, 2018).

La defensa por la implementación de la cadena de bloques en los sistemas establecidos está dada por la ventaja competitiva que decanta su establecimiento en la protección de los datos y su visibilidad a gracia de la participación descentralizada en la custodia y revisión de los datos, a tal razón que su implementación se está dando en el sistema financieros, en el campo de los seguros, criptomonedas, en los procesos de pagos electrónico, derechos de autor, ciber seguridad, en la historia clínica electrónica, en el proceso electrónico, y en la escritura pública electrónica, por ejemplo.

La tecnología del Blockchain permite que un esquema de uso de red P2P, que garantiza una forma especial de guardar los datos a través del uso de los valores Hash de bloque y de bloque anterior imposibilitando casi a su extremo la alternación de los datos que se ubican en la cadena de bloques, en cuanto que alterar el contenido de un bloque alteraría el valor hash del bloque y de los siguientes haciendo posible detectar y de forma automática la alteración de los datos.

Con la descripción de esas ventajas, algunos expertos han considerado que la implementación del blockchain en los sistemas tradicionales, haciendo con ello más segura la custodia y manejo de la información, puede acelerarse con la estructuración de un marco jurídico que impulse institucionalmente su implementación. Esto significa que en términos de la tecnología disruptiva y en particular de la tecnología blockchain, un gran aliado es el sistema jurídico, lo cual exige una conciencia del asunto de los poderes constituidos.

De acuerdo a esto, pareciera que es inminente la aplicabilidad de la cadena de bloques en la mayoría de los sistemas y servicios actuales; dentro de estos, trataremos en el capítulo siguiente la actividad notarial.

III. LA ACTIVIDAD NOTARIAL Y LA CADENA DE BLOQUES.

Como se ha referido precedentemente, la tecnología disruptiva blockchain se considera que puede llegar a alterar significativamente los sistemas establecido al punto de considerarse tema relevante en la agenda legislativa de los estados modernos.

En cuanto a la cadena de bloques y su impacto en la actividad notarial podemos señalar la existencia de tres posturas: fuerte, débil e hipotética.

En cuanto a la postura dura, en ella está la tesis mayoritaria que entienden que:

1. El notario ejecuta una actividad intelectual, no es sólo un guardián de datos, es un profesional del derecho que materializa su labor intelectual y valorativa no solo en pro de la salvaguarda del ordenamiento jurídico, sino en el acto de prestación de servicio de asesoría a los intervinientes en los actos.
2. Dentro de las actividades del notario no está exclusivamente llevar un registro, sino dentro de sus potestades está en general la salvaguarda de la constitución, la ley y el reglamento, como también debe prever una defensa activa no solo de los intereses legítimos y legales de los intervinientes, sino del interés general del estado.

A partir de estas dos consideraciones lo que se propone al observar la cuestión sobre el impacto del blockchain y el notariado, es que en ultimas la primera servirá como herramienta en la actividad notarial, caso como el de la firma electrónica o la digitalización de ciertos documentos, pero que en ningún momento por la esencialidad del blockchain, que es una cadena de custodia de datos, se reemplaza la labor intelectual del notaria, por lo que en ese caso el notario estaría seguro de una afectación

Al respecto, se ha afirmado por LLopis que se hace imposible comparar al notario con la tecnología cadena de bloques. Para Llopis el error de tratar de compararlos ha conducido a construir o bien la falsa suposición de existir un notariado digital, o bien, la sustitución absoluta del notario por la cadena de bloques.

Para el autor, la problemática se resuelve diferenciando claramente que la cadena de bloques se alimenta de datos que deben ser subidos por personas, en este caso: el notario, de modo que pensar en un desplazamiento de la labor del servidor público y profesional del derecho, que hace juicios interpretativos del marco normativo notarial, por demás extenso y muchas veces oscuro, conlleva a declinar la idea de la supuesta y futura sustitución.

Más importante aún resulta, como lo advierte Llopis que si bien la cadena de bloques asegura el registro y trazabilidad del documento, no puede detectar la tecnología que el documento que se carga cumplen con condiciones de veracidad, legalidad y validez, y con ello, se determina la imposibilidad de sustitución del notario, tal como lo conocemos.

En el campo del uso del blockchain ante documentos privados, entiende el autor que aun no existiendo intervención del notario, la tecnología de cadena de bloques no da asesoramiento legal y normativo alguno a los que constituyen tales tipos de documentos; la cadena de bloques no hace un control previo de legalidad, ni puede determinar el interés, ni las condiciones de quienes suscriben el documento, ni tampoco revisa la redacción de lo pactado.

Por último refiere que:

“la cadena de bloques ni archiva el documento ni conserva una copia del mismo, por lo que tampoco puede sustituir la función del notario en su vertiente de conformador y custodio del Protocolo, imposibilitando si se pierde o destruye el documento que se registró obtener copia del mismo, porque no la hay”. (Carmelo Llopis, 2021)

Según la idea de Carmelo Llopis la desaparición del notario puede darse en los casos donde la actuación del notario solo se circunscriba a la actividad de registro, conservación y custodia del documento, como ocurriría con el notario del sistema anglosajón, pero no en el del caso del notario español.

Sobre esta posición se señala:

“Blockchain posee una seguridad informática única hasta el momento, pero no constituye un medio que aporte seguridad jurídica, ya que su modo operativo, hasta el momento, carece de inteligencia artificial que pueda reemplazar a los operadores del derecho en su función creadora e interpretativa. Por lo tanto, Blockchain no jerarquiza - bajo ningún punto de vista- la calidad de la documentación o información que se registre en ella. El hecho de que esté extractada en Blockchain es irrelevante en el plano jurídico”. (Hotz, 2019)

Esta distinción permite identificar que la actividad del notaria de la salvaguarda y control de la juridicidad de los documentos que se emiten es

un valor agregado –digamos– que no puede ser afectado por el momento por la tecnología que supone el Blockchain.

Javier Ibáñez Jiménez, director del observatorio Fintech-España, señala que ante la fe privada que se impone desde las corrientes de la seguridad de la información y de la conservación de los datos apoyada por la innovación del Blockchain, es posible pensar en una afectación de la actividad notarial, privatización que se ha presentado como en los casos de administración de justicia, con los tribunales de arbitramento, mediadores o conciliadores.

Supone Ibáñez Jiménez, que la apertura del uso de blockchain impone cambios a la actividad notarial, es el caso de la utilidad que tendría el uso de esta tecnología ante litigios jurídicos o arbitrarles, donde acudiendo al registro virtual, se tomaría como prueba, sin necesidad e intervención tradicional de autenticación, por ejemplo. Mayor fuerza toma la idea, llegado el caso de otorgársele condición de documento público al registro hecho en la cadena de bloques –para el autor– *“Bastaría una reforma legal escueta que así lo reconociese para reducir la intervención notarial en este tipo de contratos a una dación de fe sobre el hecho de haberse contratado en bloques, sin juicio o controversia posible sobre el contenido contractual”*. (Ibáñez Jimenez, 2019)

Con estas declaraciones, Ibáñez Jiménez, supone algunos cambios que se podrían dar en la esencialidad de la actividad notarial, pero no pensar en su desaparición.

En el caso de Colombia, Martínez Bustamante, hace un comentario publicado en ámbito jurídico, partiendo de la idea de limitación y los impactos de principios de estado social de derecho sobre el derecho de libertad, refiriendo que:

“La Blockchain y los smartcontracts, por citar solo algunos, son, sin duda, significativos avances tecnológicos, pero encierran el riesgo de retrotraernos, en las relaciones sociales y contractuales, al liberalismo económico en su más pura y primigenia expresión.

Si frente a las nuevas tecnologías los Estados optan, como creo que sucederá, por mantener ciertos límites a la autonomía de la voluntad y, en particular, a la autonomía de la voluntad contractual, por razones de interés social o

público, ahí habrá un espacio para la función notarial como guardadora y verificadora, en parte, de esos límites.” (Martínez Bustamante, 2019)

Para Martínez Bustamante, la existencia de este tipo de actividades si bien no suponen la eliminación de la labor del notario, sí conlleva un mandato de incorporación de tales tecnologías, so pena que llegue a arrollarlos. (Martínez Bustamante, 2019)

Se tiene entonces que las ideas fuertes sobre la relación blockchain y actividad notarial, reconocen que

1. La actividad notarial no sufrirá afectación alguna por la aplicabilidad de la cadena de bloques, porque ella no logra sustituir la actividad propia del notario.
2. Si bien es una innovación y una tecnología que afecta algunos sistemas, la afectación de la actividad notarial es positiva, pues el blockchain llegaría para servir de herramienta, tal como ocurrió con el documento electrónico, la firma electrónica o el uso de huella digital.
3. En relación a la anterior conclusión, se reconoce que el blockchain será de aplicación en la actividad notarial, por lo que para evitar efectos adversos en la sustancialidad de los notarios y sus potestades debe adaptarse a estas nuevas tecnologías siendo de vital importancia su conocimiento y aplicabilidad a la actividad notarial. Esta implementación estaría sugerida por la necesidad de reducir los actos de fraude, alteraciones de documentos y permitir un seguimiento real, absoluto a las transacciones. Se suma a estas ventajas la interacción online del sistema notarial de país, debido al criterio de descentralización de la información.

Como posición intermedia a las ideas fuertes, se tendrían ideas con un carácter débil, en la medida que, son aquellas consideraciones que si bien no proponen la desaparición de la actividad notarial, si considera que la entrada del blockchain crear un nuevo tipo de registro y control de las transacciones que desplaza la necesidad de los notarios en ciertos campos o mejor que podría llevar a considerar un nuevo tipo de notario.

Estos casos de los nuevos notarios se darían en el caso de las transacciones económicas entre empresas, así la aparición de Smart contract dentro los cuales la firma electrónica, la aplicabilidad de fórmulas hash, la existencia de entidades certificadores de firmas digitales y la aplicación de control de datos en cadena de bloques, hacen que la presencia de un notario y su actividad sea nula.

El dilema de estas algunas zonas de la actividad notarial tradicional que son reemplazadas o por un nuevo sistema notarial, perfilan la posibilidad que en algún momento (v.gr. el sistema inmobiliario) pueda llegar a extenderse a todas las zonas de actividad, es decir, el extremo de esta posición es que de llegarse a dar que el nuevo notario resulta eficiente y se encuentra razones y nacen nuevas innovaciones, puede llegarse a considerar la abolición del notario tradicional.

Ya en una noticia del diario del país de España, se advierte:

“Las grandes empresas empiezan a lanzar soluciones basadas en blockchain. IBM ayuda a Walmart a mejorar la seguridad alimentaria de su cadena de suministro china y a Maersk a ganar eficiencia en su gestión comercial. En España, BBVA ha realizado operaciones pioneras de pagos entre Europa y América Latina, y Banco Santander prepara una aplicación de pago móvil internacional en el día y entre particulares. Ambos forman parte de Alastria, la primera red corporativa mundial de desarrollo de aplicaciones con blockchain, formada por un centenar de grandes empresas españolas y que está alojada en Icade”. (Blazquez, 2018)

Emmanuelle Ganne, en el documento *¿Pueden las cadenas de bloques revolucionar el comercio internacional?*, publicado por la Organización Mundial del Comercio, entiende que las cadenas de bloques pueden conducir a la transformación por medio de la digitalización de los procesos de financiación de comercio y contribuir al proceso de financiación de cadenas de suministros. Es el caso del boom de las nuevas empresas de tecnología financiera (Fintech) y empresas de tecnologías de la información.

Ganne reconoce que sin bien es prometedor este campo, es imperante, para habilitar el uso de esta tecnología en mayor escala que se abordé la relación que se requiere de demostrar la seguridad de la tales tecnologías armonizándolas con un marco normativo que establezca un criterio de derechos, deberes y responsabilidades concretas. (Ganne, 2018)

Pero como lo plantea Ganne, en ese caso estaríamos ante una construcción del sistema, no pudiéndose hablar de un sistema totalmente adaptado y transformado por el blockchain. Siendo un claro ejemplo de una *idea débil*, de tipo que se categoriza en el presente escrito.

Según Rojas Corredor *“La tecnología Blockchain permite que los riesgos operativos por causa de revisiones manuales sean mitigados en buena parte, además; la descentralización puede aportar significativamente a la reducción de costos de reportes”* (Rojas Corredor, 2018) a lo que se suma la posibilidad de estandarización de información compartida con el que el sector bancario, entendiendo no solo las entidades bancarias sino la regulatorias y las entidades estatales que las vigilan, pudiese llegar a contar a gracia de la implementación de este tipo de tecnologías.

Para el autor *“La trazabilidad es otra de las ventajas que ofrece la tecnología Blockchain y su importancia en las operaciones de comercio internacional es esencial ya que afecta de manera directa la eficiencia en los procesos, los costos y hasta el cumplimiento legal. Blockchain permite que los participantes vean casi en tiempo real la misma información con la seguridad que esta ha sido verificada. Con el uso de la tecnología se podrían reducir los tiempos de espera que requiere la validación de documentos físicos y reducir el monto de los gastos causados por almacenamiento innecesario de mercancías”*. (Rojas Corredor, 2018)

En la posición débil, si bien no se sustituye al notario tradicional, sí se caracteriza por abrir la posibilidad de transformaciones sectoriales, que llegado el caso, en el algún futuro, podría llegar a sustituir totalmente la actividad del notario, tal como lo conocemos. Es débil la posición, en tanto que está condicionada a los criterios fijados por las ideas duras, esto es: reconocer el blockchain con herramienta en la actividad notarial sin la posibilidad de suplir la actividad intelectual, valorativa y de custodio del ordenamiento jurídico por parte del notario. Es débil porque se puede llegar a subsumir en las ideas duras.

El tercero enfoque se nutre de las ideas que se han denominado hipotéticas, en tanto que en ellas se propone la sustitución del notario a gracia de nuevas tecnologías disruptivas, como es el caso de la inteligencia artificial, que una vez llegue a su estado de maduración, puede reemplazar la actividad

valorativa, intelectual y de custodio del sistema jurídico del notario. En este evento estaríamos, hipotéticamente en el reemplazo de la persona física por el poder de la máquina.

Titulamos de hipotética estas ideas pero no de imposibles, por esa razón no las descartamos en este texto.

En el enfoque de ideas hipotéticas se propone la interacción entre blockchain e inteligencia artificial, surgiendo de ello, la posibilidad de alterar completamente el sistema notarial tradicional, tal como lo conocemos. Así, la objeción que se haría al blockchain de no tener mente sino solo salvaguardar las distintas transacciones, podría suplirse con la implementación de la inteligencia artificial.

Ejemplo del impacto y alcances de un mundo que acepta la llegada de la inteligencia artificial, es SOPHIA.

En este momento se encuentran ante los avatares de la tecnología, aproximándose a la problemática de resolver y limitar los alcances de la tecnología y lo que puede considerarse desarrollo; corrientes como el bio-derecho⁹ han entrado en juego, la bioética ha cumplido también su papel.

Noticias como la siguiente en los medios especializados en tecnología, ya abordan la temática de convergencia de Inteligencia Artificial, el IoT y el Blockchain:

“Imagine llevar puesto un dispositivo que monitoree su ritmo cardíaco y el nivel de ejercicio todos los días. El dispositivo contiene toda su información personal (identidad, incluyendo reconocimiento facial y de huella digital; información de contacto; datos sobre su médico, medicamentos, alergias, etc.). Por motivos de seguridad, las funciones biométricas cifradas se almacenarían en una arquitectura de base de datos Blockchain, sin alterar las bases que se utilizan para las cantidades grandes de datos y el cumplimiento regulativo necesario para los propios datos.

9 Para las problemáticas filosóficas en torno al reconocimiento de derechos morales a los robots véase: LARIGUET, Guillermo. Humano, demasiado humano: ¿podrían tener derechos morales (algunos) robots? Un análisis filosófico a partir de dos cuentos de Isaac Asimov. Pág.120 y ss. En: Revista Principia Iuris. ISSN. 0124-2067 Julio-Diciembre 2017, vl.15. Nro. 28. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1516>

Su aseguradora médica asume con seriedad su salud y constantemente monitorea los diferentes aspectos de esta a lo largo del día, a través de los dispositivos wearable que registraste con ellos.

Mientras asistes a un evento, tu dispositivo wearable reporta un ritmo cardíaco anormal. La AI, a través del análisis, determina que esa anomalía es un precursor de un ataque al corazón. Un evento se activa de inmediato para notificar a tu médico y proporcionarle todos los datos relevantes de los últimos días. Tu Doctor observa un suceso grave y envía a una ambulancia para que te lleve al hospital.

Tus dispositivos wearable indican la ubicación exacta que se envía al equipo de respuesta de emergencia. Y cuando llegas al hospital, el sistema enlazado a tu moneda personal (bitcoin por ejemplo), que también utiliza Blockchain, te permite ingresar y pagar por una habitación privada.

El proceso activado por la IA brindó una experiencia completamente automatizada que te salvó la vida”. (Turgeon, 2018)

Se titulan de hipotéticas este tipo de ideas que parten de la suposición de convergencia de varias tecnologías cuya orientación final, se quiera o no, pudiese ser lograr sustituir la actividad mental del hombre. Por esas ideas se contraponen a la posturas duras y débiles, pero como referimos no pueden ser descartadas.

Como veremos en el capítulo siguiente, la inteligencia artificial en Colombia está en proceso, caso emblemático citaremos el proyecto PROMETEA que se está llevando a cabo en la Corte Constitucional.

IV. NOTARIADO Y BLOCKCHAIN EN COLOMBIA.

En este apartado se exponen algunas referencias que se han presentado respecto de la implementación del Blockchain, se advierte sobre la entrada a una búsqueda amplia, que no se encontró señalamiento expreso por parte de entidades oficiales del estado sobre el blockchain, inteligencia artificial en el sistema notarial, pero esto no es óbice para que al final del presente capítulo nos atrevamos a decantar algunas reflexiones cuya finalidad será dejar abierta la senda del debate sobre la relación propuesta entre notariado y blockchain.

La Superintendencia De Industria Y Comercio en algunos de sus boletines oficiales, a demarcado algunas zonas de sistemas donde el blockchain se ha empezado a usar, así refiere que:

“La adopción del blockchain en Colombia ha estado marcada por la incorporación de criptomonedas basadas en protocolos públicos para la transferencia de valor principalmente como sustituto de los sistemas tradicionales en el envío de giros y remesas (Dinero, 2018). Desde el sector financiero principalmente, se ha venido adelantando iniciativas enfocadas en desarrollar casos de aplicación y pruebas de conceptos de diferentes protocolos de blockchain para facilitar los sistemas de pagos y transferencias interbancarias a nivel internacional. En el ámbito gubernamental, se han venido adelantando pruebas de concepto en relación con los sistemas de votaciones (El Espectador, 2018) basados en plataformas abiertas de Blockchain desde Ethereum. (CIGEPI)

Registrando la superintendencia las oportunidades que para los negocios representan la existencia de nuevas tecnologías reconoce también la importancia de actualización del sistema jurídico para atender la demanda de estos nuevos servicios y relaciones jurídicas comerciales; en el informe se insinúa que *“se vislumbra que varios de los grandes emprendimientos de los próximos años estarán basados en este nuevo paradigma tecnológico y de allí la importancia de establecer marcos normativos adecuados, centros de investigación y desarrollo y alianzas empresariales y gubernamentales para facilitar y promover su adopción y desarrollo en Colombia”* (CIGEPI)

Para la Superintendencia, Colombia se encuentra en una fase de crianza *“en donde las primeras organizaciones empiezan a ofrecer productos o servicios a diferentes sectores e industrias. Frente a las capacidades científicas y tecnológicas, la tecnología blockchain en Colombia se le considera como emergente, al tener presente que no se encontraron patentes desarrolladas en Colombia”* (CIGEPI)

Una vez que hace la Superintendencia en el boletín una referencia a algunas empresas pequeñas y medianas que se encuentran desarrollando tecnología blockchain en el país (Coindex, Athenea, Criptobanco, Bitco y Minca) especialmente para el sistema financiero, se pregunta sobre las estrategias a llevar a cabo para posicionar el blockchain en el país, promoviendo la creación de ecosistemas de innovación mundial y redes de interacción.

Es claro que para la superintendencia de industria y comercio, el blockchain se decanta como tecnología necesaria con impactos positivos en la industria y comercio del país, así encontrarnos en esta postura la tesis que proponíamos en el primera capítulo de esta obra donde se evidenciaba una tendencia de perfilar la idea de innovación con el desarrollo; creemos que según lo indicado por la superintendencia se ve la tecnología de cadena de bloques como disruptiva y como ventaja para el desarrollo enfocado en promoción de la innovación, reconociendo la entidad que para ello es necesario evaluar factores políticos, económicos, sociales, tecnológicos y legales, esto para promover el impulso y reducir las barreras que evitan su implementación.

“En Colombia, se vienen adelantando iniciativas para proveer marcos jurídicos que permitan el uso de mejores y más instrumentos para la financiación de nuevos servicios financieros y de gestión de activos digitales, tales como los gestionados con tecnologías blockchain. En 2017, por ejemplo, se elaboró el proyecto de Ley de Crowdfunding promovido por el Ministerio de Hacienda, el cual se encuentra en revisión y discusión por parte de los actores del sector. Por otro lado, se viene planteando el desarrollo de una Ley Fintech que permita definir las reglas de operación de plataformas de gestión de activos digitales más allá del sector financiero tradicional”. (Decreto 1357 de 2018)

Reconoce la superintendencia que existen aspectos negativos que retrasan la entrada del blockchain:

“No se ha establecido aún una política pública en Colombia para la promoción y adopción de tecnologías blockchain con carácter vinculante y con financiación pública para la promoción. Colombia se destaca a nivel de Latinoamérica por su liderazgo en políticas públicas para la promoción del gobierno digital y las TIC, como el caso de la política para la promoción del BigData establecida con el CONPES BigData a 2022. Este modelo puede ser replicado para impulsar la adopción y liderazgo en la región en el desarrollo de sistemas de blockchain, pero se requiere incrementar los esfuerzos y la colaboración entre el sector público y privado para su logro.

En Colombia, no se ha establecido un marco normativo claro en el cual se definan las reglas para la utilización de criptoactivos basados en plataformas blockchain y modelos descentralizados. Esto implica la no existencia de reglas claras y controles básicos sobre la utilización de este tipo de instrumentos en actividades financieras y comerciales.

Por ende, crea un vacío jurídico dentro del cual pueden ser utilizadas para actividades ilícitas, tales como lavado de activos, tráfico de drogas y otro tipo de actividades ilegales. Adicionalmente desde el punto de vista tributario, no existe un marco claro sobre el valor y el respectivo importe que este tipo de transacciones y soluciones puede tener. Esta situación puede conllevar a su utilización como instrumentos de evasión fiscal” (Decreto 1357 de 2018, 2018)

Con la posición de la superintendencia nos queda claro que: 1) se reconoce al blockchain como tecnología positiva, tanto que se presenta como necesidad la formulación de política pública para lograr la promoción con financiación pública; 2) se entiende en el blockchain una tipo de innovación con alcances factibles en el esquema de desarrollo del país y 3) se entiende que este tipo de tecnologías está en el país en una fase de crianza, lo que identifica que se encuentran ante un nuevo reto.

En cuanto al impulso de la tecnología blockchain y los posibles impactos favorables en el país pero también en sus retos, la revista dinero informó:

“En el país se han desarrollado iniciativas en el sector público para impulsar su uso como, por ejemplo, en votaciones electrónicas estudiantiles, registro de propiedad de tierras y certificados académicos, entre otros. No obstante, falta mucho por hacer, comenzando por desarrollar los marcos normativos. Phillippe Boland, CEO de TokenPartner, considera que se requiere trabajar para integrar los intereses del Estado, la academia, el sector productivo y la sociedad civil. Dice que falta voluntad política para que el blockchain pueda convertirse en una tecnología de alta usabilidad; además de que se requiere tener soberanía sobre los datos. En su concepto, la academia es clave y en ese sentido se ha comenzado a hacer un trabajo importante pues hay universidades que están incluyendo cátedra sobre el tema, como la Jorge Tadeo Lozano y la Sergio Arboleda. La Universidad Nacional, en su facultad de Ingeniería, por ejemplo, trabaja para entregar certificados académicos con la mencionada tecnología.

El experto dice que en Colombia se ha avanzado mucho en cuanto a la usabilidad, pero no en el desarrollo. Sin embargo, destaca lo hecho por Ruta N, en Medellín. Recientemente allí se inauguró el Centro para la Cuarta Revolución Industrial, que tiene al blockchain como una de las tecnologías priorizadas para investigación, desarrollo y aplicación. Una prueba de la usabilidad del Blockchain es QubitLabs, empresa creada

por Juan Carlos Marín y Lina Sánchez, que permite adquirir boletas para eventos culturales, musicales y deportivos, usando la tecnología de bloques que permite enviar un código QR al celular: éste reemplaza la manilla o la boleta que utilizan los promotores de eventos” (SEMANA, 2019)

Con este tipo de noticias se hace evidente que si bien estamos en una fase de crianza de este tipo de tecnología, ya es una realidad la presencia de éstas y que se guarda ciertas esperanzas en este tipo de tecnologías disruptivas.

El ministerio de las TIC de Colombia ha señalado que

“El Gobierno Colombiano ve en el blockchain una gran oportunidad para dar soluciones a varias problemáticas públicas, entre ellas, las relacionadas con la lucha contra la corrupción. Por este motivo, ha tomado un rol activo, promoviendo encuentros y la creación de una comunidad, que posteriormente pueda suplir la demanda de soluciones basadas en DLT” (Bastardo, 2020)

El congreso de la República viene adelantado el procedimiento legislativo en torno al proyecto de ley (senado) 028 de 2018¹⁰ “Por el cual se regula el uso de las monedas virtuales o criptomonedas y las formas de transacción con éstas en el territorio de Colombia y se dictan otras disposiciones, con la cual se busca regular las transacciones y operaciones civiles y comerciales de las criptomonedas o monedas virtuales, entre personas de derecho privado y público, para la adquisición de bienes y servicios, en todo el territorio colombiano; así como las disposiciones de protección, vigilancia, inspección y control sobre dichas operaciones.

Aunque existen posiciones a favor y en contra del proyecto, se reconoce que es un avance sobre el debate a la incorporación en el sistema económico de las criptomonedas, no olvidar que instituciones como la Unicef han promovido un fondo de criptomonedas para gestionar donaciones, o que por ejemplo el Estado Venezolano ha creado la criptomoneda “el petro” donde algunos han visto positivamente esta estrategia para ser incorporados por los países con economías emergentes.

¹⁰ Unicef creó fondo de criptomonedas para gestionar donaciones en: <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/unicef-acceptara-donaciones-en-criptomonedas-421320>

López Peña refiere en relación a la posición del Estado Colombiano con las criptomonedas

“Así, pareciera ser que la postura en el Estado colombiano es totalmente clara respecto a las monedas digitales, que en vez de tener una postura relativa, como insinuamos al inicio, tiene una postura extrema. Consideramos que la relatividad resulta de lo siguiente. La DIAN, en concepto 20436 del 02 de agosto de 2017 reconoció que si bien es cierto las criptomonedas no tienen valor de moneda legal, las actividades de minería de este tipo de monedas están gravadas con el impuesto de renta. Esto es relevante porque la DIAN reconoce y acepta que el trabajo de minería (Salmerón, 2017) de monedas virtuales y acepta las criptomonedas como tipo de pago” (Lopez Peña, 2018)

De pasar el proyecto de ley a ser ley se estaría incorporando de manera directa en el sistema público financiero el blockchain, lo que implicaría una incorporación de la cadena de bloques en una zona transversal que se relacionaría con la vida individual y colectiva de todos los habitantes del país.

Un caso de implementación de blockchain que se está llevando en Colombia a nivel institucional se da en la agencia de restitución de Tierras, así con la tecnología de cadena de bloques se está buscando que: *“El almacenamiento encriptado de documentación y soportes del proceso de adjudicación de predios de restitución, mitigando riesgos de manipulación, ajustes no consensuados u omisión de las resoluciones luego de su emisión por parte de la Agencia, convirtiéndose en la primera entidad del estado en usar la tecnología Blockchain en política pública”*. (Agencia Nacional De Tierras, 2019)

Tanto el Ministerio de industria y comercio y MINTIC, han puesto en marcha la creación del Centro para la Cuarta Revolución Industrial , impulsado con ello la entrada de Colombia a la Alianza de Ciudades Inteligentes del G20, con el centro se le apuesta a las SmartCity donde la tecnología juega un papel importante en el desarrollo local.

A través de los CONPES 3920 Y 3975 el Estado colombiano le ha apostado a la implementación de la BIGDATA y la Inteligencia artificial, respectivamente. Esto significa que con los CONPES se busca adentrar

el país hacia los caminos y retos que impone la tecnología disruptiva y sus usos.

En la Corte Constitucional se da un claro ejemplo de los impactos que pudiese llegar a darse con el uso de la inteligencia artificial; el proyecto PROMETEA busca contribuir al mejoramiento en el sistema de preselección de revisión de tutelas por la corte constitucional, donde hoy es una labor desarrollada por personas. El profesor DE JESÚS SIERRA MEDIETA, señala en entrevista dada a ámbito jurídico, lo siguiente, respecto del proyecto PROMETEA:

Más que modificaciones tecnológicas se necesitarían cambios en la organización de funciones internas. Quiere decir que ya no se necesitarán tantos judicantes dedicados a temas de selección, toda vez que podrían pasar a estudiar con mayor criterio de análisis jurídico los casos que no fueron escogidos para revisarlos manualmente.

Igualmente, se necesita que exista un operador distinto, pues no solamente será necesario que tenga diversos conocimientos en Derecho y jurisprudencia, sino, además, que sepa de tecnología y logre entender la fenomenología de las máquinas inteligentes, Blockchain, Bigdata y de cómo estos algoritmos pueden influir en el Derecho para orientar la decisión jurídica. No se está buscando remplazar al juez, es dotarlo de mayores criterios técnicos y de opinión

Este sistema integra:

- Detección inteligente. Lee y sugiere un grupo de casos a tratar de forma urgente y prioritaria. Esto se ha logrado a partir de utilizar técnicas de aprendizaje automático (machine learning) supervisado.
- Asistencia inteligente. Elabora informes pormenorizados y estadísticos.
- Automatización de documentos, a través de un agente conversacional (a través de voz y por chat).
- Integración con blockchain.
- Sistematización avanzada de jurisprudencia. (Rivadeneira, 2019)

Con el proyecto PROMETEA se da luces para la incorporación de inteligencia artificial a procesos que antes solo podrían ser considerados

pudiesen ser llevados por humanos, el reto que impone este prototipo es demostrar cómo toda tecnología disruptiva, puede llegar y transformar el sistema en que se incorpora.

Decantado el estado general de la cuestión en Colombia, el sistema de notariado y registro ha tenido algunas aproximaciones a la tecnología blockchain. Un primer caso, como se expuso, es el proyecto que se adelanta en la agencia de restitución de tierras, no se puede desconocer la relación directa de las funciones de la agencia con la actividad de registro de instrumentos públicos y las competencias de la superintendencia de notariado y registro en esa materia. Un segundo caso, se tiene la política de cero papel impuesta por el decreto ley 019 de 2012 y con ello la implementación de la escritura pública electrónica, proceso que trae consigo el uso de tecnologías como cloudcomputing, Blockchain.

En otro escenario la Unión Colegiada del Notariado Colombiano y la Universidad Externado de Colombia desde el año 2018 han propuesto como objetivo la consolidación del plan de transformación digital de las notarías en Colombia, plan que se poya en la necesidad de reconocer y aplicar los procesos tecnológicos en la prestación de los servicios notariales.

La idea de un plan de transformación digital no es ajena a los intereses del Estado, pues desde el Ministerio de las TIC, subdirección de digitalización sectorial, se viene adelantado tal programa de transformación y el sector notarial no es ajeno a ese proyecto de Estado.

La superintendencia de Notariado y registro a través de varias instrucciones ha consolidado un sistema de obligaciones a los notarios de la mayor importancia, que hacen pensar que para llevarlas a cabo se tendrá que hacer uso de tecnología disruptiva y blockchain, consolidándose en herramientas necesarias para las tareas encomendadas.

Así en la instrucción administrativa Nro. 17 de 2016 se estableció el apoyo de los notarios en el Sistema Nacional Anti Lavado de Activos, Contra la Financiación del Terrorismo y la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, imponiendo que las notarías implementen el SIPLAFT es el sistema integral de prevención y control del riesgo;

esta obligación supone que se haga un control de los datos que conocen y deben conservar los notarios, de allí, que se decante el uso de la cadena de bloques como herramienta.

A partir de sendas instrucciones, como es el caso de la instrucción administrativa No. 1 de 2 de septiembre de 2017 se encomienda a los notarios la validación de papel de seguridad de las escrituras públicas sometidas a registro a través de las pistolas lectoras de código de barras, esto implica un proceso de control y digitalización, donde el blockchain resulta ser tecnología útil y necesaria.

Junto a lo anterior, existe una apuesta del gobierno para lograr la incorporación en la actividad notarial de la escritura electrónica, proyecto que se viene adelantando desde el año 2017, por consecuencia de la política de cero papel, con lo cual se espera un mejoramiento en la eficacia en el sistema notarial e inmobiliario en Colombia.

Al respecto del de la escritura electrónica MINTIC señala *“El proceso busca que, a su vez, los funcionarios encargados de dar fe pública de la legalidad de los negocios generen un documento electrónico que automáticamente se envía a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y al portal ciudadano donde reposa la documentación general de cada colombiano. Será un cambio trascendental en la manera de hacer negocios en el país. Esto se hace para darle seguridad a la información y agilidad a los negocios, porque ya no habrá que ir de una oficina a otra por los documentos. Si el notario manda esto a Instrumentos Públicos, a la vez llega al sistema de la Superintendencia y a esta le queda más fácil asentar el trámite, indicó el superintendente de Notariado y Registro, Jairo Mesa Guerra”*. (MinTic, 2018)

Con estos ejemplos se menciona cómo el sistema notarial no ha sido ajeno a la incorporación de tecnologías disruptivas en sus procesos, ejemplo de ello está la implementación del proceso tales como: 1) identificación biométrica móvil, 2) base de datos sincronizada, 3) escritura pública electrónica. Estos ejemplos son avances en la materia que nos evidencian lo que se ha expresado en este escrito, pudiendo concluir que este tipo de tecnología y su impacto en la actividad notarial es una realidad, basta esperar unos años más para esperar el progreso de incorporación y en especial, desatar

absolutamente nuestro interrogante sobre ¿si el blockchain transformará la actividad notarial?; por el momento, a continuación, se presentan algunas reflexiones a título de conclusiones.

V. CONCLUSIONES.

A partir de los tres enfoques (fuerte, débil e hipotético) y visto el panorama general del Blockchain en Colombia, a continuación se hacen algunas reflexiones, que más que cerrar el tema invitan a proponer un debate constante sobre la materia, se dice que este texto es la introducción a la materia y que pretendió dar los fundamentos básicos para un debate objetivo y claro al respecto del futuro de la actividad notarial en Colombia.

1. El decreto 960 de 1970 en su artículo 3 determina el sistema general de funciones de los notarios. A su vez, la ley 588 de 2000 reconoció en el notariado un servicio público que implica el ejercicio de la fe pública o notarial. Basta con dar un vistazo a las funciones de los notarios dados en el marco normativo para reconocer que su tarea no es simple custodio de documentos.

A razón de ello, es posible predicar que la incorporación de la tecnología blockchain en el sistema colombiano, sería a título de herramienta y con su implementación propender por fortalecimiento de los procesos administrativos.

2. Ejemplo de la implementación del blockchain como herramienta más no como suplantación del sistema notarial (idea fuerte), se encuentra el trabajo monográfico de especialización titulado “Modelo para la gestión de venta de bienes inmuebles en las notarías de Bogotá, basado en tecnología BLOCKCHAIN, orientado a la seguridad de información”, elaborada por el estudiante de William Antonio Buitrago Herrera para optar por el título de Especialista en Ingeniería de Software en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. (Buitrago Herrera, 2018)

Entre las conclusiones del trabajo se rescata que la implementación de tecnología Blockchain traería importantes beneficios: 1) acceso información desde cualquier notaria en tiempo real y de forma verídica, 2) al almacenarse los datos de los usuarios, se podría hacer los actos (compra

venta) en cualquier notaria, los daos también podrían complementar rápidamente las minutas de los actos, 3) existe una ventaja al momento de prestar servicios de consulta ante requerimientos como la DIAN, 4) se puede acudir al uso de APP para mejorar experiencias de los usuarios y que se tenga control y conocimiento de las transacciones que realicen, 5) el abandono de uso de papel es una ventaja económica y ambiental .

3. La implementación del blockchain en el servicio de notariado se enfrenta a posiciones que podrían promover su desaparecimiento a futuro, si bien no de forma absoluta , sí de manera parcial, ejemplo de ello se encuentra en el informe final del prototipo Blockchain presentado por la administración distrital en el gobierno del Alcalde Peñalosa que informa textualmente , entre otras, como ventaja de la tecnología de cadena de bloques

“1.3 Usos y aplicaciones La tecnología Blockchain al tener la capacidad de generar intercambio de valor e información de una forma segura, se puede usar para una variedad de industrias, permitiendo transferencias de datos más eficientes entre entidades. Es posible visualizar su uso en muchas áreas, tales como

(...)

En los servicios de notaría y legales. El intermediario, como entidad que vigila que se cumpla la ley, puede ser eliminado de la transacción, si los procesos legales se completan siguiendo los parámetros programados en el contrato inteligente, por ejemplo, los beneficiarios de un testamento, que se ejecuta y distribuye sin intervención de un notario. (TIC Bogota, 2018)

La posición que asume la administración distrital en el informe, se ubica en las ideas débiles, en tanto que acepta la posible sustitución en el papel de intermediario del notario en los actos en los que tradicionalmente siempre ha intervenido, como es el caso del acto testamentario.

4. En declaraciones hechas por Álvaro Rojas Charry, presidente de la unión colombiana del notariado , si bien hace un reconocimiento del proceso que en la notarias se viene implementando para el uso de tecnología y llevar el servicio a la era digital, como el caso del

uso del sistema móvil y la escritura electrónica, también alerta sobre varias problemáticas que no solo tienen que ver con implantación tecnológica sino que son estructurales propias del país, como ataques cibernéticos a la plataforma. Al respecto señala:

“Quiere bloquear el sistema porque al crimen organizado no le conviene. Bandas como las de los Terreros en Bogotá podrían desaparecer porque por el solo hecho de que la persona ponga la huella y le suene el timbre, si no es quien dice ser, esta sale corriendo y deja el documento falso. ¿Son bandas organizadas?

Si los ataques son sistemáticos, qué puede pensar uno... El problema es que no es fácil ubicar el origen de estos delitos. Nos han llegado ataques de Pakistán, México, España y Reino Unido, pero también nos intervienen los correos electrónicos y hasta las líneas telefónicas. (Rojas Charry, 2017)

Con estas declaraciones se hace notorio que el impacto positivo que se esperaría por la implementación de tecnologías disruptivas en Colombia pueden sufrir retardos debido al sinnúmero de problemáticas que deben afrontarse; éstas tan variadas y que van desde retardo normativo o falta de juridificación a problemáticas sociales, económicas y políticas.

Lograr una transformación digital en países como Colombia, donde existe una gran brecha de desigualdad entre ricos y pobres, a la que se suma nuevas brechas como la tecnológicas, son claramente barreras que pueden atrasar la implementación tecnológica. Junto a la desigualdad económica, la debilidad en el acceso al internet y sus servicios evidencian que la digitalización de los servicios, como el notarial, más que ser un proceso de efectividad pueden ser una barrera que imposibilite el acceso al servicio mismo.

En estas problemáticas se hace compleja la relación desarrollo e innovación, pues en países como Colombia, la innovación no siempre es efectiva como estrategia de desarrollo, ya que al enfrentarse a problemas estructurales que no han sido resueltos, la implantación de estrategias para apoyar la industria y la tecnología resultas superfluas, inocuas ante las necesidades apremiantes de la sociedad

Con esto se evidencia que no solo es cuestión de tiempo sino de inversión efectiva de recursos en varios sectores lo que permitirá que algún día la tecnología disruptiva logre impactar las realidades y sistemas de países como Colombia. Nos queda mucho trabajo por realizar, mientras no se cumpla esa simple formula, estando siempre en un constante atraso.

CHARRY señala bandas criminales que han hecho en el sistema tradicional de las notarías un fortín para sus actividades ilícitas, que podrían ser desmanteladas con el uso de nuevas tecnologías. La criminalidad institucionalizada debe ser derrotada y en este campo es posible que la tecnología se vea como fórmula para alterar el sistema en pro de facilitar condiciones para el desarrollo y la mejora de prestación de servicios.

5. Es posible que la entrada de un notario digital al sistema notarial tradicional.

En cuanto al notario digital, se han perfilado escenarios de su aparición¹¹. Lo primero que se ha hecho es identificar que el notario tradicional y su posición de intermediario puede ser sustituido, esto dable en el evento, por ejemplo, donde compañías con apoyo de tecnología blockchain, en suma con otras, logran dotar de autenticidad la información que se suministran conjuntamente

Una primera posibilidad para el notario digital es posible en el campo comercial. Ya se ofrecen tipo de servicios que invitan a crear la imagen del notario digital, empresas como Orange Wholesale son ejemplo de ello. Se cree que este tipo de servicios tomaran mucha fuerza en tiempos de pos-pandemia covid 19.

Es evidente que tipos de tecnología que hacen uso de cadena de bloques de entrada cuentan con una ventaja y aceptación, pues ofrecen la idea de sustituir la intermediación innecesaria, el doble pago, terminar con la tramitología, la pérdida de tiempo en los trámites, por lo que pensar en un notario digital no es problémico,

¹¹ <http://www.notariosenred.com/2018/11/notariado-y-blockchain/>

No puede descartarse la idea de creer que en próximos tiempos estar ante la realidad de un notario digital. Aquí lo único que afectara la formula será identificar si ese servicio será para empresas y no para personas del “común”. Con este aspecto se recae en el sentido que en un país con pobreza y desigualdad, de llegarse a dar la innovación del notario digital, será un servicio desigual, pues estaría dado para grandes empresas; se tiene con esto, dos tipos de notarios coexistiendo en el sistema notarial, por un lado, se presenta el notario tradicional de costos relativamente asequibles y, por el otro, el servicio notarial digital y de pronto más seguro y eficaz donde sus costos serán solo plausibles por sectores fuertes de la economía¹².

Puede pensarse con ello, que la tecnología en esa hipótesis de dualidad de servicios notariales, se convierte en un privilegio de pocos. De allí que un proceso de formalización digital del Estado, debe observar esa variable importante: acceso igualitario a los impactos de la tecnología y los servicios que se digitalicen.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Agencia nacional de tierras. (2019). AGENCIA DE TIERRAS. Obtenido de https://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2018/09/PresentacionANT_web.pdf

Bastardo, J. (5 de SEPTIEMBRE de 2020). COLOMBIA FINTECH. Recuperado el 2021 de MARZO de 2021, de <https://www.colombiafintech.co/novedades/mintic-respecto-a-blockchain-colombia-tiene-una-oportunidad-unica-de-convertirse-en-un-referente-en-la-region>

Blázquez, S. (14 de MAYO de 2018). EL PAÍS. Recuperado el 27 de MARZO de 2021, de https://elpais.com/economia/2018/04/23/actualidad/1524497163_025181.html

Buitrago Herrera, W. A. (2018). Modelo para la gestión de venta de bienes inmuebles en las notarías de Bogotá, basado en tecnología BLOCKCHAIN. Obtenido de <https://repository.udistrital.edu.co/bitstream/handle/11349/15781/BuitragoHerrera>

12 <https://www.diariojuridico.com/notarios-toda-europa-analizan-uso-nuevas-tecnologias-blockchain/>

- WilliamAntonio2019.pdf;jsessionid=47C11F8550A2FF43C72CC196C5317CBD?sequence=1
- C.COX, O. (1972). El capitalismo como Sistema. Caracas- Venezuela: Fundamentos.
- Carmelo Llopis, J. (ENERO-FEBRERO de 2021). NOTARIO DEL SIGLO XXI. Recuperado el 27 de marzo de 2021, de <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/7106-blockchain-y-profesion-notarial>
- Christensen, C. M. (2015). What is disruptive innovation? Harvard Business Review .
- CIGEPI. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Centro de Información Tecnológica y Apoyo a la Gestión de la Propiedad Industrial .
- Cirefice, R. (2018). Regulación jurídica de las «fakenews» en la UE: ¿un atentado en contra de la democracia? Revista derecho y economía de la integración n.º 5 , 125 y ss.
- Decreto , 1357 (2018).
- Decreto 222 de 2020.
- Dosi, G. L. (2007). Vínculos entre ciencia, tecnología e industria y la “paradoja europea”: un análisis de la política científica y tecnológica en Europa. • DOSI, Giovanni, Llerena, Patrick Y Sylos Labini, Mauro. Vínculos entre ciencia, tecnología e indus ONU-CEPAL.
- Enríquez Pérez, I. (2016). Las teorías del crecimiento económico: notas críticas para incursionar en un debate inconcluso. Revista LAJED No 25 Mayo 2016 73 - 125 ISSN: 2074 – 4706.
- EQUISOFTE. (2016). La cadena de bloques (blockchain): Una tecnología disruptiva con el poder de revolucionar el sector financiero. EQUISOFTE .
- Ferrajoli, L. (2014). La democracia a través de los Derechos. Constitucionalismo garantista, como modelo teórico y como proyecto político. España: Trotta.

- Ganne, E. (2018). *¿Pueden las cadenas de bloques revolucionar el comercio internacional?* OMC.
- Garay Sánchez, A. D. (2019). *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. BOGOTA D.C: Fondo Editorial Universidad Cooperativa de Colombia. .
- Hotz, F. (2019). *Plataforma Blockchain aplicada a la exportación de mercaderías. intervención notarial en los procesos de negociación y trazabilidad de comercio exterior*. Buenos Aires – Argentina: XXX ENCUESTO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL.
- Ibáñez Jiménez, J. (2019). *Blockchain, ¿El nuevo notario?* NTT DATA COMPANY .
- Kulhari, S. (2018). II. The Midas touch of Blockchain: Leveraging it for Data Protection. En S. KULHARI, *Los pilares de una revolución en la protección de datos: el caso incómodo de la tecnología Blockchain para proteger la privacidad y la identidad* (págs. 15-22). Nomos Verlagsgesellschaft mbH.
- Lariguet, G. (2017). *Humano, demasiado humano: ¿podrían tener derechos morales (algunos) robots? Un análisis filosófico a partir de dos cuentos de Isaac Asimov*. Revista Principia Iuris. ISSN. 0124-2067 Julio-Diciembre 2017, vl.15. Nr , 120 y ss.
- Lopez Peña, E. L. (2015). *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. España: Tirant Lo Blanch.
- Lopez Peña, E. L. (2018). *Criptomonedas ¿paradigma moderno o discusión sin alcance práctico?* . Principia Iuris ISSN 0124-2067, Septiembre-diciembre, 2018 Vol. 11 Nro. 31 , 39.
- Lopez Peña, E. L. (2019). *El dilema del interés público en el Derecho Administrativo*. España: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Magallón Rosa, R. (2019). *La (no) regulación de la desinformación en la unión europea. una perspectiva comparada*. Revista de Derecho Político N.º 106 , 343 y ss.

- Martínez Bustamante, Ó. F. (NOVIEMBRE de 2019). AMBITO JURIDICO. Recuperado el 27 de MARZO de 2021, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/notariado-y-registro/blockchain-adios-los-notarios>
- Max-Neef, M. E. (1986). Desarrollo a Escala Humana una opción para el futuro. Chile: Fundación DagHammaraskjold.
- MICCO, S. (2018). La Competencia por Lucrar como Motor del Capitalismo.
- MinTic. (20 de MARZO de 2018). MinTic. Recuperado el 27 de MARZO de 2021, de <https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/70367:A-diciembre-60-de-notarias-harian-escrituras-electronicas>
- Müller, J. (2014). “DES-INTER-MEDIACIÓN: Lo Que Va De Google a Maidan En La Sociedad Actual.”. Cuadernos De Pensamiento Político, no. 43, 2014, pp. 107–119. JSTO.
- Peña Andrés, C. H. (2018). Cadena de suministro 4.0: beneficios y retos de las tecnologías disruptivas. MargeBooks.
- Pesch, P. J. (2020). “Blockchain, Smart ContractsUndDatenschutz: RisikenUndGrenzen Blockchain-basierter Smart Contracts.” In Smart Contracts. Fries Martin and Paal Boris.
- Petras, J. y. (1976). La competencia y la dominación entre las potencias capitalistas mundiales. Revista Mexicana de Sociología, Vol. 38, No. 2 (Apr. - Jun., 1976), Publishedby: Universidad Nacional Autónoma de México. .
- Rendon, M. (2020). How the Blockchain Can Help Venezuela’s Future Recovery: Promoting Sound Policy Foundations forVenezuela’s Postcrisis Recovery and Reform. Center forStrategic and International Studies (CSIS), 2018. 1-10. AccessedApril 24, 2020. doi:10.2 .
- Rivadeneira, J. C. (22 de MARZO de 2019). ÁMBITO JURÍDICO. Recuperado el 27 de MARZO de 2021, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-inteligencia-artificial-para-la>

- Rojas Charry, A. (5 de SEPTIEMBRE de 2017). PORTAFOLIO. Recuperado el 27 de MARZO de 2021, de <https://www.portafolio.co/economia/notarias-ingresan-a-la-transformacion-digital-509409>
- Rojas Corredor, D.F. (2018). Blockchain aplicado al comercio internacional: oportunidades, barreras y retos para acercar la financiación de los bancos a las pymes en países emergentes. INTELLECTUM UNIVERSIDAD DE LA SABANA .
- SEMANA. (8 de AGOSTO de 2019). SEMANA. Recuperado el 27 de MARZO de 2021, de <https://www.semana.com/tecnologia/articulo/como-va-el-blockchain-en-colombia/275736/>
- SEN, A. T. (2000). Desarrollo Y Libertad. México: Planeta .
- Sentencia T-054/18 (Corte Constitucional).
- Smith, A. (2011). La riqueza de las naciones. España: Trad. Carlos Rodríguez Braun. Ed. Alianza.
- Stiglitz, J. (2010). La Gran Brecha. Argentina: Taurus.
- TIC BOGOTA. (2018). TIC BOGOTA D.C. Obtenido de https://tic.bogota.gov.co/sites/default/files/documentos/blockchain_web.pdf
- Turgeon, J. (3 de DICIEMBRE de 2018). WOW!CUSTOMER EXPERIENCE. Recuperado el 27 de MARZO de 2021, de <https://www.wowcx.com/cuando-la-inteligencia-artificial-el-i-o-t-y-el-blockchain-convergen/>
- Van den Berg, W. (2018). Blockchain para estados frágiles: lo bueno, lo malo y lo feo.
- Vercelli, A. (2018). La (des)protección de los datos personales: análisis del caso Facebook . Inc. - Cambridge Analytica. En: SID, Simposio Argentino de Informática y Derecho. ISSN: 2451-7526.
- Warf, B. (2018). The SAGE Encyclopedia of the Internet. SAGE Publications, Inc. SAGE Publications, Inc.

- WIKIPEDIA. (2018). Cadena de bloques. Recuperado el MARZO de 2021, de WIKIPEDIA: https://es.wikipedia.org/wiki/Cadena_de_bloques#cite_note-11
- Wright, F. y. (2018). "Characteristics of Blockchains." Blockchain and the Law: The Rule of Code. Londres, UK: Primavera De, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

La nota devolutiva como acto administrativo

Enfoque Registral

GUTIÉRREZ-CUERO, Raúl Armando
BURGOS-CHAMORRO, Liliana Constanza
PALACIOS-MOSQUERA, Carlos Alejandro¹

SUMARIO.

I. Introducción. II. La nota devolutiva como acto administrativo enfoque registral. III. La etapa de calificación y el principio de legalidad registral en la nota devolutiva. IV. Recursos contra las notas devolutivas. V. Jurisprudencia frente a la impugnación de las notas devolutivas. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las situaciones a que se ve abocado el servicio público registral es la negación de la inscripción de un acto objeto de registro en el folio de matrícula inmobiliaria, por no cumplir los requisitos de ley para su inscripción. Tal situación exige que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos expida y notifique una nota devolutiva en las que se registran, además, las razones, causas o justificaciones de hecho y derecho por las cuales no se inscribe el acto o título.

¹ RAÚL ARMANDO GUTIÉRREZ CUERO: abogado Universidad Santiago de Cali, Especialista en derecho administrativo Universidad Libre Cali, aspirante a especialista en notariado y registro Universidad de Medellín, auditor oficina de control interno de la Gobernación del Valle del Cauca.

LILIANA CONSTANZA BURGOS CHAMORRO: abogada Universidad Libre de Colombia, especialista derecho administrativo Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, aspirante a especialista en notariado y registro Universidad de Medellín, registradora seccional Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tumaco.

CARLOS ALEJANDRO PALACIOS MOSQUERA: abogado Institución Universitaria de Colombia, aspirante a especialista en notariado y registro Universidad de Medellín, secretario general y coordinador en salud y educación en el municipio de Tadó – Chocó.

Tal decisión es un deber de la actividad registral contemplada no solo en el Estatuto Registral, sino también en el “Manual específico de funciones y competencias laborales” consignado en la Resolución No. 11682 de 2015, con el propósito de garantizar la seguridad jurídica y legalidad de los actos y títulos sometidos a su registro; por tal motivo, el funcionario calificador ajustándose a los preceptos citados emite la nota devolutiva teniendo en cuenta las causales que están diseminadas en la normativa y que debe conocer, concentrándose en ejercer el control de legalidad de los actos contenidos en documentos o instrumentos públicos.

Uno de los problemas que se han evidenciado en el ejercicio del servicio registral es la renuencia injustificada de hacer uso de los recursos administrativos por parte de las personas interesadas en registrar un acto o título que ha sido objeto de devolución. Esta facultad que ostenta el administrado de impugnar la decisión que le desfavorece es detallada en la nota devolutiva, y en caso de utilizarla tiene la oportunidad de hacerlo ante la oficina de registro de instrumentos públicos que emitió la nota devolutiva.

Con esta aptitud, se obstruye la intención del legislador para que sea la Administración, en este caso el servicio registral, de ser ella misma la que tenga oportunidad de corregir sus propios errores en antelación a que el acto administrativo comience a producir efectos; pues en efecto, se evidencian casos en que se acude a la jurisdicción contenciosa administrativa para desvirtuar la legalidad de la nota devolutiva sin haber hecho uso de los recursos administrativos, y en otros, es evidente la indebida escogencia del medio de control para impugnar el contenido de la nota devolutiva.

La metodología utilizada para la elaboración de este trabajo fue básica jurídica porque las fuentes primarias son las leyes y la jurisprudencia sobre la nota devolutiva y la forma cómo se impugna; también es descriptiva y explicativa porque se describe los alcances de la nota devolutiva y se explica cómo se impugna tal acto administrativo; además se requirió del análisis y síntesis de la información recolectada sobre el tema para elaborar los distintos capítulos.

Por lo anterior, en el presente capítulo se propone un análisis sobre la naturaleza jurídica de la nota devolutiva desde el enfoque registral y su impugnación como acto administrativo, presentando inicialmente

un concepto general de lo que se entiende por nota devolutiva y en qué consiste el procedimiento de registro. Así mismo se abordará la etapa de calificación y el principio de legalidad registral en la nota devolutiva, una breve descripción de los recursos administrativos que operan en el caso de impugnar la nota devolutiva y, finalmente, una reseña sucinta de la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando revisa demandas contra la legalidad de este acto administrativo.

II. LA NOTA DEVOLUTIVA COMO ACTO ADMINISTRATIVO. UNA MIRADA DESDE EL ENFOQUE REGISTRAL

No todo acto que se radique a las oficinas de registro es dable a ser registrado, puede ser que por la falta de cumplimiento de requisitos determinados por la ley este sea inadmitido bajo el principio de legalidad (lit. d., art. 3, Ley 1579 de 2012), de acuerdo a lo señalado, se infiere que el legislador ha previsto la denegación de la inscripción, que en materia de registro se denomina “Nota Devolutiva” y, está al tener el carácter de acto administrativo negativo, le da a conocer al usuario las instancias en la vía gubernativa, derecho que tiene a interpelar sobre las causales por las que le ha sido negado el registro del acto que radicó en una oficina de registro de instrumentos públicos; dándole a conocer los recursos de reposición ante la oficina de instrumentos públicos y el de apelación ante la oficina asesora jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro.

La Nota Devolutiva es un acto administrativo que contiene argumentos, razones, causas y justificaciones que conllevan a la no inscripción del acto que se pretende registrar, con fundamento jurídico realizado por los funcionarios calificadores cuando hacen el análisis jurídico del documento público y, se determina que no cumple con los requisitos de ley para su inscripción en el registro.

Igualmente, se debe advertir que existe una diferencia entre documentos y actos; entendiendo por documento todo escrito que se prueba o se acredita de una cosa, pero “un acto jurídico es la manifestación que una persona realiza por su propia voluntad, en que intervienen acuerdos con requisitos legales que tienen como objetivo crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones con la intención de producir efectos legales” (Machicado, 2010).

Los actos jurídicos registrables son todos aquellos actos escritos que dan una garantía a la existencia de un evento y hechos jurídicos específicos; por ejemplo, la muerte de un persona, genera unos derechos sobre unas cosas que deja el causante, para ser heredados por otros; esa masa herencial para ser repartida debe sucederse a través de un acto denominado “sucesión” que será el medio por el cual determinadas personas adquieran los derechos reales sobre bienes que el causante haya dejado para ser repartidos, que son los que se expresan y quedan contenidos en un documento escrito. La ley colombiana dispone que los actos jurídicos registrables civiles, judiciales o extrajudiciales sean inscritos en el registro de la propiedad, para garantizar la seguridad jurídica de la propiedad y sus antecedentes.

El Consejo de Estado en algunas sentencias ha indicado que los actos emitidos por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos constituyen actos administrativos auténticos que pueden ser revisados a través de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011².

En el artículo 16 de la ley 1579 de 2012 se determina que:

ARTÍCULO 16. CALIFICACIÓN. Efectuado el reparto de los documentos se procederá a su análisis jurídico, examen y comprobación de que reúne las exigencias de ley para acceder al registro.

PARÁGRAFO 1o. No procederá la inscripción de documentos que transfieran el dominio u otro derecho real, sino está plenamente identificado el inmueble por su número de matrícula inmobiliaria, nomenclatura o nombre, linderos, área en el Sistema Métrico Decimal y los intervinientes por su documento de identidad. En tratándose de segregaciones o de ventas parciales deberán identificarse el predio de mayor extensión, así como el área restante, con excepción de las entidades públicas que manejan programas de titulación predial. También se verificará el pago de los emolumentos correspondientes por concepto de los derechos e impuesto de registro.

2 Al respecto, ver sentencias Consejo de Estado, Rad. 11001-03-24-00-2018-00452-00, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; Consejo de Estado de 3/11/2001, C.P. Rafael Enrique Ostau de LafontPianeta, entre otras.

PARÁGRAFO 2o. El registro del instrumento público del cual pudiere exigirse el cumplimiento de una obligación, solo se podrá cumplir con la primera copia de la escritura pública que presta mérito ejecutivo o con la copia sustitutiva de la misma en, caso de pérdida, expedida conforme a los lineamientos consagrados en el artículo 81 del Decreto-ley 960 de 1970, salvo que las normas procesales vigente concedan mérito ejecutivo a cualquier copia, con independencia de que fuese la primera o no. (Ley 1579 del 2012 estatuto de registro de instrumentos públicos, 2012 Art 16)

Según la disposición normativa citada se infiere que se da competencia al funcionario calificador del documento que ha sido ingresado para registro, que este puede realizar un análisis jurídico sobre el documento que contiene un acto que pretende inscribirse en el registro; esta función de calificación es la de examinar y comprobar si los anexos y soportes del documento están conforme al ordenamiento jurídico para ser inscrito en el registro, estas competencias son claras y determinantes al momento de hacer el análisis jurídico que dará resultado a definir si es viable registrarlo o en su defecto, procede a realizarse la “Nota Devolutiva” por falta de requisitos expresando el fundamento jurídico para ello.

Al observarse el párrafo 1° del artículo 16 de la ley 1579 se evidencia que está señalando las causales por las cuales NO procederá el registro que transfiera un derecho real.

Tomando un marco general todo documento que se somete a registro, por ejemplo un acto de transferencia de dominio, compraventa de un bien inmueble, la misma norma dice que se debe identificar plenamente el inmueble con su número de matrícula inmobiliaria, su nomenclatura, linderos, área en el sistema métrico decimal y las partes que intervienen en el acto con su documentos de identidad, son los requisitos básicos de todo documento que será llevado para ser inscrito (párrafo 1, art. 16, ley 1579 de 2012).

Si uno de esos requisitos faltare al momento que el funcionario calificador realiza su análisis y estudio jurídico, y el documento no cumple con los requisitos de la norma, pues estará dando lugar a que se busquen y enuncien las causales y fundamentos que proceden para hacer su correspondiente nota devolutiva, al acto que ha ingresado para inscripción en el registro; al respecto puede mencionar como ejemplo, el siguiente caso:

Ingresa a registro una escritura pública de la Notaria Quinta de Cali contentiva del acto de “Compraventa de Derechos de Cuota” para ser inscrita en el folio de matrícula 350-28965, en la etapa de calificación se determina que la vendedora la Sra. NINFA MARÍA RODRÍGUEZ ESTUPIÑÁN, no figura en el sistema de información registral con ese nombre porque ha sido identificada de manera diferente, como ya aparece registrada en la base de datos que existe en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, esto hace que el sistema cuando se busca a la persona que ingresa en el nuevo documento arroje un resultado diferente, porque simplemente cuando se ingresó a la base de datos del sistema de información registral (SIR) para algunas oficinas, en otros actos y en otros folios de matrícula inmobiliarias, la señora aparece sólo como María Rodríguez, al arrojar la información de esta forma, pues fácilmente el calificador procede a realizar su nota devolutiva informando la siguiente causal:

“*** OTROS *** LA VENDEDORA NINFA MARÍA RODRÍGUEZ ESTUPIÑÁN, FIGURA EN NUESTRO SISTEMA DE INFORMACIÓN REGISTRAL COMO NINFA RODRÍGUEZ DE GONZÁLEZ. FAVOR ACLARAR. ART. 10 LEY 1579 DE 2012.”

Claramente se le están dando a conocer al usuario los motivos por los cuales no puede ser registrado su documento con acto de compraventa de derechos de cuota, y se le está informando el fundamento jurídico que ha determinado la ley 1579 de 2012 para este tipo de situaciones, como es el artículo 10 de la misma norma que al tenor dice:

Los índices se conformarán con la información sobre los inmuebles matriculados y los titulares del derecho inscrito, el cual se llevará en forma sistematizada.

Los índices de consulta de inmuebles rurales y urbanos deberán permitir la búsqueda por cada uno de los municipios, veredas o corregimientos que compongan el círculo registral, por cédula catastral, nombre, carrera, calle, avenida, diagonales y transversales, en el orden de la nomenclatura de cada una de tales vías, cuando se trate de bienes inmuebles.

Los índices de los titulares de derecho sobre bienes raíces inscritos en el registro se llevarán en forma sistematizada, y deberán permitir la búsqueda por nombre o documento de identidad o NIT.

PARÁGRAFO 1o. La base de datos de las Oficinas de Registro no podrá ser alimentada con números diferentes a los que correspondan a los documentos de identidad de las personas naturales o jurídicas.

PARÁGRAFO 2o. La información necesaria para la búsqueda de las consultas debe encontrarse debidamente consignada en el folio de matrícula correspondiente, cuyo número debe incluirse en los índices de inmuebles y de los titulares. (Ley 1579 del 2012, ART 10)

Si la persona que ingresó su documento ya tiene otra u otras propiedades donde se encuentra inscrita de una manera diferente, deberá revisar sus actos y verificar dónde se cometió el error y se ingresó mal sus nombres y apellidos; así, como su número de identificación, pero puede que el estudio de ésta arroje un error de la oficina en que se tramita, que puede subsanarse a través de una solicitud de corrección. Cuando el error no es de la oficina de registro, sino que el usuario en otros actos aparece descrito de una manera diferente a como esta en su documento de identidad, deberá aclarar éste con un acto de escritura pública de aclaración, corrigiendo el error que cometió en los anteriores documentos; en caso de persistir en que NO existe error en la identificación de su identidad, deberá presentar un recurso de reposición ante la oficina de registro y/o el de apelación ante la Superintendencia de Notariado y Registro.

A continuación, se determinará de manera sumaria cuál es el proceso de registro, lo que deben saber los usuarios sobre los actos sometidos a registro y posteriormente lo que conlleva a una “Nota Devolutiva”.

PROCEDIMIENTO DE REGISTRO El registro de un título o de documentos se compone de cuatro etapas			
RADICACIÓN: Consiste en el acto de recibir la solicitud de inscripción del título o del documento y de radicar en el libro radicador la solicitud. La radicación deberá indicar la fecha y hora del recibo, el número de orden sucesivo anual, la naturaleza del título, su fecha, lugar y oficina de origen, así como el nombre del funcionario que recibe la solicitud.	CALIFICACIÓN: Es el análisis jurídico que hace el funcionario competente, en el cual se examinan los títulos o documentos y se comprueba si cumplen con los requisitos legales para ser registrados. Esta etapa debe revisarse desde dos elementos. El primero de ellos es el alcance de la calificación; mientras que el segundo se refiere las facultades derivadas de la calificación.	INSCRIPCIÓN: Se entiende como la anotación en el folio de matrícula inmobiliaria. La anotación, a su vez, debe hacerse según el orden de radicación e indicar la naturaleza jurídica del acto a inscribir, el número de radicación que le haya correspondido al título y la indicación del año con sus dos cifras terminales.	CONSTANCIA DE HABERSE EJECUTADO LA INSCRIPCIÓN: En esta etapa se emite un formato con expresión de la fecha de inscripción, el número de radicación, la matrícula inmobiliaria y la especificación jurídica de los actos inscritos, así como la firma del registrador.

Cuadro. Creación de los autores del presente capítulo a partir de los preceptos de la ley 1579 de 2012.

2.1 Principio aplicable por el funcionario calificador para emitir la Nota Devolutiva

Cuando se cumple con el proceso de registro uno de los pasos internos en la oficina es la de reparto para su calificación, es en este momento en que debe darse aplicación a la calificación, debidamente señala en el artículo 16 de la Ley 1579 de 2012, que señala:

CALIFICACIÓN. – “Efectuado el reparto de los documentos se procederá a su análisis jurídico, examen y comprobación de que reúne las exigencias de ley para acceder al registro” (Ley 1579 del 2012, ART 16).

En este punto, el funcionario calificador procede a verificar que el documento cumple o no con los requisitos del acto que se está sometiendo a registro, de lo contrario y a falta del lleno de requisitos exigidos se dará origen a la nota devolutiva.

De igual forma, se encuentra que no es dable a las oficinas de registro inscribir documentos que no cumplan con los requisitos determinados por la ley bajo el principio de legalidad. Se puede observar que, si dichos actos no están dentro del marco de la legitimidad de actos registrables, conllevará a la denegación de su inscripción, es así como de esta forma al negar la inscripción se abre la puerta a otras instancias a las que tienen derecho los usuarios, que han sido objeto de notas devolutivas según sus actos allegados a las oficinas de registro para ser inscritos, a esta negativa de inscripción en el registro es a lo que el legislador ha llamado “NOTA DEVOLUTIVA”

En algunos apartes de la Sentencia T-688 de 2014 de la Corte Constitucional, se hace alusión al PRINCIPIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL señalado que, en virtud de este principio, se le:

Impone al Registrador la obligación de realizar una certificación fiel y total de la tradición ...

Este alto Tribunal concluye la normatividad relacionada con el registro que busca garantizar la seguridad en el tráfico económico y en la circulación de la riqueza inmobiliaria, otorgándole una serie de funciones a empleados públicos, los cuales tienen la obligación de realizar una certificación fiel y total de las inscripciones que realicen en la matrícula inmobiliaria de los bienes inmuebles, es decir, que deben velar porque la información que consagren sea exacta, completa, verdadera y reveladora. (Sentencia T-688, 2014)

La Corte Constitucional ha determinado que los registradores están para garantizar la información de las inscripciones que se realicen en los folios de matrícula inmobiliaria, información que debe ser real, tal como la refleja el Certificado de Tradición y Libertad a los ojos de los usuarios del servicio público registral.

Una vez enunciados los conceptos de documentos y actos registrales, así como una aproximación conceptual de la nota devolutiva y el principio aplicable por el funcionario calificador que emite la Nota Devolutiva, es menester ahondar en la etapa de calificación y exponer el alcance del principio de legalidad registral en la nota devolutiva, aspectos que se abordan a continuación.

III. LA ETAPA DE CALIFICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD REGISTRAL EN LA NOTA DEVOLUTIVA

La definición clásica de principios está referida a las características o rasgos fundamentales que de alguna manera van a determinar cómo va a funcionar un determinado sistema jurídico.

En otras palabras, “forman parte del universo de las normas jurídicas junto con las reglas al ser resultado de un procedimiento inductivo del mismo ordenamiento jurídico” (Estrada Vélez, 2010). Si se quisiera definir dentro de esta concepción clásica los principios registrales se tendría que decir que son las características o rasgos fundamentales que van a determinar cómo va a funcionar un sistema registral y va a establecer qué lo diferencia o asemeja a otros sistemas registrales (Delgado, 1999, p. 255), pero la realidad es que los principios registrales son las normas técnicas de las características o rasgos de un sistema registral.

Ahora bien, ¿por qué se dice que son normas técnicas? porque en realidad los principios registrales van a servir como instrumentos, en un primer momento, para establecer cómo se ha de desarrollar el procedimiento registral. En efecto, se va a establecer primeramente cómo se va a iniciar el procedimiento registral, cuáles son los requisitos para que proceda el inicio del procedimiento, cuáles son requisitos que deben cumplir los títulos o documentos, cómo se debe hacer la calificación y qué es lo que se debe tomar en cuenta para la calificación.

Luego, en un segundo momento lo que se establece son los efectos que van a tener las inscripciones dentro de la clasificación de los principios registrales, en especial aquellos principios que constituyen requisitos y presupuestos para la publicación a través de la inscripción; es decir, aquellos que van a establecer cómo se va a realizar el procedimiento registral.

Los principios registrales en Colombia; o sea “las reglas fundamentales que sirven de base al sistema registral” (Ley 1579 del 2012, ART 3), están definidos en el artículo tercero del Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos y son seis, a saber: 1) rogación, 2) especialidad, 3) prioridad o rango; 4) legalidad; 5) legitimación, y 6) tracto sucesivo.

En atención a lo señalado, se dirá que en Colombia “la actividad registral es rogada y se circunscribe al soporte remitido por las personas legitimadas para solicitar la inscripción, el cual debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley para el efecto” (Delgado, 2018). El principio de rogación lo que indica en realidad es que el procedimiento registral se inicia a petición de parte, el registrador no va a realizar el asiento por su propia voluntad o porque él no quiera, sino que siempre alguien va a tener que presentarse al registro para dar a conocer una noticia que tenga relevancia jurídica y solicitar que ésta se radique.

Igualmente, la norma interna consagra que el registrador “sólo podrá hacer inscripciones de oficio cuando la ley lo autorice” (Ley 1579 de 2012, art. 3, lit. a).

Superada la etapa de radicación procede la calificación para que el funcionario asignado a esta labor proceda a revisar “previamente las formas extrínsecas del documento para determinar las causales que impidan su registro o en su defecto a su asiento, de manera que el mismo brinde las garantías necesarias con arreglo al sistema registral vigente” (Resolución 317, 2007). De esta manera se asegura la inscripción de títulos o actos realmente válidos y que cumplen con las exigencias de la norma sustancial y procesal. Por consiguiente, no todo acto o título que se radique en la oficina de registro de instrumentos públicos es susceptible de ser inscrito, pues el incumplimiento de uno o varios requisitos detectado por el funcionario calificador conlleva a su inadmisión en razón al principio de legalidad.

La inadmisión de un título o documento exige al funcionario calificador la expedición de un acto administrativo de devolución, que como ya se advirtió previamente, contiene los fundamentos de derechos y hechos que generaron tal acto, el cual emana bajo el rótulo de “nota devolutiva”. Este acto debe atemperarse a una o varias causales de devolución, las cuales

son entendidas como “los argumentos, razones, causas o justificaciones que se encuentran diseminadas en el ordenamiento jurídico y que obligan al registrador de instrumentos públicos a negar la inscripción de un acto” (Malagón Bohórquez, 2015).

El rechazo del registro provoca que la administración actúe a través de un instrumento jurídico, el cual, valga la redundancia, produce efectos jurídicos, en este caso, no se inscribe un título o acto con las repercusiones socioeconómicas y jurídicas, que esto posiblemente, conllevará para el interesado en su efectiva inscripción.

En todo caso, en la nota devolutiva se deberá informar “los recursos que proceden conforme al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (Ley 1579 de 2012, art. 22).

De esta manera, el acto devolutivo en la etapa de calificación no es una manifestación irrestricta de la voluntad de quien ostenta la facultad de rechazar o admitir los actos o documentos sujetos a inscripción; por el contrario, la estricta sujeción al derecho sustancial y procesal que soportan las razones que originan la nota devolutiva, son indicativos inequívocos de una función garantista, respetuosa de los derechos de las personas, y, por ende, del principio de legalidad.

Si bien, el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos señala de manera expresa que uno de los principios que soportan el sistema registral es el de la legalidad, bajo el entendido de que “solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción” (Ley 1579 de 2012, art. 3, lit. d).

El principio de legalidad forma parte del debido proceso y el derecho de defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

Lo anterior significa que los hechos y fundamentos jurídicos generadores de una nota devolutiva tendrán que estar consagrados en una disposición legal preexistente a la concreción de la misma, ya que de lo contrario no se podría rechazar la inscripción de un título o acto por inexistencia de disposición legal en la que se consagre la casual o causales que motivaron la inadmisibilidad del registro.

La jurisprudencia constitucional ha recurrido a las nociones de Valencia Zea para referirse al principio de legalidad, como función calificadora, puesto que el registrador debe examinar y calificar tanto el documento como el respectivo folio registral, solo cuando la inscripción se ajuste a la ley podrá autorizarla. Bajo ese entendido, el notario al otorgar el título y el registrador al inscribirlo, debe confrontar los títulos con la normativa aplicable al caso. (Sentencia T-356, 2018)

Cuando se habla del principio de legalidad se hace referencia a la obligación que le impone el Estado al registrador de calificar los documentos que han sido radicados, los documentos no ingresan al registro y se inscriben de manera automática; sino que pasa por un análisis previo, una priora verificación o estudio del funcionario calificador, que debe comprobar que todos los supuestos normativos estén de acuerdo a lo establecido por las normas legales vigentes. En ese sentido, no puede ingresar al registro títulos o actos que adolecen de causales de nulidad o que contengan fines ilícitos o contrarios a la norma. Al respecto, la Corte Constitucional ha destacado la importancia de la etapa de calificación, en los siguientes términos:

En esta etapa se hace efectivo el principio de legalidad que permite presumir que las inscripciones son exactas y corresponden a la realidad jurídica. En desarrollo de esta función, el registrador tiene en cuenta dos elementos esenciales: i) el documento o título que se presenta para la inscripción; y ii) los asientos o inscripciones que existan en el folio de matrícula inmobiliaria. (Corte Constitucional, sentencia SU-454 de 2016)

La Superintendencia Delegada para el Registro ya había previsto tal situación, pues el funcionario calificador no actúa mecánicamente, es una actividad cognoscitiva que devela el conocimiento en títulos y la función del registro notarial en su examen de legalidad, pero advirtiéndolo que “deberá revisar la totalidad de las anotaciones que forman la historia jurídica de la matrícula inmobiliaria, con el fin de determinar su real situación jurídica para la correcta inscripción de los documentos” (Superintendente Delegada para el Registro, Resolución 1830).

El principio de legalidad le impone el registrador someterse a las normas legales vigentes, tanto para su labor calificadora, como para el examen

de los documentos que le hayan sido presentados. En este orden de ideas, el registrador tiene la potestad de velar por el control de la legalidad; de tal manera que, si el título o el acto no cumple con los requisitos, puede denegar la inscripción por motivos, se reitera, señalando claramente los hechos y fundamentos de derecho que dieron origen a la nota devolutiva. Con ello se le atribuye a la función del registrador como una garantía para la seguridad jurídica de los títulos o actos, y así, al momento de calificar debe verificar los elementos formales y materiales del título o acto, y verificar que este cumpla estrictamente con las normas jurídicas que lo rigen.

IV. RECURSOS CONTRA LAS NOTAS DEVOLUTIVAS

Contra el acto administrativo de la nota devolutiva que emite el funcionario calificador de la Oficina de Instrumentos Públicos proceden los recursos de reposición y en subsidio el de apelación.

El acto administrativo tiene como objeto garantizar los derechos del administrado, y en este caso la nota devolutiva es una concreción del principio de legalidad que conlleva a su vez seguridad jurídica para el sistema registral.

El recurso de reposición se interpone ante el Registrador de Instrumentos Públicos, en la oficina de registro correspondiente (Ley 1579 de 2012, art. 60), y el de apelación se interpone ante el Subdirector de Apoyo Jurídico Registral conforme a lo dispuesto en el Decreto 2723, artículo 21, numeral 2° que reza:

“Sustanciar y resolver en segunda instancia los recursos contra los actos administrativos proferidos por los Registradores de Instrumentos Públicos” (Decreto 2723 de 2014, art. 21).

Ambos recursos se deben atemperar a lo presupuestado en los artículos 76 y 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la oportunidad, presentación y requisitos de las actuaciones administrativas interpuestas por la persona interesada.

Un recurso es el “procedimiento que se sigue ante la Administración, para controvertir sus propias decisión” (Pérez, 2016, p. 290); es decir, es el medio que la ley contempla para que la persona afectada con una decisión

administrativa pueda expresar los motivos de inconformidad que tenga para con la misma, con el fin que la autoridad que expidió el acto lo revise en cuanto le sea desfavorable.

En este caso, la nota devolutiva tiene una repercusión negativa en la pretensión inicial de inscribir un acto o título, que en razón de un o varias casuales debidamente fundamentadas jurídicamente, le hacen nugatorio su intención de registrarlo, y, por ende, procede a impugnar (Ley 1437 de 2011, art. 60).

El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que dictó el acto administrativo lo revoque total o parcialmente, lo modifique o lo aclare; y es por eso que se debe interponer ante ese funcionario (Ley 1437 de 2011, art. 74).

De este recurso se debe hacer “uso por escrito en la diligencia de notificación de la nota devolutiva, o dentro de los 10 días siguientes a la notificación personal, por aviso o al vencimiento del término de publicación, según sea el caso” (Ley 1437 de 2011, art. 76).

De lo anterior, se infiere, que el recurso de reposición es un medio que procede contra los actos administrativos que dicta la Superintendencia de Notariado y Registro, en su defecto la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos que expide la nota devolutiva.

El otro camino legal para controvertir la nota devolutiva por vía administrativa es el recurso de apelación, cuyo fin perseguido es buscar que el superior jerárquico del funcionario, sea administrativamente o funcionalmente, que dictó el acto administrativo, revoque total o parcialmente, modifique o aclare la nota devolutiva. Este recurso debe interponerse ante la autoridad que adoptó la correspondiente decisión administrativa.

En el caso de las notas devolutivas, producto del examen jurídico y fáctico en la etapa de calificación, en la que se advierte que documento o título no es idóneo para el sistema registral, es el Subdirector de Apoyo Jurídico Registral el encargado de atender el recurso de apelación. La oportunidad y presentación, al igual que los requisitos que deben cumplirse para proceder el recurso de apelación son los mismos del recurso de reposición, consagrados en los artículos 76 y 77 de la Ley 1437 de 2011.

También existe el recurso de queja como garantía legal, es en esencia facultativo y opera procesalmente cuando se recha el recurso de apelación; se interpone ante el superior del servidor público que dictó la nota devolutiva, para que éste a su vez ordene remitir el expediente y decida lo que fuere menester (Pérez, 2016, p. 293).

Ahora bien, las notas devolutivas de por sí no constituyen un problema del sistema registral, sino una manifestación del principio de legalidad que resguarda tal acto administrativo, pues, una vez nacido al mundo jurídico y allanadas las formalidades de su publicidad, surge para el destinatario de los efectos de la inadmisibilidad del registro del documento o acto la posibilidad de cuestionar su validez y oportunidad por medio del ejercicio de los denominados recursos administrativos. Al respecto, la finalidad del recurso de reposición,

..., no es otra distinta a que al funcionario de la administración que tomó una decisión administrativa, se le dé la oportunidad para que enmiende o corrija un error, o los posibles errores que se hayan podido presentar en el acto administrativo expedido, en ejercicio de sus funciones. (Registraduría de Instrumentos Públicos de Tunja, 2019, p. 3)

Como se puede advertir, durante el ejercicio de la función pública registral pueden presentarse errores que contravienen los intereses de la parte interesada, los cuales son factibles de subsanarse administrativamente por vía del recurso de reposición. La enmienda de un error en la etapa de calificación se denomina corrección (Ley 1437 de 2011, art. 59), aunque debe advertirse que tal corrección opera en dos momentos procesales, antes y después de la notificación; así, en el primer caso los errores “podrán corregirse en cualquier tiempo sustituyendo la información errada por la correcta, o enmendando o borrando lo escrito y anotando lo correcto” (Ley 1437 de 2011, art. 59). Cuando el error modifica la situación jurídica del inmueble y ha sido publicitado o “surtido efectos entre las partes o ante terceros, solo podrán ser corregidos mediante actuación administrativa” (Ley 1437 de 2011, art. 59). En ambas situaciones procesales, el folio de matrícula inmobiliaria tendrá la salvedad “haciendo referencia a la anotación corregida, el tipo de corrección que se efectuó, el acto administrativo por el cual se ordenó” (Ley 1437 de 2011, art. 59).

La solicitud corrección de una nota devolutiva es la que da inicio a la actuación administrativa; es así como los resultados de los recursos en sede administrativa que reviertan total o parcialmente el acto administrativo por no encontrarlo ajustado a derecho en sus consideraciones y fundamentos legales, son el ejercicio pleno de una facultad legal que tienen las oficinas de registro para corregir errores en la calificación de actos que no debieron superar esta etapa, pero sí lo hicieron, y además, ya cuentan con publicidad, pues se corrigen sin que se desconozcan los derechos de contradicción y defensa y de debido proceso. Las oficinas de registro carecen de facultades jurisdiccionales para desvirtuar el principio de legalidad.

Para (Malagón Bohórquez, 2015), los efectos del recurso de apelación contra una decisión no conforme que trate sobre una nota devolutiva, que se ejerce ante el inmediato superior administrativo o funcional del abogado calificador que profirió el acto administrativo es una señal inequívoca de “diferencias de criterio entre calificadores y registradores” (p. 6). Los errores que pueden conllevar a la impugnación de una nota devolutiva son, por lo general, según el informe de Gestión 2019 de la Superintendencia de Notariado y Registro y que la Superintendencia Delegada para el Registro ha advertido en la prestación del servicio público registral es la “indebida fundamentación jurídica” (Superintendencia de Notariado y Registro, 2020, p. 27), de las notas devolutivas.

Como se observa, la persona natural o jurídica según el caso, legalmente cuenta con recursos para expresar su inconformidad ante el servicio público registral contra un acto que niega en la etapa de calificación la inscripción de un título o documento, pero no siempre sucede así, en algunos casos no se hace uso de estos recursos en sede administrativa, y en otros se incumple alguno o algunos de los requisitos contemplados en el artículo 77 de la Ley 1437 de 2011 para hacerlos valer.

V. JURISPRUDENCIA FRENTE A LA IMPUGNACIÓN DE LAS NOTAS DEVOLUTIVAS

La voluntad general en su espíritu ha querido que quien tenga interés jurídico, tenga la oportunidad de expresarle a la misma administración pública las razones de su desacuerdo, y que la administración tenga a su turno la oportunidad de corregir ella misma sus propios errores antes o

después de que el acto administrativo comience a producir efectos, según la etapa procesal, en este caso del proceso de calificación que realiza la oficina de registro de instrumentos públicos, en el que se producen resultados que pueden ser contrarios a los esperados por el solicitante, no por razones arbitrarias sino todo lo contrario, con fundamento legal, pero que exigen para quien las redacta que aplique sus conocimientos y criterios en tal objeto de calificación, que no pocas veces como se pudo evidenciar puede ser revertido por el mismo o en otra instancia.

La impugnación de la nota devolutiva es una solicitud a esa autoridad que oficia en el servicio público registral para que recoja, modifique o aclare lo manifestado en el acto administrativo notificado. Según lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, los recursos de la vía gubernativa recurso de reposición y recurso de apelación en este caso, constituyen un instrumento legal para controvertir el acto administrativo, pero también es factible que sean rechazados por el funcionario ante quien hayan sido interpuestos, cuando el escrito no reúna los requisitos estipulados en el artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así, por ejemplo, en sede administrativa, el incumplimiento de alguno de los requisitos legales en el escrito con el cual se formula el recurso administrativo, “dará lugar al rechazo del mismo por parte del funcionario competente” (Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja, Resoluciones Nos. 047 del 28 de febrero de 2019 y 254 del 7 de noviembre de 2019).

Lo anterior, ha repercutido en la jurisdicción de lo contencioso administrativa, al verificarse que el Consejo de Estado ha manifestado su inquietud por el no uso o agotamiento de los recursos administrativos de reposición y subsidio el de apelación para desvirtuar la presunción de legalidad de la nota devolutiva (Consejo de Estado, sentencia del 21 de marzo de 2012). En ese sentido, se debe advertir que antes de empezar una discusión en contra de la Administración ante un tercero imparcial que decidirá la suerte de la discusión, el agotamiento en vía administrativa de los actos que son proferidos por la administración, es un requisito necesario para poder acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa (Consejo de Estado, sentencia del 12 de abril de 2007).

Se entiende por este agotamiento la finalización del “procedimiento que se sigue ante la administración, con el fin de controvertir sus propias decisiones” (Rodríguez, 1988). El fundamento que se encuentra detrás de que primero se deba agotar la vía administrativa, radica en entender que mientras se surte la discusión en sede administrativa, la autoridad puede modificar el contenido de los actos.

Frente a la jurisdicción contenciosa administrativa es posible presentar distintos medios de controles, como así los denomina el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, entre los que se encuentran el de nulidad y restablecimiento del derecho. Pero también se ha advertido que la impugnación de la nota devolutiva se realiza con indebida escogencia del medio de control, así, por ejemplo, se ha hecho uso de la reparación directa para desvirtuar la legalidad de una nota devolutiva (Consejo de Estado, sentencia del 12 de abril de 2007).

En otro caso, una vez aprobado por el accionado que la parte actora no hizo uso de los recursos administrativos para refutar la nota devolutiva, esa demandó por el medio de la acción de cumplimiento que diera observancia a una resolución administrativa y se registrara la escritura pública, evento en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo consideró que:

“los argumentos anteriormente expuestos deben ser conocidos por el juez natural, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (...) para que se determine si le asiste razón a la actora en sus afirmaciones o, a la entidad, asuntos de fondo que no deben ser resueltos a través de la acción de cumplimiento, pues no dependen solamente de la observancia de una ley o acto administrativo” (Consejo de Estado, sentencia del 25 de junio de 2019)

Lo anterior, en razón a que la accionante no probó en su demanda los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio, caso en el que el juez de acción de cumplimiento podría haberse pronunciado. Pero en lo que atañe al uso de los recursos administrativos, es notoria la ausencia de tal facultad normativa que le asistía a la parte actora, y que de manera inexplicable acude luego e inapropiadamente al medio de control de cumplimiento, donde erra en su pretensión de controvertir la legalidad de la nota devolutiva.

VI. CONCLUSIONES

La nota devolutiva es un verdadero acto administrativo, razón por la cual, debe ser motivado; la motivación deberá dirigirse a identificar las razones de hecho y derecho que conducen a la no inscripción, y en tal sentido ante la negativa deberá informarse los recursos que tiene el administrado contra tal decisión.

La potestad que ejerce la oficina de registro ante el acto de nota devolutiva es de tipo de reglada, lo que significa que la inscripción es un acto sujeto estrictamente a la legalidad.

El uso de los recursos administrativos para impugnar una nota devolutiva, incorporan per se la corrección de errores y actuaciones administrativas que modifican la realidad jurídica, en caso de que así sea; pero nunca podrá pretenderse por esta vía, que el registrador adelante una actuación administrativa en razón a desvirtuar el principio de legalidad de un documento, toda vez que carece de tal facultad jurisdiccional.

Los recursos administrativos que operan contra la nota devolutiva del servicio público registral son indiscutiblemente un control de legalidad, desplegado ante la oficina de registro de instrumentos públicos, en orden a que ella misma se auto-controle, pero al mismo tiempo constituye una garantía legal para el administrado en procura que la actividad registral verifique su actuar, en plena sujeción al orden jurídico institucional.

Lo normado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que como un requisito previo para la presentación de una demanda que pretenda la nulidad de un acto administrativo, como es la nota de nulidad que emite el servicio público registral en razón al principio de legalidad y la salvaguarda de la seguridad jurídica, entre otros, deben haberse ejercido los recursos administrativos que de acuerdo con la ley sean obligatorios.

En algunas ocasiones se ha pretendido desvirtuar la legalidad de la nota devolutiva haciendo uso de los medios de control contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin haber cumplido con el procedimiento que se debía observar; en este caso sin hacer uso del recurso de reposición y en subsidio el de apelación,

pretendiendo que por la vía contenciosa administrativa se anule o deje sin efecto el acto administrativo impugnado, y a veces, en tal propósito haciendo uso inapropiado de los medios de control para tal caso.

La nota devolutiva es la manifestación inequívoca de los principios que rigen el sistema registral colombiano, función reglada y en razón a ello, el principio de legalidad, entre otros, repercute en cada una de las etapas del servicio público registral. En lo que compete a la etapa de calificación, es importante el conocimiento que debe tener el funcionario calificador de la normativa sustancial y adjetiva al momento de verificar los requisitos de los actos y documentos sujetos a su calificación, toda vez que de ello dependen, en gran parte, el ejercicio legítimo de poder de la Administración traducido en la presunción de legalidad de tales actos, la obligatoriedad intrínseca de los mismos y la capacidad para que la oficina de registro de instrumentos públicos ejecute por sí misma tal actuación administrativa. En caso contrario, y siendo la nota devolutiva un acto administrativo el cual viene a determinar en forma unilateral lo que es de derecho en un supuesto individual, que expresa la decisión basada en la voluntad de la oficina de registro de instrumentos públicos debidamente motivada, es posible impugnar su contenido en razón a la fundamentación fáctica y jurídica expresada en la calificación.

Teniendo en cuenta lo anterior, de que la nota devolutiva es un acto administrativo, y cumplidas las formalidades propias de su publicidad emerge para el destinatario de los efectos del acto respectivo, la posibilidad de cuestionar su validez ante la propia oficina de registro de instrumentos públicos a través del ejercicio de los llamados recursos administrativos como garantía legal. Así, el recurso de reposición y el de apelación son garantías legales que, de alguna manera inexplicable en algunos casos, no son usados por la persona interesada en controvertir la casual de devolución o no inscripción dentro de los términos establecidos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, o en otros eventos, en jurisdicción de lo contencioso administrativo se busca a través de medios de control, la refutación de la nota devolutiva sin haber agotado previamente los recursos administrativos habilitados para tal fin, haciendo equívoca el medio de la demanda y por ende, inapropiado para el resultado esperado. Esta situación, conlleva a formularse si debe

la Superintendencia de Notariado y Registro Público hacer una campaña educativa para que los usuarios del sistema público registral hagan pleno uso de los recursos que la norma les otorga, y en el caso de las notas devolutivas utilizarlos si es del caso, de esta manera se contribuye no solo a la legalidad de los actos y documentos sujetos a registro, sino también al fin estatal de garantizar la seguridad en el tráfico económico y en la circulación de la riqueza inmobiliaria.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la República. (2011). Ley 1437 (enero 18), por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Diario oficial, Bogotá D.C., No. 47956.
- Congreso de la República. (2012). Ley 1579 (octubre 01), por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, Bogotá, D.C., No. 48570.
- Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. (2012). Sentencia del 21 de marzo de 2012, rad. 22320, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=20001-23-31-000-2000-00076-01\(22320\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=20001-23-31-000-2000-00076-01(22320))
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (2019). Sentencia del 25 de junio de 2019, exp. 11001-03-24-000-2018-00466-00, C.P. Oswaldo Giraldo López. Recuperado de <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-24-000-2018-00466-00>
- Consejo de Estado. Sala Plena. (2014). Sentencia de unificación del 13.05.2014 (23128), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. (2007). Sentencia del 12 de abril de 2007, exp. 14215, C.P. Héctor Romero.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-688, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-688-14.htm>

- Corte Constitucional. (2016). Sentencia SU-454, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU454-16.htm>
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-356, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-356-18.htm>
- Delgado Scheelje, Álvaro. (1999). Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Redefiniendo los conceptos tradicionales y planteando los nuevos principios. *Ius et Veritas*, 9(18), 254-262. Recuperado de <file:///C:/Users/Ideapad%20300/Downloads/15837-Texto%20del%20art%C3%ADculo-62917-1-10-20161130.pdf>
- Estrada Vélez, Sergio. (2010). Los principios jurídicos en Colombia. Algunas recomendaciones para su incorporación. *Diálogos de Saberes*, 32(32), 159-171. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1926/1449>
- Machicado, J. (2010). El acto jurídico. Consultado el 14 de abril de 2020. Recuperado de <https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/07/acto-juridico.html>
- Malagón Bohórquez, Pedro Hernando. (2015). Causales de devolución o de no inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria. Recuperado de
- Pérez Villa, Jorge. (2016). *Derecho administrativo. Sustantivo y procesal*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Presidencia de la República. (2014). Decreto 2723 (diciembre 19), por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro. *Diario Oficial*, No. 49379.
- Registrador Principal de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá. Zona Sur. (2007). Resolución 317 (julio 26), por la cual se decide una actuación administrativa en relación con el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria 50S-8099. *Diario oficial*, Bogotá, D.C., No. 46896.

- Registraduría de Instrumentos Públicos de Tunja. (2019). Resolución No. 254, por la cual se rechaza un recurso de reposición interpuesto contra una nota devolutiva cuya radicación no se identifica en el escrito. Expediente 070-ND-2019-61.
- Rodríguez, Libardo. (1998). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Editorial Temis.
- Superintendencia de Notariado y Registro. (2020). Informe de gestión 2019. Recuperado de
- Superintendente Delegada para el Registro. (2015). Circular No. 1830, recomendaciones sobre aspectos jurídicos en la calificación y para la prestación del servicio.

La responsabilidad por errores En el registro de instrumentos públicos

MEJÍA-LÓPEZ, Juliana¹

PEREA-TARAPUES, Stephany²

APARICIO-SERRANO, Ricardo³

SUMARIO.

I. Introducción. II. La función de la oficina de registro y el procedimiento de registro en Colombia. III. La responsabilidad del estado por la falla en el registro. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de responsabilidad por errores en el registro de instrumentos públicos, es imposible no dirigir nuestra mirada hacia los funcionarios que llevan sobre sus hombros la responsabilidad de liderar este servicio público que presta el Estado. En nuestro país, esta responsabilidad que le cabe al Estado, y por vía de acción de repetición al servidor público, es de origen constitucional, en cuanto que uno de los fines esenciales del Estado establecido en el artículo 2º de nuestra carta política, es el servicio a la comunidad, el cual debe ser prestado conforme a los principios esenciales sobre los cuales descansa la función administrativa que dicta el artículo

1 Profesional en mercadeo y negocios internacionales de la UAO - Cali, estudiante de décimo semestre de derecho de la UCC- Cartago, estudiante de especialización de Notariado y Registro. Vinculada a la Notaría única del círculo de Zarzal desde hace más de cinco años.

2 Abogada de la Universidad San Buenaventura de Cali, Estudiante de la especialización de Notariado y registro. Abogada con experiencia en el sector inmobiliario y notarial, desempeñando el acompañamiento jurídico de notarías y constructoras en todo su proceso.

3 Ingeniero de Sistemas de la Universidad Industrial de Santander-UIS-, Magister en Administración de Empresas de la Universidad Santo Tomás, Estudiante de Derecho de la Fundación Universitaria Visión de las Américas, Estudiante de la Especialización en Notariado y Registro-Universidad de Medellín. Docente Universitario. Email: ricardo.universidad@gmail.com

209, entre ellos la eficacia y la celeridad; y donde al servidor público le cabe responsabilidad ante las autoridades no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, tal y como lo establece el artículo 6ª de la misma carta.

En el desarrollo de nuestra reflexión e indagación, se centra, primero en cuál es el marco legal y normativo de la función registral, y posteriormente revisar desde el punto de vista jurisprudencial cómo se han desarrollado y fallado algunos casos en donde estuvo comprometido el correcto ejercicio de ésta función; dejando para otro espacio de discusión conceptual, la responsabilidad específica que por faltas en el ejercicio de sus funciones registrales deberá asumir el servidor público, al igual que cuáles podrían ser, ya sean penales, patrimoniales, disciplinarias y/o fiscales; aunque respecto de esta última, hay posturas encontradas.

II. LA FUNCIÓN DE LA OFICINA DE REGISTRO Y EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO EN COLOMBIA

En un recorrido histórico que realiza la Magistrada de la Corte Constitucional, GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, en la Sentencia T-356/18 de treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018), nos acerca a la fuente de donde toma vida el sistema registral colombiano: el sistema registral prusiano o sistema de inscripción registral⁴.

Este sistema de inscripción condujo al desarrollo de todo un marco legal para poder prestar el servicio registral en Colombia, cuyos orígenes datan del año 1844 cuando aparece lo que se podría llamar un “verdadero estatuto de registro, que se crea por medio de la Ley 84 del 26 de mayo de 1873 (Código Civil de los Estados Unidos de Colombia), el cual es adoptado posteriormente por la República de Colombia mediante la Ley 57 de 1887”⁵

4 Para **MORO SERRANO** los primeros antecedentes registrales se encuentran en Egipto y tenían como finalidad servir a la tributación. **TERNERA BARRIOS**, por su parte, destaca la existencia de los siguientes sistemas registrales: *Torrens* o anglosajón; modelo francés o sistema de la transcripción; y el prusiano o sistema de la inscripción. Colombia se ubica en el último de los sistemas expuestos, que según la doctrina es conocido como el “(...) *el prototipo de sistema con efectos de exactitud de lo registrado*.”, puesto que sigue el método de folio real, es decir, una hoja registral propia para cada predio, en la que constan los actos jurídicos que lo afectan.”

5 Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos, que deroga el Decreto 1250 de 1970

El registro en el ordenamiento jurídico colombiano fue regulado por el Título 43 del Libro 4º (artículos 2637 a 3682) del Código Civil. En el año 1932, la Ley 40 de esa misma fecha, organizó la matrícula de la propiedad inmueble. Esta disposición tuvo vigencia hasta el año 1970, momento en que fue expedido el Decreto 1250 de 1970. Esta norma rigió hasta el 1º de octubre de 2012, tras la expedición de la Ley 1579 de 2011 actualmente vigente y con modificaciones por la Ley 1753 de 2015 y el Decreto Ley 2106 de 2019, y en la que se mantienen las etapas que gobiernan el proceso de inscripción de títulos, las cuales corresponden a: (i) la radicación o asiento de presentación del título; (ii) la calificación registral; (iii) la inscripción propiamente dicha y (iv) la expedición de la constancia de su realización. (Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos).

La Sentencia T-688/14 de la Corte Constitucional, realiza una sencilla y clara exposición histórica al respecto de la práctica registral en Colombia:

La práctica de realizar registros de los bienes inmuebles tiene su origen en la edad media, en la que los señores feudales con el fin de facilitar el recaudo de los tributos por el uso de sus tierras, llevaban un registro de las propiedades que le entregaban a sus vasallos (Angarita Gómez, 2004)

La práctica de realizar registros de los bienes inmuebles tiene su origen en la edad media, en la que los señores feudales con el fin de facilitar el recaudo de los tributos por el uso de sus tierras, llevaban un registro de las propiedades que le entregaban a sus vasallos..... En Colombia, el primer sistema de registro inmobiliario sólo fue implementado en 1859 con la promulgación del Código Civil de Cundinamarca, el cual posteriormente fue acogido en su mayoría por toda la República. En efecto, en dicha normatividad en el título 43 se consagraban ciertas normas “sobre los documentos públicos escritos”, en las que se determinaba su valor y la forma de llevarse a cabo el registro en los libros de inscripción, en tres libros, uno para inscribir los títulos que trasladaban, modificaban o imponían un gravamen al dominio de bienes inmuebles, el segundo para la inscripción de títulos que no afectaran la situación jurídica del inmueble, y el último para anotar los gravámenes sobre el bien como lo eran las hipotecas.

Posteriormente, con la Ley 57 de 1887 se introdujo el libro de causas mortuorias, autos de embargo y demandas civiles, y luego se establecieron los libros de registro de documentos privados y de contratos de prenda. En 1932 se expidió la Ley 40 en la que se estableció un sistema de matrícula inmobiliaria, el cual era paralelo al sistema introducido por el Código

Civil. Ante la dificultad que generaba la dualidad normativa, se simplificó el sistema de registro con la entrada en vigencia del Decreto 1250 de 1970, el cual introdujo, entre otros avances, (i) la unificación registral, pues se establecía que deberá haber un solo folio real para cada inmueble, (ii) la precalificación legal antes de procederse a la inscripción de un título, y (iii) el principio de publicidad, toda vez que cualquier persona tenía acceso al archivo y podía solicitar copias de los mismos. El Decreto 1250 de 1970 fue derogado por la Ley 1579 de 2012, en la que se mantuvo el sistema de registro, pero se implementaron cambios para mejorar su funcionamiento y con el fin de modernizarlo. Del estudio de la nueva legislación, así como de los estatutos registrales derogados, puede concluirse que los fines históricos de efectuar el registro en Colombia han sido: (i) otorgar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los bienes raíces, o que le imponen gravámenes o limitaciones al derecho de propiedad de estos, poniendo al alcance de la ciudadanía en general el estado o situación jurídica del inmueble; (ii) servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos conforme al artículo 756 de Código Civil.

(iii) dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que fueran autenticados por los notarios al exigirse su registro con el objeto de que un número mayor de funcionarios participaran en su guarda. (Sentencia T-688 Corte Constitucional 2014, 2014).

Actualmente, ésta inscripción de los títulos es la que permite, entre otras, al registro inmobiliario mantener de manera coherente esa historia jurídica que cada bien inmueble debe contar, convirtiéndose en la materialización de cada una de las inscripciones que se realizan y se evidencian en el folio de matrícula inmobiliaria, tal y como lo ha sostenido de forma permanente la Superintendencia de Notariado y Registro a través de sus conceptos.

La tarea de “registro de instrumentos públicos es una función estatal prevista en la Ley 1579 de 2012” (LEY 1579 DE 2012). Su artículo 4º establece cuales son los elementos generadores que mueven el registro inmobiliario:

“a) Todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o

accesorio sobre bienes inmuebles, b) Las escrituras públicas, providencias judiciales, arbitrales o administrativas que dispongan la cancelación de las anteriores inscripciones y la caducidad administrativa en los casos de ley

c) Los testamentos abiertos y cerrados, así como su revocatoria o reforma de conformidad con la ley y,

d) Las actas de conciliación en las que se acuerde enajenar, limitar, gravar o desafectar derechos reales sobre inmuebles, posterior a que se perfeccionen por escritura pública debidamente registrada conforme a la solemnidad consagrada en el Código Civil.

El artículo 8° establece que cada bien inmueble tiene una matrícula, la cual se distinguirá con un código alfanumérico o complejo numeral indicativo del orden interno de cada oficina y de la sucesión en que se vaya sentando. (Ley 1579 del 2012 ART 4)

Para considerar un título o documento como registrado, éste debe pasar por las etapas de radicación, calificación, inscripción y constancia de ejecución de ésta última (artículos 13 a 30). Realizada la radicación, el documento pasa a la sección jurídica de la oficina para su examen y calificación; en el formulario que debe contener la firma del funcionario, se señalarán las inscripciones a que dé lugar (artículos 14 a 16) y conforme con esta orden se realiza la inscripción, la cual se debe realizar conforme con el orden de radicación de los documentos (artículo 20). Si no fuera legalmente admisible la inscripción, así se indicará en el libro radicador (artículo 22).

El título tiene efecto respecto de terceros desde la fecha del registro (artículo 47). Este servicio tiene así la finalidad de dar publicidad del estado de un bien inmueble, -de su propietario, de las medidas que lo gravan- con el fin de proporcionar elementos que permitan su disposición o limitación, lo cual se configura mediante la expedición por parte de las oficinas de registro de “certificados sobre las situaciones jurídicas de los bienes sometidos a registro mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas” (artículo 49). Por lo anterior se considera que el certificado de registro ofrece seguridad acerca de la situación jurídica de un bien inmueble”

Con respecto a la función estatal de registro de bienes inmuebles, el Consejo de Estado por medio de sus Sala de lo Contencioso Administrativo, ha determinado que su utilidad radica en que hace pública todas aquellas

circunstancias que inciden en el ejercicio del derecho real, otorgando de este modo seguridad jurídica en la comercialización y disposición de estos bienes, al igual que proporciona protección y garantías al titular del derecho de dominio inscrito. (Sentencia del 13 de noviembre de 2014, M.P. Danilo Rojas Betancourth)

Señalando:

“Para considerar un título o documento como registrado, éste debe pasar por las etapas de radicación, calificación, inscripción y constancia de ejecución de ésta última (artículos 22 a 38). Realizada la radicación, el documento pasa a la sección jurídica de la oficina para su examen y calificación; en el formulario que debe contener la firma del funcionario, se señalarán las inscripciones a que dé lugar (artículo 24) y conforme con esta orden se realiza la inscripción (artículo 26) la cual se debe realizar conforme con el orden de radicación de los documentos⁶ (artículo 27). Si no fuera legalmente admisible la inscripción, así se indicará en el libro radicador (artículo 37).

El título tiene efecto respecto de terceros desde la fecha del registro (artículo 44). Este servicio tiene así la finalidad de dar publicidad del estado de un bien inmueble, -de su propietario, de las medidas que lo gravan- con el fin de proporcionar elementos que permitan su disposición o limitación, lo cual se configura mediante la expedición por parte de las oficinas de registro de “certificados sobre las situaciones jurídicas de los bienes sometidos a registro mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas” (artículo 54). Por lo anterior se considera que el certificado de registro ofrece seguridad acerca de la situación jurídica de un bien inmueble.

Con respecto a la función estatal de registro de bienes inmuebles, el Consejo de Estado por medio de sus Sala de lo Contencioso Administrativo, ha determinado que su utilidad radica en que hace pública todas aquellas circunstancias que inciden en el ejercicio del derecho real, otorgando de este modo seguridad jurídica en la comercialización y disposición de estos bienes, al igual que proporciona protección y garantías al titular del derecho de dominio inscrito.”⁷

6 El enunciado art. 27 desarrolla la máxima jurídica: “primero en el tiempo primero en el derecho”

7 Sentencia del Consejo de Estado de Colombia del 13 de noviembre de 2014, expediente No. 19858. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Uno de temas más importantes en Colombia, y que históricamente ha estado huérfano de solución, es el de tierras, en cuanto a su titularidad, dominio, transferencia y posesión; una problemática con raíces políticas y que se ha convertido en uno de los elementos oxigenantes del conflicto armado, la violencia y el fenómeno del desplazamiento en Colombia.

En las últimas décadas las instituciones públicas del orden nacional encargadas de la legalización y formalización de la propiedad de la tierra y de los bienes inmuebles en Colombia, vienen realizando trabajos de formalización con el fin de subsanar los procesos irregulares de tenencia de bienes, sólo que a un paso muy lento y con bastantes trabas desde lo político y legal.

Una de las entidades públicas del orden nacional encargadas de los procesos de formalización son las Oficinas de Registro e Instrumentos Públicos - ORIP, quienes tiene por objetivo regular los trámites necesarios para subsanar los problemas de propiedad y disposición de los bienes inmuebles, tanto de las zonas urbanas como de las zonas rurales.

En el caso de traslado, modificaciones, limitantes del dominio de bienes inmuebles, el trámite en las ORIP, podría decirse que finaliza el proceso teniendo como función principal la tradición.

Desde la mirada constitucional, las Superintendencias tiene su origen y fundamento en el artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política de Colombia, por medio del cual fueron creadas como organismos adscritos a la Rama Ejecutiva y con la función específica de inspección y vigilancia de acuerdo al sector que alcanzan.

Ahora bien, la Superintendencia de Notariado y Registro a través de la Ley 1579 de 2012, en donde se hallan definidas las funciones, competencias, responsabilidades y servicios que debe desarrollar y tener en cuenta para la prestación del servicio registral, establece en el capítulo V, artículo 13: “Art. 13 Proceso de registro: El proceso de registro de un título o documento se compone de la radicación, la calificación, la inscripción y la constancia de haberse ejecutado ésta.

En sus artículos siguientes hasta el artículo 30, de manera explícita se indica cómo se debe llevar a cabo cada etapa del proceso de registro y en

caso de que se dé un registro parcial, se podrá remitir al artículo 17 y las suspensiones en los artículos 18 y 19.

Ahora, la inadmisibilidad del registro está soportada en el artículo 21 y el registro de las medidas judiciales y administrativas se encuentra contenido en el capítulo VI de la presente Ley. Aunque en el capítulo siguiente no desarrolla el tema que nos atañe, toca un tema de suma importancia y es la transversalidad del registro, en el entendido que es de suma importancia realizarlo de manera idónea bajo los principios que garantizan la seguridad, confiabilidad, accesibilidad y plena formalidad de las transacciones o actos que afectan el bien al que se le realiza el registro.

Se aborda la temática a partir de la fijación de un caso. Se observa: Previamente a la exposición del caso, es preciso recordar que el proceso de escrituración se divide en 4 partes denominadas: recepción, extensión, otorgamiento y autorización, según el artículo 14 del Decreto 960 de 1970, así:

ARTICULO 14. <RECEPCIÓN, EXTENSIÓN, OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN>. La recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados; la extensión es la versión escrita de lo declarado; el otorgamiento es el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido; y la autorización es la fe que imprime el Notario a este, en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados. (Decreto 960 de 1970 ART 205-208)

PROCESO DE ESCRITURACIÓN			
RECEPCIÓN	EXTENSIÓN,	OTORGAMIENTO	AUTORIZACIÓN
Esta etapa consiste en el momento que el usuario manifiesta el acto que desea realizar.	En esta etapa, se materializa de manera escrita el acto que los usuarios desean realizar, es decir que se eleva a escritura pública, junto con los requisitos formales que cada acto requiere.	En esta etapa las partes intervinientes en el acto suscriben la escritura pública en señal de aceptación.	En esta etapa, una vez surtido el control de legalidad de que los requisitos formales y de fondo se hubiesen cumplido, procede el notario público autorizar dicho instrumento público, por medio del cual da fe.

Cuadro creación de los autores del respectivo capítulo

Una vez identificada la responsabilidad que recae en las Oficinas de Instrumentos Públicos (ORIP) del país, es necesario traer a colación el siguiente caso, el cual es solo uno de los tantos que se deben presentar a diario, toda vez que en el momento en el cual se presentan fallas en el función registral, el usuario no encuentra apoyo alguno, por el contrario, se ve perjudicado y en la mayoría de los casos patrimonialmente, por esta razón se trae a colación el siguiente caso, con el fin de plantear en quien recae la responsabilidad.

Cabe anotar que el caso en concreto se presentó de manera real, sin embargo, con el fin de preservar las entidades intervinientes, se procederá a nombrarlos de una manera hipotética.

La Sociedad CONSTRUCTORES S.A.S se dedica al desarrollo de proyectos urbanísticos, entre ellos el denominado Conjunto Residencial Fuentes de la Flora.

Con miras a legalizar las ventas realizadas en dicho proyecto, se da inicio a la escrituración de los bienes inmuebles que hacen parte de dicho proyecto a los promitentes compradores. En la ejecución del proceso, se presenta el siguiente procedimiento, que es en realidad el caso que nos ocupa, con el fin de determinar la responsabilidad en la función notarial, no sin antes hacer un recuento de los pasos previos que se requiere.

1. La Sociedad CONSTRUCTORES S.A.S. vendió al señor Juan Camilo Flores un inmueble denominado como Apartamento 202 de la Torre J, junto con el parqueadero No. 93, del Conjunto Residencial Fuentes de la Flora, los cuales se identifican con los siguientes números de matrícula inmobiliaria:

INMUEBLE	MATRICULA INMOBILIARIA
Apartamento 202 Torre J	370-789456
Parqueadero No. 93	370-789499

2. Una vez el señor Juan Camilo Flores terminó de cancelar los inmuebles adquiridos, la Sociedad CONSTRUCTORES S.A.S. procedió a iniciar la escrituración de dichos inmuebles, realizando el

debido proceso de escrituración, el cual fue enunciado anteriormente y que obedece a la recepción, extensión, otorgamiento y autorización.

3. En dicho instrumento público se realizaron los actos correspondientes a la cancelación parcial de hipoteca que fue constituida en el lote de mayor extensión a favor del Banco Bogotá S.A. por parte de la sociedad CONSTRUCTORES S.A.S., junto con el acto de compraventa de los inmuebles; sin embargo, en el proceso se cometió un error de digitación al identificar el parqueadero No. 93 con una matrícula inmobiliaria errada, digitando el número 370-789498 (la cual corresponde a la Casa 12 de la Manzana E del proyecto Ciudadela Miramontes) en lugar de la matrícula inmobiliaria No. 370-789499. Error evidente en el control de legalidad, el cual no fue percibido por los intervinientes en la negociación ni por la notaría que elevó los actos a la escritura pública de compraventa No. 123 del 12 de mayo de 2016 de la Notaría 24 del Círculo de Cali.
4. Pese al error cometido en el instrumento público y en vista que no fue evidenciado por ninguna de las partes intervinientes se procedió a solicitar el registro ante la Oficina de Instrumentos Públicos del Círculo de Cali, el registro de dicho título con el fin de obtener el modo, según lo estipulado en el artículo No. 756 del Código Civil Colombiano, en el cual reza lo siguiente:

ARTÍCULO 756. <TRADICIÓN DE BIENES INMUEBLES>. Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca. (ART. 756 del Código Civil Colombiano)

Antes de continuar con la cronología de los hechos, es necesario precisar el concepto de matrícula inmobiliaria, toda vez que este corresponde a la identificación única de un bien inmueble, es decir que cada bien inmueble sujeto a registro se encuentra debidamente identificado con su respectivo folio de matrícula inmobiliaria, lo cual se fundamenta en el artículo 8 de la Ley 1579 de 2012, ley correspondiente al estatuto de registro de instrumentos públicos, la cual se desarrollará en los siguientes puntos:

ARTÍCULO 8o. MATRÍCULA INMOBILIARIA. Es un folio destinado a la inscripción de los actos, contratos y providencias relacionadas en el artículo 4o, referente a un bien raíz, el cual se distinguirá con un código alfanumérico o complejo numeral indicativo del orden interno de cada oficina y de la sucesión en que se vaya sentando.

Además, señalará, con cifras distintivas, la oficina de registro, el departamento y el municipio, corregimiento o vereda de la ubicación del bien inmueble y el número único de identificación predial en los municipios que lo tengan o la cédula catastral en aquellos municipios donde no se haya implementado ese identificador.

Indicará también, si el inmueble es urbano o rural, designándolo por su número, nombre o dirección, respectivamente y describiéndolo por sus linderos, perímetro, cabida, datos del acto administrativo y plano donde estén contenidos los linderos, su actualización o modificación y demás elementos de identificación que puedan obtenerse.

En la matrícula inmobiliaria constará la naturaleza jurídica de cada uno de los actos sometidos a registro, así: tradición, gravámenes, limitaciones y afectaciones, medidas cautelares, tenencia, falsa tradición, cancelaciones y otros.... (Ley 1579 de 2012 ART 8)

Lo anterior con el fin de reiterar la importancia sobre la identificación de los bienes inmuebles, en vista que algunos de los principios establecidos por la ley en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos ORIP corresponde a la especialidad y la legalidad, los cuales se encuentran consagrados igualmente en la Ley 1579 de 2012, en su artículo 3, correspondiente a principios en los siguientes literales:

“b) Especialidad. A cada unidad inmobiliaria se le asignará una matrícula única, en la cual se consignará cronológicamente toda la historia jurídica del respectivo bien raíz.

(...) d) Legalidad. Solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción;”

Quiere entonces decir, que le asiste a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP), el realizar el respectivo control de legalidad al momento de realizar la respectiva calificación de los instrumentos públicos. Dicho procedimiento se encuentra consagrado en el artículo 16 de la citada Ley:

ARTÍCULO 16. CALIFICACIÓN. Efectuado el reparto de los documentos se procederá a su análisis jurídico, examen y comprobación de que reúne las exigencias de ley para acceder al registro. (Subrayado nuestro)

PARÁGRAFO 1o. No procederá la inscripción de documentos que transfieran el dominio u otro derecho real, sino está plenamente identificado el inmueble por su número de matrícula inmobiliaria, nomenclatura o nombre, linderos, área en el Sistema Métrico Decimal y los intervinientes por su documento de identidad. (Ley 1579 de 2012, ART 16)

En consecuencia, se establece el deber de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP) en el realizar al análisis jurídico de cada documento, comprobando que el mismo cumpla con todas las exigencias que impone la ley, con el fin de proceder a la inscripción de los actos.

Aunado a esto, se indica de manera clara que NO se procederá a la inscripción de los documentos que transfieren dominio y otro derecho real, en caso de no encontrarse plenamente identificado el inmueble por su matrícula inmobiliaria; en el caso que nos ocupa, la matrícula inmobiliaria del inmueble se encontraba incorporada pero de una manera errada, quiere decir que la identificación obedecía a un inmueble diferente al descrito e incorporado en el instrumento público, sin embargo, pese a esto la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos no realizó en debida forma el control de legalidad y análisis jurídico que debía de garantizar, obviando las consecuencias que podría acarrear y autorizando la continuidad de la inscripción de dicho instrumento.

Por consiguiente la escritura pública No. 123 del 12 de mayo de 2016 de la notaría 24 del Círculo de Cali, quedó registrada tanto en la matrícula inmobiliaria No. 370-789456, Correspondiente al Apartamento No. 202 Torre J del proyecto Conjunto Residencial Fuentes de la Flora, como en la matrícula inmobiliaria incorporada erróneamente No. 370-789498, la cual corresponde verdaderamente a la Casa 12 de la Manzana E del proyecto Ciudadela Miramontes, y no el parqueadero No. 93 el cual obedecía a la venta real del inmueble.

No solo se realizó la inscripción del acto correspondiente a la venta incorporado en dicho instrumento público, por el contrario y peor aún se realizó la inscripción de la cancelación de hipoteca de mayor extensión

que dicho inmueble ostentaba a favor del Banco Caja Social S.A. por parte de DESARROLLADORES S.A., pese a que el acto de cancelación de hipoteca obedecía a la hipoteca constituida por CONSTRUCTORES S.A.S. en el lote de mayor extensión a favor de BANCO DE BOGOTÁ, situación donde se puede evidenciar nuevamente la ausencia del control de legalidad y análisis jurídico por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos al cancelar erradamente dicha garantía.

Ahora bien, una vez expuesto los hechos por parte de CONSTRUCTORES S.A.S, se procede a contextualizar la otra parte, correspondiente a la sociedad DESARROLLADORES S.A.

DESARROLLADORES S.A. se dedica igualmente al desarrollo de proyectos urbanísticos, entre ellos el proyecto denominado Ciudadela Miramontes, entre el cual se encuentra la Casa 12 de la Manzana E, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 370-789498.

1. Con miras a legalizar las ventas realizadas en dicho proyecto, se da inicio a la escrituración de los bienes inmuebles que hacen parte de dicho proyecto a los promitentes compradores.
2. La Sociedad DESARROLLADORES S.A. vendió a la señora Patricia Ramírez un inmueble denominado como Casa 12 de la Manzana E, del proyecto denominado CIUDADELA MIRAMONTES:

INMUEBLE	MATRÍCULA INMOBILIARIA
CASA 12 MANZANA E	370-789498

3. Una vez la señora Patricia Ramírez terminó de cancelar el inmueble adquirido, la Sociedad DESARROLLADORES S.A. procedió a iniciar la escrituración de dicho inmueble, realizando el debido proceso de escrituración.
4. En dicho instrumento público se realizaron los actos correspondientes a la cancelación parcial de hipoteca que fue constituida en el lote de mayor extensión a favor del Banco Caja Social S.A. por parte de la sociedad DESARROLLADORES S.A., junto con el acto de compraventa del inmueble y la constitución del patrimonio de familia inembargable obligatorio por tratarse de una vivienda de interés social.

5. La sociedad DESARROLLADORES S.A, tenía un acuerdo comercial con el Banco Caja Social por ser banco constructor del proyecto, el cual correspondía a la viabilidad del desembolso de los créditos con la suscripción de los instrumentos públicos, siempre y cuando la garantía, es decir la hipoteca se legalizara dentro de los 30 días siguientes a la suscripción. Esto con el fin de disminuir los intereses correspondientes del crédito constructor.

Una vez se autorizó la respectiva escritura pública se procedió a solicitar ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la inscripción de todos los actos contentivos en dicho instrumento público, sin embargo, una vez se procedió a realizar el respectivo control de legalidad y análisis jurídico, la entidad se negó a la inscripción de la misma, devolviendo dicho instrumento aduciendo lo siguiente:

“Quien transfiere no es titular del derecho real de dominio”. (Artículo 29 Ley 1579 de 2012 y 669 del Código Civil)

“La hipoteca que se ordena cancelar no aparece registrada”. (Artículo 61 y 62 Ley 1579 de 2012)

Sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 370-789498 no se encuentra registrada hipoteca vigente.

La Sociedad CONSTRUCTORES S.A.S. vendió el inmueble al señor Juan Camilo flores por medio de la escritura pública No. 23 del 12 de mayo de 2016 de la notaría 24 del círculo de Cali”.

Dada la respuesta recibida, la Sociedad DESARROLLADORES S.A. procedió a solicitar la restitución de turno⁸, argumentando que dicha situación jurídica obedecía a un error por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos ORIP, al no realizar el respectivo control de legalidad y análisis jurídico del instrumento registrado erróneamente en la matrícula inmobiliaria del inmueble de su propiedad., sin embargo, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos ORIP respondió de nuevo lo siguiente:

⁸ Mecanismo por medio del cual se solicita revisión al documento que ha sido devuelto de manera errónea por parte de la oficina de registro de instrumentos públicos, conservando el mismo número de radicación.

“Para acceder a lo peticionado, antes de ello debe otorgarse una escritura pública de aclaración, en el sentido de indicar el número correcto de la matrícula en la escritura pública No. 123 del 12 de mayo de 2016 de la notaría 24 del círculo de Cali y así mismo solicitar que sean trasladadas la cancelación de hipoteca y compraventa al folio de matrícula inmobiliaria correcto”.

En consecuencia, argumentando la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos ORIP que cualquier modificación y/o aclaración en los datos, que consten en un instrumento público debe hacerse por el mismo medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 960 de 1970.

Cabe resaltar que en este momento la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos ORIP traslada la responsabilidad derivada de las omisiones realizadas por dicha entidad a una sociedad ajena a la situación, lo anterior en vista que la sociedad DESARROLLADORES S.A. no tuvo incidencia en las omisiones realizadas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, al registrar de manera errónea la escritura pública por medio de la cual se estipuló la matrícula inmobiliaria incorrecta.

Frente a la petición realizada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la misma no pudo ser atendida por parte de la sociedad DESARROLLADORES S.A., toda vez que dicha entidad pretendía que se realizaría una escritura de aclaración entre el señor Juan Camilo Flórez y la sociedad CONSTRUCTORES S.A.S., negociación totalmente ajena a ellos y que por ende no tenían incidencia alguna, generando así incertidumbre del cómo se podría subsanar dicha situación

En vista que la inscripción de la escritura pública correspondiente al inmueble de propiedad de la sociedad DESARROLLADORES S.A. no fue posible, el banco Caja Social procedió a dar por congelado el acuerdo comercial con dicha sociedad, toda vez que no se cumplió con la debida legalización de la garantía del inmueble dentro de los términos estipulados en los acuerdos de servicio, generando grandes pérdidas patrimoniales para la sociedad DESARROLLADORES S.A., al incrementarse los intereses correspondientes al crédito constructor, aunado al vencimiento próximo del subsidio otorgado a la señora Patricia Suárez, el cual tampoco pudo ser cobrado dentro del término fijado por la entidad otorgante al hacer la

falta de la inscripción del instrumento público contentivos de los actos requeridos.

En consecuencia de la situación se procedió a elevar la respectiva queja ante la Superintendencia de notariado y registro, dado que se encontraban ante una evidente falla en el servicio por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, sin embargo, la respuesta no fue positiva, toda vez que su única acción fue oficiar a la entidad solicitando dar trámite a la inscripción de dicho documento el cual se debía realizar a través de un acto administrativo, trámite que tiene un término de ejecución de 6 meses a 1 año, por lo tanto el detrimento patrimonial para la sociedad era inminente, puesto no pudo obtener solución inmediata, por el contrario lo sometieron a un término amplio, en el cual la entidad no se hizo responsable de los perjuicios causados por las omisiones realizadas por dicha entidad, viéndose entonces el usuario en la necesidad de asumir dichos perjuicios.

En conclusión, es importante establecer la responsabilidad que se puede derivar de la función registral, dado que actualmente tal cual se evidencia en la caso enunciado, no se cuenta con una responsabilidad determinada en aquellos casos donde la función registral falla, del mismo modo es importante que se establezca el respectivo procedimiento a realizar en dichos casos, toda vez que es evidente que el usuario se encuentra totalmente desprotegido y sujeto al actuar de dichas entidades, frente a las fallas del servicio que se puedan derivar de la función registral por parte de las Oficinas de Instrumentos públicos.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA FALLA EN EL REGISTRO. Una mirada general al sistema jurídico Colombiano.

Ya se ha hablado de cómo el Estado ejerce la función del registro público por medio de la figura administrativa de la descentralización por servicios en cabeza de la Superintendencia de Notariado y Registro, quien tiene como “objetivo la labor de orientar, inspeccionar, vigilar y controlar los servicios públicos que llevan a cabo, tanto las oficinas de registro e instrumentos públicos en cabeza de los Registradores de Instrumentos Públicos, así como las notarías en cabeza de los Notarios; estas últimas, quienes de igual forma apoyan al mismo Estado por medio de la figura de

la descentralización por colaboración, y en el entendido que todos estos servicios se deben desarrollar conforme a la ley y bajo los principios de eficiencia, eficacia y efectividad”. (Art. 4 del Decreto 2723 de 2014 – “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro.”)

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, conforme a lo establecido por el artículo 209, se resalta que la función que desarrolla toda autoridad administrativa cobra sentido cuando sirve a los intereses generales, y no a los intereses particulares, soportada sobre los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y desarrollada a través de los mecanismos administrativos que contempla la misma norma constitucional, como son la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En este sentido, la Corte Constitucional señaló que:

La función registral, al estar inspirada por el principio de publicidad, garantiza condiciones de seguridad en el tráfico económico y en la circulación de la riqueza inmobiliaria, facilita el perfeccionamiento de todo tipo de negocios jurídicos y asegura las condiciones que evitan la clandestinidad y el fraude negocial. (Sentencia C-185 de 2003 Corte Constitucional, 2003)

Además, declara que las normas legales que desarrollan el principio de publicidad registral:

Se constituyen en desarrollo normativo de los artículos 58 (derechos adquiridos) y 333 (libertad de empresa) y concretan los principios y derechos de los artículos 20 (derecho a la información), 23 (derecho de petición), 74 (libre acceso a los documentos públicos) y 209 (principio de publicidad de la función pública) de la Constitución. (Sentencia C-185 de 2003 Corte Constitucional, 2003)

Para que se entienda con mayor facilidad el régimen de responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro, es necesario indagar al respecto de las funciones que por Ley le son asignadas para el eficiente cumplimiento de su labor, que como ya se ha manifestado, corresponde a la inspección, vigilancia y control. La Sentencia T-356/18 realiza una exposición de tipo constitucional y legal al respecto de este asunto:

De acuerdo con el artículo 131 Superior, el constituyente definió al legislador la labor de reglamentar la función registral, y en consecuencia, en desarrollo de este precepto constitucional, la Ley 1579 de 2012, “Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones”, se refiere a la naturaleza del registro en los siguientes términos: “El registro de la propiedad inmueble es un servicio público prestado por el Estado por funcionarios denominados Registradores de Instrumentos Públicos, en la forma aquí establecida y para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

Pese a todos los tránsitos normativos, a lo largo de siglo y un tercio las funciones asignadas por el legislador a la función registral se han conservado en lo esencial, a saber:

- (i) Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos;
- (ii) Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces, con el fin de que cualquier persona pueda conocer la situación jurídica de los inmuebles; y,
- (iii) Obrar como prueba (autenticidad, seguridad y oponibilidad) de los actos y negocios jurídicos susceptibles de registro. (Sentencia T-356/18, 2018)

Y para tener un panorama más claro al respecto, es importante recordar las finalidades bajo las que se concibió el sistema registral inmobiliario, determinadas en esta misma sentencia de la Corte Constitucional,

- (i) Servir de medio de tradición de los derechos reales sobre bienes inmuebles, incluido el dominio, conforme al artículo 756 del Código Civil;
- (ii) otorgar publicidad a los actos jurídicos que contienen derechos reales sobre bienes inmuebles; (iii) brindar seguridad del tráfico inmobiliario, es decir, otorgar protección a terceros adquirentes; (iv) fomentar el crédito; y
- (v) tener fines estadísticos. (Ternera Barrios, 2013)

En cuanto a la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, desde la vigencia de la constitución política del 1991, se cuenta con disposición expresa;

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Artículo 90 Constitución Política De 1991)

Y en el entendido que los registradores de instrumentos públicos representan una autoridad pública, sus acciones y/o decisiones, omisiones o extralimitaciones, pueden generar este tipo de daños.

En este régimen jurídico de responsabilidad subjetiva se puede presentar, por acción, omisión o extralimitación del servidor público, un error en la prestación del servicio que comúnmente se conoce con el nombre de “falla del servicio”, la cual se hace presente en el entendido que un servidor público, en nombre del Estado, al desarrollar una actividad de igual tipo, incurre en una falencia por el incumplimiento de alguna de las normas o funciones que le competen. Para su configuración se requiere presentar y demostrar, tanto la acreditación del daño como los elementos que configuran la responsabilidad del servidor público que actúa a nombre del Estado.

La Sala De Lo Contencioso Administrativo, en su Sección Tercera, tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo que más se acomoda a la posibilidad de cumplir el Juez del Estado esa función de control a la que se hace referencia. (Sentencias del 13 de julio de 1993)

También ha sostenido que el mandato que la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones ,tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera. (Sentencia del 8 de abril de 1998, 1988)

Así las cosas, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para evitarlo o contrarrestarlo. (Sentencia del 3 de febrero de 2000, 2000)

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá – en principio- quedar comprometida su responsabilidad. (Sentencia del 26 de febrero de 2015 M.P. Hernán Andrade Rincón, 2015)

De igual forma, y según concepto del Consejo de Estado a través de la Sala De Lo Contencioso Administrativo en su Sección Tercera, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por razones de retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo:

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal.

Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Sentencia del 30 de noviembre de 2006, 2006)

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la Sentencia 25000-23-26-000-2001-00467-01 del once (11) de junio de dos mil catorce (2014) estableció la relación existente entre la falla del servicio (“título jurídico de imputación”) y la obligación indemnizatoria del Estado, siendo ésta el mecanismo más idóneo para establecer la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual:

La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”, así, las obligaciones que están a cargo del Estado.

Por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión—, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. (Sentencia del 11 de junio de 2014 M.P. Hernán Andrade Rincón, 2014)

Finalmente, en lo que atañe a la falla en el ejercicio de la función registral, el máximo tribunal de la justicia contenciosa administrativa, ha considerado que,

El actor debe acreditar la diligencia, previsión y cuidado que ha debido observar con anterioridad a la celebración de negocios jurídicos ‘mediante una prudente constatación del estado jurídico’ del inmueble que pretendió adquirir, hipotecar, embargar... etc., de modo que exista certeza de que el daño surgió, precisamente de la información errónea proporcionada al usuario a través de los certificados que sobre los bienes raíces expide la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos”,

Pues la falla generalmente se configura,

“por la información equivocada suministrada mediante la expedición de certificaciones sobre dichos folios”.

La irregularidad debe trascender a los usuarios y esto se produce mediante la expedición y consulta del respectivo certificado. (Sentencia del 13 de noviembre de 2014 M.P. Danilo Rojas Betancourth, 2014)

Ahora bien, es importante observar la importancia no solo de la responsabilidad por la falla del servicio, sino la necesidad que lo actuado se retrotraiga al punto inicial, y para esto, el Consejo de Estado ha conceptualizado que tratándose de la legalidad de la actuación administrativa errónea, el medio de control idóneo procedente para adelantar acciones de defensa en contra de éstas por parte de las ORIP, es la acción de nulidad simple, independiente de los efectos particulares que se puedan generar por la responsabilidad en el error.

Los cuales podrán ser considerado a través de una acción de reparación directa. Al respecto de la acción de nulidad simple, en sentencia del 3 de noviembre del 2011, Exp. 200500641, se realizó el siguiente razonamiento:

Para poder realizar un pronunciamiento de fondo frente a los argumentos expuestos en la apelación, es preciso tener en cuenta que por expresa disposición del inciso tercero del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (anterior ley, Decreto 1 de 1984), la acción adecuada para controvertir la legalidad de los actos de registro, es la acción de nulidad. La norma en cita establece ad pedemliterae lo siguiente:

Artículo 84°. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. (Ley 1437 de 2011, artículo 84)

Y la misma sentencia declara de manera implícita, la posibilidad de acudir a la acción de reparación directa, cuando reconoce que estos errores en el registro generan consecuencias a los intereses particulares, individuales y concretos de las personas naturales o jurídicas afectadas:

A propósito del tema, es pertinente poner de relieve que todas las anotaciones que las Oficinas de Registro realizan en los folios de matrícula inmobiliaria, impactan necesariamente los intereses particulares, individuales y concretos de las personas naturales o jurídicas, al crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas directamente relacionadas con el derecho de dominio.

Aún a pesar de lo anterior y con independencia de los efectos particulares que pueda acarrear un acto de tal naturaleza, el legislador quiso contemplar de manera expresa la posibilidad de controvertir la legalidad de ese tipo de actos particulares a través de la acción de simple nulidad, teniendo en cuenta la enorme trascendencia que se reconoce al derecho de propiedad en nuestro sistema jurídico, político, económico y social. Así las cosas, independientemente de que la declaratoria de nulidad de un acto de registro produzca efectos de carácter particular y concreto, la acción a incoar es la de nulidad. (Ley 1437 de 2011, ART 140)

En las sentencias que a continuación se analizan, el máximo tribunal de la justicia de lo Contencioso Administrativo ha hallado patrimonialmente responsable al Estado, en cabeza de la Superintendencia de Notariado y Registro, no significando esto, que se pueda considerar como la generalidad en los fallos referentes al asunto que se ocupa.

La primera sentencia que se expondrá es la N° 30270 emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radicación N° 25002326000200101333 01 de fecha veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), con ponencia del Magistrado Hernán Andrade Rincón, donde se inicia una acción de reparación directa por falla del servicio de la ORIP de Bogotá, a cargo del usuario Dairo Rojas Sierra, debido a un error por omisión en la inscripción de notas en el registro, haciendo solidarios y responsables, a la Superintendencia de Notariado y Registro y la DIAN.

La actuación surtida por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá se ajustó en todo a derecho, toda vez que en el expediente no se aprecia que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN o la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos le hubiesen comunicado la existencia de la medida cautelar decretada por la jurisdicción coactiva que se inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, comunicación que hubiese evitado que el inmueble se subastara y adjudicara posteriormente al hoy actor. La DIAN no dio cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 839 y 839-1 del Decreto 624 de 30 de marzo de 1989 o Estatuto Tributario, ya que no figuran en el plenario las comunicaciones que debió librar con destino al Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá. Tampoco la ORIP emitió las comunicaciones que debieron ser dirigidas a la DIAN y al Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, de lo que se puede deducir que existió, al igual que en el caso de la DIAN, una falla del servicio por omisión.

La Sala no aceptó el argumento con el que la accionada Superintendencia de Notariado y Registro pretendió evadir su responsabilidad, al considerar que el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá y el hoy demandante incurrieron en una omisión, “al no revisar el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble, en el que figuraba el embargo de la DIAN desde el 5 de marzo de 1999, esto es cinco meses antes del remate efectuado por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá”, toda vez que, tal como lo consideró el a quo, solo con la modificación introducida al artículo 525 del C.P.C por la Ley 794 de 2003 se estableció la obligación de acompañar el certificado de libertad y tradición del inmueble actualizado, expedido con cinco días de antelación a la fecha prevista para la diligencia de remate, norma que, desde luego no le resulta aplicable al caso, lo que permite concluir que no se trataba de un deber que estuviera contenido dentro del marco obligacional de la Rama Judicial.

Sin que está sola circunstancia pueda relevar a las demandadas de la responsabilidad por omisión en que incurrieron, pues, se insiste, en que, de haberse efectuado las comunicaciones como lo establecen las normas transcritas, se habría evitado el remate, la posterior adjudicación del bien al hoy actor y, de contera, el daño antijurídico a él producido, pues finalmente fue despojado del bien que de buena fe había adquirido. (Ley 794 de 2003, 2003)

Por todo lo anterior, la Sala confirmó parcialmente la providencia recurrida, en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda bajo la óptica expuesta, y procedió a la indemnización parcial de perjuicios reconocida por el a

quo de conformidad con el petitum de la demanda y de lo probado en el proceso.

De manera resumida, la Sala procedió al siguiente fallo condenatorio en contra de los accionados, DIAN y Superintendencia de Notariado y Registro, modificando la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión el 7 de diciembre de 2004, la cual comprendió:

La declaración de responsabilidad solidaria y administrativa entre los accionados, la Superintendencia de Notariado y Registro y la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales “DIAN”, por lo perjuicios ocasionados al señor DAIRO ROJAS SIERRA, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

Y la condena a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales “DIAN”, para pagar por concepto de perjuicios materiales, la suma de ochenta y un millones doscientos treinta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y un pesos con treinta y siete centavos m/cte. (\$81'239.451,37). Cualquiera de las entidades condenadas deberá pagar el monto total de la condena, a elección del demandante y, posteriormente, podrá repetir contra la otra para que le reembolse la suma que en derecho corresponde. (sentencia N° 30270 del 26 de febrero 2015 Consejo de Estado, 2015)

La segunda sentencia analizada es la N° 19858 emitida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radicación N° 25000232600019981659 01 de fecha trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014), con ponencia del Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth, donde se incoa una acción de reparación directa por error en el registro de una orden judicial de embargo y exclusión del propietario del folio de matrícula inmobiliaria por la ORIP de Bogotá, a cargo de la Fundación Universitaria del Área Andina y en contra de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Consideró la Sala que la autoridad demandada incurrió en una falla en la prestación del servicio registral. La falla en el ejercicio de la función registral se concretó porque luego de que se inscribiera en el registro de instrumentos públicos la compraventa a favor de la entidad hoy demandante, la misma

fue cancelada para darle paso a un embargo en contra de quien fuera el vendedor, esto es, que se registró en el respectivo folio como propietaria a la Fundación Universitaria del Área Andina, cuando debía registrarse la medida de embargo decretada por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá. La administración en ejercicio de la función registral falló al no mantener registrada la medida cautelar de embargo que pesaba sobre dicho inmueble y que fue requerida por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, esto es, antes de que se hubiera solicitado por parte de la entidad demandante el registro de la escritura pública de compraventa. Esta falta de diligencia, permitió que el proceso de registro de la mencionada escritura pública concluyera satisfactoriamente -pues no constaba vigente ninguna medida de embargo- y se efectuara así la tradición del derecho de dominio en la Fundación Universitaria del Área Andina.

Advirtió la Sala que para la fecha en que se suscribió y elevó a escritura pública el contrato de compraventa por parte de la entidad demandante, sobre el inmueble objeto del contrato pesaba una medida cautelar de embargo hipotecario proveniente del Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá. Así, al momento de suscribir el contrato de compraventa sobre el bien inmueble, existía registro de embargo que daba cuenta de la limitación del derecho de dominio que tenía el propietario del mismo y suscriptor, como vendedor, del referido contrato de compraventa.

De este modo, para el momento de suscribir el contrato el comprador debía conocer el embargo del bien, hecho que a pesar de no impedir la suscripción del contrato en sí, si impedía su tradición, esto es, el registro de la venta, conforme con el artículo 1521 del Código Civil, por lo que, es posible concluir el acaecimiento de una falla en el registro, por cuanto ese hecho de la cancelación hizo generar en el comprador la certeza de que éste ya no estaba vigente e inducirlo a suscribir el contrato de compraventa, y a sanear el bien luego de que se inscribiera nuevamente dicho embargo, para así poder quedar registrado como propietario.

No obstante lo anterior, advirtió la Sala que el hecho causante del daño no fue la existencia del embargo hipotecario mencionado, sino la circunstancia de tener que registrar el embargo a nombre del vendedor inicial con posterioridad al registro de la compraventa. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Por lo anteriormente expuesto, la Sala revocó la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2000 por el Tribunal Administrativo de Descongestión de

Bogotá y en su lugar declaró a la Superintendencia de Notariado y Registro responsable patrimonial y extracontractualmente de los daños ocasionados a la Fundación Universitaria del Área Andina. (Sentencia N° 19858 emitida el 13 de noviembre de 2014 Consejo de Estado, 2014)

IV. CONCLUSIONES

Una vez realizado este estudio, se puede concluir que las fallas en la prestación del servicio registral en Colombia por parte de las ORIP, vía concepto jurisprudencial del Consejo de Estado, es indemnizable, si no se demuestra que hubo diligencia, prevención y cuidado en la celebración del negocio jurídico; en caso contrario, no existirá obligación indemnizatoria por parte de la Administración. Este tipo de responsabilidad que le pudiese caber al Estado es considerada de tipo extracontractual y el mecanismo de control idóneo para adelantar este tipo de acciones, es la reparación directa.

Ahora bien, la Superintendencia de Notariado y Registro que tiene como fin principal inspeccionar, vigilar y controlar la labor registral y notarial en Colombia, tienen la representación del Estado en cuanto a la responsabilidad patrimonial; pero una vez condenada por las omisiones, errores, fallas, extralimitaciones o actuaciones equivocadas por parte de los actores registrales o notariales, podrá repetir contra los mismos, en igualdad términos y cuantías, y en proporcionalidad si fuere el caso.

No todos las fallas en la prestación del servicio en que se demande a la Administración terminan otorgándole responsabilidad, tanto así que en el universo de sentencias del Consejo de Estado, también se ha otorgado negación a la pretensión de responsabilidad estatal; pero si deja la duda el estudio, que en la última década este tipo de acciones legales se han ido incrementando, específicamente en lo que a nuestro caso de estudio refiere, y muy seguramente son de conocimiento jurisprudencial aquellas que por su importancia patrimonial llegan a la alta Corte, pero cuántos errores o fallas del servicio registral se podrán presentar a menor escala, en lugares donde la capacidad dineraria o de conocimiento por parte de los usuarios es baja, y las ORIP terminan imponiendo sus condiciones de más fuerte y ocultando entre líneas sus errores, fallas o extralimitaciones

en su función registral, sin que estas situaciones de pequeño calado, pero de igual manera, con responsabilidad y daño patrimonial por parte de la Administración, no llegaran a los estrados judiciales y se quedan solo en el trámite gubernativo, en el mejor de los casos.

V. BIBLIOGRAFÍA

Gobierno Nacional (1984). Decreto 1 (enero 2) - Derogado, “por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.” Diario Oficial No. 36.439 del 10 de enero de 1984. Bogotá D.C.

Congreso de la República. (2011). Ley 1437 (enero 18), “por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.” Diario Oficial No. 47956. Bogotá D.C.

Congreso de la República. (2012). Ley 1579 (octubre 1°), “por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No. 48.570 del 1° de octubre de 2012. Bogotá D.C.

Gobierno Nacional (2014). Decreto 2723 (diciembre 29), “por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro.” Diario Oficial No. 49.379 del 29 de diciembre de 2014. Bogotá D.C.

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1993). Sentencia del 13 de julio de 1993, expediente N° 8.163, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1998). Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente N° 11.837.

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2000). Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente N° 14.787.

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2006). Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente N° 14.880.

- Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2011). Sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente N° 17.738, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2011). Sentencia del 3 de noviembre de 2011, expediente N° 200500641.
- Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2014). Sentencia con radicado N° 25000-23-26-000-2001-00467-01 del 11 de junio de 2014, expediente N° 28.135. C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. (2014). Sentencia N° 25000-23-26-000-1998-1659-01 del 13 de noviembre de 2014, expediente N° 19.858. C.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2015). Sentencia con radicado N° 25000-23-26-000-2001-01333-01 del 26 de febrero de 2015, expediente N° 30.270. C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-185, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-356. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 31 de agosto de 2018.
- Tenera Barrios, Francisco. (2013). Bienes. Segunda Edición, Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. pág. 404.

Responsabilidad disciplinaria del Notario por los dineros que recauda y administra en el ejercicio de su función

TEHERÁN-MAQUILÓN, Aura Agustina
RODRIGUEZ-CASAS, Daniel Isaac
OSORIO-BURGOS, Elsa Elena¹

SUMARIO.

I. Introducción. II. El alcance y la orientación de la responsabilidad disciplinaria de los notarios en el estado social de derecho. III. Los particulares como destinatarios de la ley disciplinaria y la evolución jurisprudencial en la materia. IV. Es sujeto disciplinable el notario por los recaudos que recibe y debe destinar de manera específica por la prestación del servicio? ¿Cuál es el ente responsable de la acción disciplinaria? V. El notario como agente retenedor. VI. Una mirada al derecho comparado. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía. Webgrafía

I. INTRODUCCIÓN

La actividad notarial en Colombia, se rige atendiendo los criterios del sistema que se conoce como notariado latino, denominación que se atribuye, según O. Usuga Varela, a la difusión que ha tenido en países de esa ascendencia, pero que se caracteriza por la naturaleza de sus funciones, que son más de estirpe asesora, de autenticación y de estructuración del

1 AURA AGUSTINA TEHERÁN MAQUILÓN. Abogada y Enfermera (Universidad Santiago de Cali/ Universidad de Cartagena), experiencia en salud comunitaria y auditoría de los servicios de salud; actualmente abogada asesora jurídica en notarías.

DANIEL ISAAC RODRÍGUEZ CASAS. Abogado Titulado de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Procesal y en Derecho inmobiliario, Notarial y Urbanístico de la Universidad Libre de Colombia.

ELSA ELENA OSORIO BURGOS Abogado de la Universidad de Medellín, candidata a Magíster en Justicia y tutela de los derechos con énfasis en derecho procesal de la Universidad Externado de Colombia, actualmente contratista en el Senado de la República.

documento puesto a consideración por los interesados. Amparado bajo ese sistema el fedatario², desempeña una labor preponderadamente de imparcialidad y asesoría a las partes intervinientes del negocio jurídico que han decidido celebrar.

Con el transcurrir del tiempo la figura del notario ha ido penetrando cada día más, en el tráfico jurídico, no solo de los bienes inmuebles, si no en apartes que antes estaban única y exclusivamente reservados a los jueces, hoy los notarios celebran matrimonios, autorizan el cese de efectos civiles de esas uniones, ante ellos se llevan a cabo sucesiones por mutuo acuerdo y últimamente se les han asignado otros trámites, tales como los dispuestos en el artículo 617 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), ejemplo de ello, baste mencionar la autorización para enajenar bienes de los menores de edad, de mayores incapaces, de la declaración de ausencia, inventarios solemne de bienes de menores y otros más de sin igual importancia.

La participación del notario en tantos aspectos, que antes eran de carácter eminentemente litigioso, como los nombrados previamente, y que hoy son trámites de su competencia, ha demostrado el respeto y confianza pública que genera en la sociedad tan importante figura, sin embargo, para algunos aún no existe claridad del vínculo existente entre el notario y el Estado colombiano, relación que ha atravesado diferentes etapas es así como en un inicio bajo la luz de la denominada tesis funcionarista, de la cual el ilustre y ya desaparecido Manuel Gaona Cruz, expresaba en su obra: “... el notario no es un servicio público, sino una función pública, por lo tanto indelegable ...” y que fue expuesta en una pretérita sentencia del 14 de mayo de 1990³, en la cual el Consejo de Estado consideró al fedatario como un funcionario público, bajo el argumento que sus funciones eran típicamente de carácter estatal u oficial y su vinculación, al igual que sus funciones, eran correspondientes o se identificaban con las características propias de los funcionarios públicos.

2 Llamado así por su función más importante, dar fe.

3 Consejo de Estado, en su sección segunda, M.P. Alvaro Lecompte Luna, acumulación de los expedientes 281 y 2996, 1990

En tiempos más modernos y en los actuales, los máximos órganos jurisdiccionales y otras entidades, como la propia Superintendencia De Notariado y Registro⁴, no tienen duda alguna sobre la naturaleza jurídica del notario en Colombia, desde hace mucho se abrió paso la tesis mediante la cual, se reconoce al notario como un particular que presta un servicio público, argumento que alcanzó mayor relevancia, cuando la Corte Constitucional, en varios fallos, iniciando con la Sentencia C-286 de 1996 y la Sentencia C-181 de 1997, esbozó las bases interpretativas para considerar que el notario, era el vivo ejemplo y claro representante de la descentralización por colaboración, que se había elevado a rango constitucional con la expedición de la carta de navegación de 1991.

Esa descentralización por colaboración⁵, ha permitido que el notario como particular que presta un servicio público y desempeña una función pública, mantenga un nexo indisoluble con el Estado colombiano, que así como lo ha convertido en instrumento para descongestionar la rama judicial, también lo erige como parte de su organigrama para que en ejercicio de ese servicio público, logre recaudar recursos que ingresen al presupuesto nacional. Sobre este particular la Corte Constitucional expresó:

En relación con la actividad notarial como una expresión de la descentralización por colaboración, ha dicho la Corte que esta se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares para el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado. Mediante esta forma de descentralización “el Estado soluciona la atención de una necesidad pública, por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido. Por eso, bien se ha dicho, que “la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas. (Sentencia C-863 de 2012 Corte Constitucional M.P Luis E. Vargas S, 2012)

4 Decreto legislativo 3346 de 28 diciembre de 1959

5 Ley 489 de 1998, del 29 de Diciembre 29 de 1998. Diario oficial 43.464 del 30 de Diciembre de 1998

No se puede obviar que el Estado colombiano, desde sus inicios se consideró un Estado alcabala, es decir, “un Estado que subsistía gracias única y exclusivamente con lo recaudado por concepto de los impuestos y tributos de diferente naturaleza” (Ortiz Cuenca, 2018). Con los cuales gravaba las diversas actividades de su población, so pretexto que esos dineros iban a fortalecer la organización jurídica, cuando se invirtieran prioritariamente en el establecimiento militar.

Afortunadamente ese criterio (enriquecer el Estado) se desbordó y lo que prevalece en el mundo actual, es que el Estado debe recaudar fondos para la consecución de los fines, los objetivos, metas y los valores que la Constitución Nacional procura atender bajo la égida del Estado social de Derecho⁶, en aras de lograr un estatus generalizado de bienestar, donde los asociados logren su satisfacción, donde el elemento humano mejore su expectativa de vida, a través de mejores condiciones económicas, por la adecuada inversión de los dineros públicos.

Para alcanzar ese Estado de bienestar, del cual se habla en la Constitución Política Nacional y que era una conceptualización política de reconocimiento mundial:

El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social.

Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad. (Sentencia T-406/92 M. P. Ciro Angarita B, 1992)

Dentro de esa misma concepción del estado bienestar, se ha logrado una mayor visualización de las necesidades de la población, y se encamina

6 Art. 1 Constitución Política

el Estado a la consecución de metas y fines reales de sus gobernados. Obsérvese como en la misma providencia antes citada, Sentencia No. T-406/92 se expresa:

Debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. (Sentencia T-406/92 M. P. Ciro Angarita B, 1992)

Atendiendo la búsqueda de ese estado bienestar, El Estado se reserva la dirección de la economía y debe velar por conseguir los recursos que sean necesarios para cristalizar las metas propuestas; hasta ahora el camino más expedito para captar de manera masiva los dineros que se destinarán a los planes de desarrollo e inversión social, continúa siendo la imposición de impuestos, tasas, tributos y demás gravámenes, siendo necesario contar con instituciones como la Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales (D.I.A.N), cuyo objetivo primordial es recaudar los dineros provenientes de diferentes conceptos tributarios.

Lo dicho hasta ahora supone que la D.I.A.N, es por mandato de ley, el órgano competente para lograr el efectivo ingreso de esos dineros al presupuesto nacional, pero, con el propósito de facilitar tan ardua y a la vez necesaria tarea, la ley ha optado por facultar a particulares⁷ para que contribuyan en el efectivo recaudo de esos recursos, ha recurrido entonces a la prestante figura del notario, quien en una clara muestra de lo que es la descentralización por colaboración, ha aceptado la delegación de apartes de esa competencia de recibir los dineros para la administración nacional.

Así pues, el notario al ejercer el servicio público que el Estado le ha facultado desarrollar y como delegado por ley para recaudar dineros que ingresaran al patrimonio nacional, debe someterse a ciertos controles en su conducta, principalmente de aquellos entes que velan por un intachable comportamiento moral.

⁷ Decreto 624 de 1989, Estatuto Tributario; Decreto 2509 de 1985, Ley 9 de 1983, Ley 6 de 1982, Decreto 1960 de 1992.

En Colombia el órgano de control encargado de vigilar la conducta de los que ejercen una función pública, es la Procuraduría General De La Nación⁸, y como quiera que el servicio prestado por el notario tiene la doble connotación de servicio público y de función pública, será entonces este organismo quien vigile el proceder del particular que desempeña el cargo de notario.

Enterados así de algunos aspectos que resaltan la actividad notarial, sobre todo de aquellos que permite identificar las razones en virtud de las cuales el notario es considerado como un particular que presta un servicio público, se analiza el real alcance de la responsabilidad disciplinaria de los notarios como recaudadores de dineros que irán al fisco nacional.

II. EL ALCANCE Y LA ORIENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS NOTARIOS EN EL MARCO JURÍDICO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO.

En este capítulo se aborda la responsabilidad disciplinaria del notario en Colombia, a la luz de la constitución y su desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal.

En términos generales, la responsabilidad es la capacidad de toda persona de conocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo, inteligente y libre, así como la relación de causalidad que une al autor con el acto que realice. La responsabilidad se exige solo a partir de la libertad y de la conciencia de una obligación. (Contraloría Del Magdalena, 2020)

En materia disciplinaria, la responsabilidad es la relación causal existente entre el actuar del servidor público y el incumplimiento de los deberes constitucionales, legales y reglamentarios, en el ejercicio de sus funciones, ya sea por acción, omisión o extralimitación, de conformidad con el artículo sexto de la constitución.

La Constitución de 1991 estableció en este sentido (artículo 90), la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, por la acción u omisión de las autoridades, lo

8 Art 277 N°6 ; ley 734 de 2002 hoy ley 1952 de 2019

que ha significado un importante avance para garantizar a los ciudadanos el resarcimiento de los perjuicios que les hayan sido causados con ocasión del ejercicio de funciones públicas. (Sentencia C-037/03, 2003)

El ordenamiento jurídico peruano contempla de forma similar la responsabilidad disciplinaria en su constitución:

El sustento constitucional de la responsabilidad administrativa disciplinaria nos lleva a concluir que dicha institución busca ser la garantía para el control de la arbitrariedad de los trabajadores estatales, y se persigue en virtud del poder disciplinario de la administración pública y se materializa por medio del procedimiento administrativo correspondiente. (Díaz Roncal, 2016)

Para el caso argentino, la sala V de la cámara nacional contencioso administrativo federal frente a la responsabilidad disciplinaria, entendió que:

Las sanciones disciplinarias nacen del poder de supremacía especial que posee la administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial (...) (voto del juez Grecco)". (Marcos Norma, 1988)

Según la Corte Constitucional de Colombia:

La potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica. La potestad sancionadora de la administración es una de sus manifestaciones y comprende diversas disciplinas o especies como el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho correccional, el derecho de juzgamiento político -impeachment- y el derecho disciplinario.

El Derecho disciplinario se ha definido en las Sentencias de la Corte Constitucional C-341 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-124 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería, como el conjunto de normas, sustanciales y procesales.

En virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo.

De esta manera, comprende: (i) el poder disciplinario, es decir, la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes y (ii) el derecho disciplinario, en sentido positivo, comprende el conjunto de normas a través de las cuales se ejerce el poder disciplinario, mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan.

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta corporación ha reconocido que este sistema normativo regula:

(i) Las conductas -hechos positivos o negativos- que pueden configurar falta juzgable disciplinariamente. Es así, como la violación de los deberes, de las prohibiciones o de las inhabilidades o incompatibilidades, a que están sujetos los funcionarios y empleados públicos, es considerado por el respectivo estatuto disciplinario como falta disciplinaria.

(ii) Las sanciones en que pueden incurrir los sujetos disciplinados, según la naturaleza de la falta, las circunstancias bajo las cuales ocurrió su comisión y los antecedentes relativos al comportamiento laboral.

(iii) El proceso disciplinario, esto es, el conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria.”

El derecho disciplinario como parte del derecho punitivo del Estado, se caracteriza por su cercanía al derecho penal, en cuanto debe someterse a los mismos principios que informan este último. Sin embargo, reviste características propias y específicas que ameritan un tratamiento diferencial, entre otras razones, al carácter flexible y menos riguroso que tiene la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo.

Dicha especificidad en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario ha sido objeto de consideración por esta Corporación en numerosas ocasiones, en las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, por lo demás, revisten especial importancia para el examen de los cargos planteados por los accionantes, ellos son “(i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario;

(ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal. (Sentencia C-721 de 2015 Corte Constitucional, 2015)

En Colombia el marco jurídico del control disciplinario, actualmente, está reglado por la Ley 734 de 2002, derogada, a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019. El sistema de responsabilidad disciplinaria recae sobre los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas o labores de interventoría en los contratos estatales.

La Ley 1952 de 2019, en el artículo 25, hace referencia quienes son sujetos disciplinables y consagra lo siguiente:

Son destinatarios de la ley disciplinarios los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en esta ley.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.

Los indígenas que ejerzan funciones públicas o administren recursos del Estado, serán disciplinados conforme a este código. (Ley 734 de 2002 Artículo 53)

En el libro III de dicha ley, se desarrolló el principio integrador de aplicar a los notarios el régimen especial organizado para los particulares, preservando para la Superintendencia de Notariado y Registro la facultad de aplicar el régimen específico creado para los notarios, de donde se desprende sin lugar a dudas, que el notario es responsable disciplinariamente, ante la Superintendencia de Notariado y Registro, a quien le corresponde la inspección y vigilancia del servicio público notarial, sin perjuicio del poder preferente conferido por la Constitución a la Procuraduría General de la Nación, explicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de la siguiente manera:

El poder preferente de la Procuraduría General de la Nación lo faculta para adelantar actuaciones disciplinarias contra cualquier servidor público sin consideración a su jerarquía, cuando lo considere conveniente o necesario. Ello para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que deben observarse en el ejercicio de la función pública. (Ley 734 de 2002)

Lo anterior acorde a lo señalado por el consejo de Estado:

Según el diseño Constitucional y legal la potestad disciplinaria corresponde al Estado y la acción se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se le reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades -como la Policía Nacional en esta materia, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad administrativa resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la Ley. (Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012 CONSEJO DE ESTADO, 2012)

III. LOS PARTICULARES COMO DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA Y LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA MATERIA:

En este punto es necesario hacer un breve repaso de cómo la jurisprudencia constitucional ha evolucionado en cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los particulares, de conformidad con la sentencia C-037/03, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, distinguiéndose tres etapas:

Primera Etapa. La adopción de un criterio subjetivo. La exigencia de subordinación al Estado.

En relación concretamente con la responsabilidad disciplinaria que pueda recaer sobre los particulares, la jurisprudencia de esta Corporación señaló

en un primer momento que el criterio determinante para establecer si un particular podía ser sujeto o no de responsabilidad disciplinaria estaba dado por el tipo de relación con el Estado. Si de dicha relación no se derivaba una especial subordinación del particular frente al Estado, no cabía la aplicación del régimen disciplinario.

Así se señaló en la Sentencia C-280/96 en la que se declaró la inexecutable de algunas expresiones contenidas en los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995 y en la que se precisó que por no existir entre el contratista de prestación de servicios y la administración una relación de subordinación, sino la prestación de un servicio de manera autónoma, dichos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria.

Dijo la Corte:

6-. La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, “la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.). En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona.

Por ello esta Corporación ya había señalado que el régimen disciplinario cubre a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución. Los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Este ámbito de aplicación de la ley disciplinaria se explica porque la posición del servidor público en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquél con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado.

7-. En ese orden de ideas, los trabajadores del Estado vinculados mediante un contrato laboral de trabajo están bajo la subordinación del Estado. Es así como no tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto

disciplinable, la forma de vinculación del servidor público a la organización estatal. Dado lo anterior, los trabajadores oficiales son destinatarios de un régimen disciplinario impuesto por el Estado de forma unilateral, por lo cual la Corte considera que es admisible constitucionalmente el texto legal acusado “empleados y trabajadores” del artículo 20 del CDU. Esta aplicación de la ley disciplinaria a los trabajadores oficiales no es en manera alguna caprichosa, sino que deriva de las funciones de interés general que cumplen estas personas (CP art. 209), por lo cual, como bien lo señala la Vista Fiscal, es razonable que el régimen disciplinario no sea materia de acuerdo entre las partes, porque en este campo están en juego valores sociales y estatales que desbordan los intereses de los partícipes en la relación laboral de derecho público

8- La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa. (sentencia C-037/03, 2003)

Segunda Etapa. La adopción de un criterio material. La función y el interés público a ella inherente.

Posteriormente la Corte señaló que el criterio subjetivo señalado en la Sentencia C-280/96 para establecer los destinatarios de la ley disciplinaria, que resultaba plenamente aplicable para el caso de los servidores públicos, debía sustituirse en el caso de los particulares por un criterio material

que no atendiera a la calidad o condición de quien actúa sino a la función pública que le haya sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

Al respecto señaló en la Sentencia C-286/96 lo siguiente:

Ahora bien, siendo indudable que todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no.

A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado -en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregonan el artículo 6º de la Carta Política.

Sin embargo, de nuestro sistema jurídico ha desaparecido hace mucho tiempo la separación absoluta y extrema entre las órbitas pública y privada en lo relacionado con las actividades que tienen por objeto la realización de los fines perseguidos por la sociedad y la satisfacción efectiva de sus necesidades.

La distinción subsiste, como corresponde al Estado de Derecho, pero la complejidad de las relaciones que deben establecerse en el seno de la colectividad y el necesario acomodamiento de las instituciones a las exigencias reales impuestas por la convivencia, han dejado atrás los moldes formalistas y los criterios herméticos, para dar paso a la concepción material de la cosa pública, a la creciente participación de todos en las decisiones que los afectan y al cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, con miras al servicio efectivo de la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º C.P.).

De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada.

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1° del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica.

En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

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. (C-286/96, 1996)

En dicha sentencia C-286/96 la Corte consideró necesario hacer en todo caso las siguientes precisiones:

Estimase necesario precisar que el ejercicio de funciones públicas por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas

son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación. (C-286/96, 1996)

Se reitera, por ello lo afirmado en la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas.

Con arreglo al principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa.

Lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga.

Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos.

La constitucionalidad de las correspondientes disposiciones habrá de verificarse en su momento, por lo cual no resulta ni se desprende de la que ahora se declara. (C-280 del 25 de junio de 1996, 1996)

Retomando y precisando el criterio material a que se ha hecho referencia la Corte destacó en la Sentencia C-563 de 1998 que:

Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución.

La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.

Posteriormente y luego de efectuar un recuento de la jurisprudencia en la materia la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones que señalan la aplicación de la ley disciplinaria para los particulares que administran recursos parafiscales, acudiendo para el efecto al criterio material aludido, en tanto consideró que ellos cumplen una función pública. (Sentencia C-563 de 1998, 1988)

Al respecto dijo la Corte en la Sentencia C-181/02:

En resumen, las consideraciones anteriores pueden plantearse de la siguiente forma: aunque, en principio, los particulares no se encuentran sometidos al régimen disciplinario de la Ley 200 de 1995, pues este ha sido previsto para la sanción de las conductas desplegadas por los servidores públicos, aquellos sí lo están cuando han sido encargados de la prestación de una función pública.

Ello no quiere significar, según la última apreciación, que el régimen aplicable a los particulares sea, in totto, el mismo de los servidores públicos.

La ley, en cada caso, determinará cuáles son los aspectos sancionatorios previstos para unos y otros, tal como se deduce del texto del inciso tercero del artículo 123 Constitucional.

Conforme con las consideraciones precedentes y con el hecho de que la demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva de las personas privadas que administran esos recursos (parafiscales), es posible sostener que el sometimiento a la ley disciplinaria de los particulares que manejan tales recursos se encuentra acorde con los principios ya esbozados de la Carta.

Ello, por cuanto que la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional procedió al análisis de las normas de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero - Ley 101 de 1993- y estableció que los recursos parafiscales destinados a dicho sector podían ser administrados por entidades particulares con ánimo de lucro (sociedades fiduciarias) mediante contratos suscritos con el Gobierno para tales efectos.

Respecto de los mecanismos que utiliza el Estado para conferir la administración de los recursos parafiscales esta Corporación hizo los siguientes comentarios:

Esa administración de recursos parafiscales se realiza con fundamento en un contrato especial que celebra el Gobierno con la entidad o sociedad fiduciaria que escoja, el cual necesariamente tiene un componente oneroso. Ahora, dada la naturaleza excepcional de las contribuciones parafiscales, cuando el Congreso de la República, como en este caso, crea una renta de carácter parafiscal debe señalar su régimen, lo que implica que regule la administración, el recaudo e inversión de sus ingresos, por lo que es perfectamente válido, como ya lo ha dicho la Corte que el legislador al expedir la ley que las establece determine con todo detalle las condiciones, modalidades y peculiaridades de esa administración de recursos públicos por parte de los particulares y, en ese orden de ideas, la regla general por parte del órgano legislativo al establecer contribuciones de carácter parafiscal ha

sido la de determinar la persona privada encargada de la administración de sus recursos. Como lo ha dicho la Corte, en esta clase de contratos siempre interviene el órgano legislativo en su proceso de celebración, mediante la expedición de leyes que en forma previa autorizan al ejecutivo para acordar y perfeccionar dichos contratos. (Sentencia C-651 de 2001, 2001)

Así también, en ejercicio de ciertas actividades que implican función pública, las Cámaras de Comercio administran y manejan fondos que pertenecen a la Nación y de cuyo manejo deben rendir cuentas ante las autoridades de control fiscal establecidas por la Constitución, tal como lo analizó ampliamente la Corte en la Sentencia C-167 de 1995.

De allí que la simple consagración legal de que estas actividades, por la naturaleza que las caracteriza y la responsabilidad que las acompaña, están sometidas a un régimen especial de control, no constituya quebranto de los principios constitucionales que buscan preservar tanto la permanencia del principio de legalidad como la primacía del interés general.

Desde el punto de vista constitucional es factible que la ley someta a responsabilidad disciplinaria, por el manejo de recursos del Estado, a los particulares encargados de dicha función, pues la administración de los recursos públicos es, por sí misma, función pública.

El reconocimiento de esta sumisión, efectuado por la disposición atacada, antes que contravenir los principios constitucionales, los asegura y promueve. Por esa razón, la expresión acusada será declarada exequible. (Sentencia C-181/02, 2002)

Tercera Etapa. El estado actual de la cuestión:

De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas.

A ello cabría agregar que una lectura sistemática de la Constitución (arts. 118, 123, 124, 256-3 y 277-5 y 6), lleva precisamente a la conclusión de que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas.

Así, el artículo 118 superior señala que al Ministerio Público corresponde la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de

quienes desempeñan funciones públicas, en tanto que el artículo 277 numeral 5 asigna al Procurador General de la Nación la función de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas al tiempo que el numeral 6 del mismo artículo 277 le encarga la tarea de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.

En lo que se refiere a los funcionarios judiciales el artículo 256 numeral 3 señala que Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo con la ley examinar la conducta y sancionar las faltas de dichos funcionarios.

Es decir que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1y2, 124 C.P.) o excepcionalmente por particulares (art. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2). (Sentencia C-037 de 2003 Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, 2003)

Aunado a lo anterior, la corte constitucional mediante sentencias como la C-1508 de 2000, ha definido el Notariado como un servicio público de carácter testimonial, que aparea el ejercicio de una función pública, a cargo normalmente de los particulares, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y a los cuales les otorga, la condición de autoridades, así las cosas, el notario es sujeto disciplinable, investigable y sancionado por la Superintendencia de Notariado y Registro y por la Procuraduría General de la Nación, pues es un particular que presta un servicio público y la competente para conocer de la demanda para la reparación del daño proveniente de una falla en el servicio público, es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, acorde con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia mediante providencia de fecha 30 de julio de 2003 (Referencia: Expediente No. C-7103):

Así se colige de la normatividad expedida sobre el particular: el artículo 1º del acto legislativo No. 1 de 1931, amén de diferir a la ley la “creación y supresión de Círculos de Notaría”, calificó el servicio que “prestan los Notarios” como “público” (artículo 188 de la Constitución Nacional de 1886). El artículo 1º del decreto legislativo 1778 de 1954, promulgado

en estado de sitio, señaló que los servicios de notariado y registro eran de “cargo de la Nación”. Los artículos 1º de los decretos 960 y 2163 de 1970, expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias (ley 8ª de 1969), definen que “El Notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial”, y que “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”. La ley 29 de 1973, artículo 1º, consagra que “El Notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial”, lo cual reiteró el artículo 1º del decreto 2148 de 1983. Finalmente, el artículo 131 de la Constitución Política de 1991 califica como público el servicio prestado por los notario”.

En ese contexto, independientemente de la naturaleza jurídica del cargo de notario, la función que éstos cumplen es por esencia pública, pues son los depositarios de la fe pública, que es un servicio público a cargo de la Nación, dispensado por medio de agentes suyos, así sean particulares.

De ahí que de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, cuando dichos agentes, en ejercicio de sus funciones, causan daños antijurídicos, por acción o por omisión, la administración debe responder patrimonialmente, sin perjuicio de la acción de repetición.

Desde luego que si el servicio público de notariado, calificado así por el artículo 131 de la Constitución Política, se presta por particulares, como una modalidad de descentralización por colaboración, esa actividad no tiene otra finalidad que hacer realidad los principios de eficiencia, celeridad y economía (artículo 209 de la Constitución Política), en los cuales se inspira precisamente la actividad de la administración. Por supuesto que el cumplimiento de funciones públicas de esa manera concebida no implica despojar al Estado de los necesarios mecanismos de control, como tampoco exonerarlo de la respectiva responsabilidad, porque la responsabilidad no atiende al estado o condición de quien actúa, sino a la función pública que ha sido encomendada y al interés, también público, que a la misma es inherente. Lo mismo entonces debe decirse, para ser coherentes, de la responsabilidad que les pueda corresponder a los particulares que por disposición de la ley cumplen funciones públicas del Estado. La responsabilidad, entonces, de dichas personas no puede ser mirada igual a la de los demás particulares, circunscrita únicamente a su condición privada, porque como ya se explicó, no es la condición de la persona que actúa la que se tiene en cuenta para establecerla, sino la función pública que realiza y el interés público que es inherente a la misma. De ahí

que si quienes prestan el servicio público son, en esos precisos eventos, agentes del Estado, por lo que lo comprometen patrimonialmente, es obvio que la responsabilidad de esas personas se examine bajo la óptica de la responsabilidad de la administración.

En lo que respecta a los notarios, que es lo que interesa al caso, lo expuesto pone de presente la razón por la cual el artículo 120 del decreto 2148 de 1983, declara que en “los casos en que la nación sea condenada por falla en la prestación del servicio notarial, podrá ejercer la acción de repetición correspondiente”, lo cual se explica porque el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, autorizaba demandar en forma directa, indistintamente, “a la entidad, al funcionario o a ambos.

Aunque los hechos que originaron el proceso ocurrieron en 1988, cabe resaltar que antes y después de la Constitución Política de 1991, la responsabilidad del notario, derivada de la prestación del servicio público de notariado, debe deducirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de la forma como se proponga la pretensión, porque al ejercer una típica función pública, sus actuaciones y decisiones se subsumen en lo que es objeto de control de dicha jurisdicción, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del decreto 2304 de 1989, que subrogó el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, como así inclusive lo tiene decantado el Consejo de Estado. (Auto de 26 de octubre de 1990 y sentencia de 1º de agosto de 2002)

En último lugar, la corporación manifiesta que

Cuando se demanda a un notario por los daños y perjuicios que por dolo o culpa haya causado en el cumplimiento de sus funciones, directamente, como se autorizaba para la época de los hechos, o mediante la pretensión de regreso, la jurisdicción contencioso-administrativa es la llamada a resolver el conflicto (Sentencia de fecha 30 de julio de 2003)

En Perú, los notarios igualmente, pueden incurrir en responsabilidad administrativa, sin embargo, está a cargo del Colegio de notarios y del Consejo del notariado, es decir, estos órganos colegiados son los que imponen las sanciones y no por autoridades judiciales Estatales como el caso de Colombia

En el ordenamiento jurídico mexicano, la materia notarial es de orden local, de modo que cada estado de la República tiene su propia ley del notariado,

la que regula la actividad de los notarios en esa entidad federativa, así como los requisitos para ser notario, responsabilidades, derechos, obligaciones y sanciones. (Camara De Comercio, 2020)

Teniendo claro los anteriores conceptos, se intenta dilucidar los interrogantes que surgen: ¿es el notario responsable fiscal o disciplinariamente por la destinación que da a los dineros recaudados en el ejercicio de su función?; ¿es sujeto disciplinable el notario por los recaudos que recibe y debe destinar de manera específica por la prestación del servicio? ¿Cuál es el ente responsable de la acción disciplinaria?

Para hacer una introducción en esta temática y dar respuesta a los interrogantes, es menester recordar nociones determinantes tales como quién es el notario, los servicios que presta mediante la función notarial, el ejercicio de la misma y en general las responsabilidades que dicha actividad le impone.

Tal como lo consagra la ley 588 de 2000, la cual reglamenta el ejercicio de la actividad notarial, en el “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 notarial”.

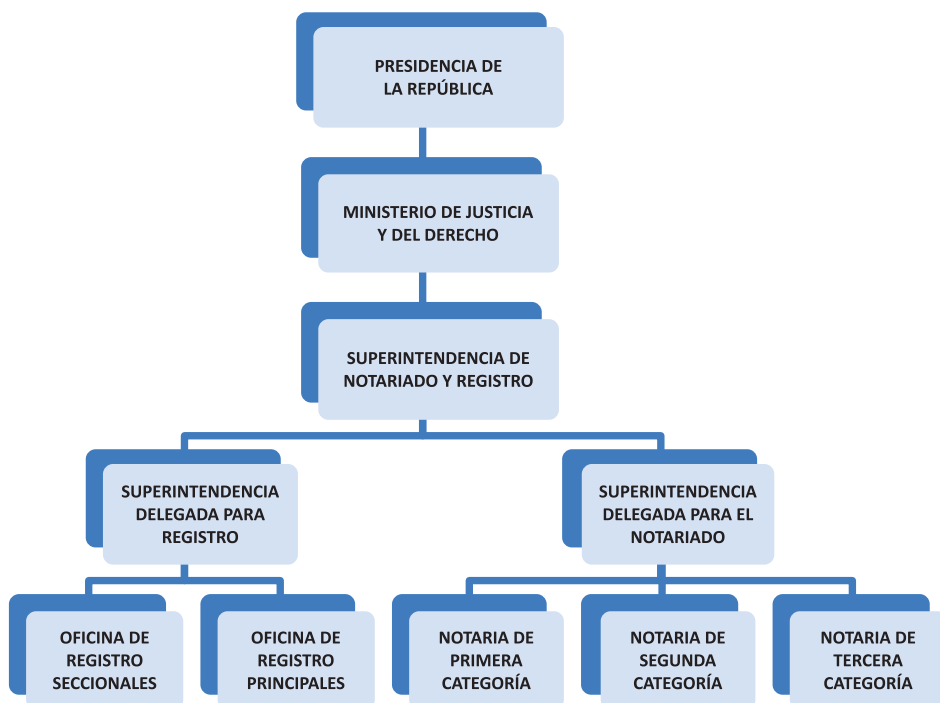
En relación con la noción de función notarial. Sobre la naturaleza jurídica de la función notarial y del notario, al respecto se refirió La Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C-1212 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, indicando:

Los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, así objetivamente ejerzan la función de dar fe pública de los actos que requieren de su intervención. Son, en cambio, particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración. (Sentencia C-1212 de 2001, 2001)

Así mismo referente a la función notarial el artículo 2 del decreto ley 960 de 1970 establece: “La función notarial no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo círculo de la notaría. La actuación del notario por fuera de su respectivo círculo vicia los actos o negocios jurídicos que se tramiten. (Artículo 2 del Decreto ley 960 de 1970).

De igual manera es indispensable orientar acerca de la organización del notariado, a nivel institucional puesto que, si bien quien ejerce la función es un particular que presta un servicio público, la descentralización por colaboración le atribuye a entidades gubernamentales funciones directas de vigilancia y control, por lo tanto de manera gráfica se presenta el siguiente organigrama externo del sector notarial en Colombia:

Organigrama externo del sector notarial en Colombia:



Diseño: Aura A. Teherán M. y Jesús H. Hurtado V.
(tomado del libro inventario de bienes de menores 2015)

Tal como compilan en su texto, al respecto de la función notarial y responsabilidades del notario Buelvas y Porto (2013) afirman:

La función notarial tiene rango constitucional. El gobierno Nacional a través del presidente de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho disponen su creación; carece de personería jurídica y se ejerce por medio del notario, como persona natural, quien para efectos fiscales y tributarios debe estar debidamente identificado con Número de

Identificación Tributaria (NIT) previo Registro Único Tributario (RUT); para lo cual se observa lo dispuesto en los artículos 555-1 del Decreto – ley 624 de 1989, adicionado por el artículo 56 de la ley 49 de 1990: 19 Parágrafo 1 de la Ley 863 de 2003 (modificó el artículo 555-2 del E.T).

El NIT, es un código compuesto por el número de cédula de ciudadanía del notario y un dígito de verificación (DV), el cual debe indicarse para todos los efectos ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como lo es en el pago de los recaudos por IVA, Retención en la fuente que recauda como impuestos en la prestación de los servicios notariales, informaciones exógenas, facturas de ventas entre otros. (Porto, 2013, págs. 82-86)

Por mandato constitucional, el notario, presta un servicio público por descentralización por colaboración, el cual se encuentra reglamentado en la ley. Los empleados de la notaría son nombrados por el notario y el régimen aplicable es el previsto en el Código Sustantivo de trabajo para las relaciones entre particulares. El número de empleados con los que funciona la notaría es determinado por el notario, conforme a las necesidades para la prestación del servicio, al igual que la asignación de los salarios. La notaría se sostiene con los ingresos que se perciben por concepto de los servicios, de acuerdo con una tarifa legal que señala el gobierno nacional cada año.

Relevancia será la función fedataria de los notarios. Este concepto es fundamental en la actividad notarial, el Decreto Reglamentario 2148 de 1983 estipula que:

La fe pública otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y lo expresado por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece. (Decreto Reglamentario 2148 de 1983)

En el mismo sentido acerca de la función de dar fe que se les atribuye a los notarios, La Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-029 de 2019. MP. Cristina Pardo Schlesinger, se pronunció indicando que:

Esta función es en principio estatal, ya que el notario puede atribuir autenticidad a determinados documentos y dar fe de ciertos hechos con plenos efectos legales únicamente porque ha sido investido por el Estado de la autoridad para desarrollar esa función.

Esto significa que una persona que no ha sido designada formalmente por las autoridades como notario o escribano, según la terminología de otros ordenamientos, no puede dar oficialmente fe de unos hechos o conferir autenticidad a unos documentos. (C-029 de 2019 Corte Constitucional, 2019)

En lo relacionado con la función ejercida, La Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-1508 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se pronunció:

No cabe duda de que el notario cumple, en desarrollo de sus actividades, funciones administrativas que aparejan potestades, que le han sido atribuidas por la ley. Ese poder o autoridad se traduce en una supremacía de su operador sobre quienes están dentro de un ámbito de actuación que le ha sido delimitado por la ley, de manera que éstos quedan vinculados jurídicamente con aquél dentro de una relación de subordinación, para el ejercicio de sus derechos o la realización de las actividades que supone la prestación de un servicio. (Sentencia C-1508 de 2000 Corte Constitucional Colombiana, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 2000)

En el ámbito de la responsabilidad el estatuto de notariado y registro en el artículo 8, Decreto Ley 960 de 1970 expone:

Los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones, y responsables conforme a la ley”. En la esfera de esta responsabilidad el estatuto de notariado y registro en el artículo 7, (Decreto Ley 960 de 1970), enuncia:

“El notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliatoria”. (Decreto Ley 960 de 1970, artículo 8)

Conforme con lo anterior, se infiere que el notario es un particular que presta un servicio público, se constituye en una institución del Estado Social de Derecho, que representa honorabilidad y confianza al ciudadano, por el desempeño de su función de dador de fe pública.

Quién responde conforme a la ley por sus actuaciones en cumplimiento de sus funciones y que, aunque no es un funcionario público, puede ser juzgado disciplinariamente por la entidad que ejerce vigilancia y control

ósea la Superintendencia de Notariado y Registro, por la procuraduría general de la nación esto sin perjuicio de las acciones fiscales, penales y/o civiles a que haya lugar.

Es así como a partir de prestar el servicio notarial cuyas tarifas son definidas anualmente por parte del gobierno nacional a través del ente rector que es la Superintendencia de Notariado y Registro; de dicho rubro por cada servicio obtiene su propia remuneración y a la vez, es la forma como se da el sostenimiento para (infraestructura, insumos, empleados de la notaría entre otros gastos) de todo el engranaje para dar respuesta a la demanda ciudadana.

En cuanto al ente de Orientación, Inspección, Vigilancia y control para el notariado, es la competente la Superintendencia de Notariado y Registro. La Superintendencia de Notariado y Registro, ente adscrito al Ministerio de Justicia y del derecho, con su sede principal es la ciudad de Bogotá D.C.

Cuyo objetivo es la orientación, inspección, vigilancia y control de los servicios públicos que prestan los notarios y los Registradores de Instrumentos Públicos, la organización, administración, sostenimiento, vigilancia y control de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, con el fin de garantizar la guarda de la fe pública, la seguridad jurídica y administración del servicio público registral inmobiliario, para que estos servicios se desarrollen conforme a la ley y bajo los principios de eficiencia, eficacia y efectividad. (Decreto 2723 de 2014)

En el numeral 6 del Decreto 2723 de 2014, proferido por el Ministerio de Justicia del Derecho expresa:

Que entre las múltiples funciones del ente de vigilancia y control está la de investigar y sancionar faltas disciplinarias de los Notarios, en el desarrollo de sus funciones, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación” (Decreto 2723 de 2014, numeral 6)

A si mismo proponer al Gobierno Nacional, la fijación de nuevas tarifas por concepto de derechos por la prestación del servicio público de notariado y modificación de mismas. Actualizar anualmente de acuerdo con el IPC las tarifas notariales.

En la misma norma se establece las funciones de la Superintendencia Delegada para el notariado; puesto que, a través de esta área de la Superintendencia de Notariado y Registro realiza la supervisión de las notarías a nivel nacional en busca de garantizar a los usuarios mejores condiciones en la prestación del servicio notarial, ordenando y dirigiendo la práctica de visitas a las notarías a fin de verificar el cumplimiento de las normas legales de la actividad notarial y tomando las acciones a que haya lugar e impartir las comisiones a las autoridades para adelantar actuaciones administrativas.

Entonces, la Superintendencia Delegada para el Notariado, imparte las directrices para la atención de peticiones, quejas y reclamos que, sobre los aspectos administrativos, financieros y Jurídicos de las Notarías, se formulen ante la Superintendencia de Notariado y Registro, en coordinación con la Oficina de Atención al Ciudadano. (Decreto 2723 de 2014, artículo 24-Numeral 10)

Igualmente realiza el Control de la Gestión del Servicio Notarial encargándose de conocer y fallar en primera instancia, de conformidad con la normativa vigente los procesos disciplinarios que se adelanten contra los notarios y ex notarios, sin perjuicio del poder preferente que ejerza la procuraduría general de la nación. (Decreto 2723 de 2014, Artículo 24-Numeral 20)

A. SERVICIOS NOTARIALES SU REGULACIÓN, TARIFAS Y MÉTODO PARA EL RECAUDO:

El notario presta diversos servicios, que son requeridos por los ciudadanos, dicha competencia notarial – actos notariales, están descritos en el Estatuto de Notariado y Registro Decreto ley 960 de 1970, reglamentado por el Decreto 2148 de 1983.

En el artículo 3 del Decreto 960 de 1970, se especifica la competencia de los notarios. Compete a los notarios:

- “Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad”

- “Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados”.
- “Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios o particulares y de otros notarios que las tengan registradas ante ellos”.
- “Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal”. - “Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la correspondiente fe de vida”.
- “Recibir y guardar dentro del protocolo los documentos o actuaciones que la ley o el juez ordena protocolizar o que los interesados quieran proteger de esta manera”.
- “Expedir copias o certificaciones, según el caso, de los documentos que reposen en sus archivos”.
- “Dar testimonio escrito con fines jurídico-probatorios de los hechos percibidos por ellos dentro del ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en sus archivos”.
- “Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la ley civil deban otorgarse ante ellos”.
- “Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados”.
- “Llevar el registro del estado civil de las personas en los casos, por los sistemas y con las formalidades prescritos en la ley. (Decreto 960 de 1970,ARTICULO 3)

Es de anotar que, en el marco de la descentralización por colaboración, la descongestión judicial, se le ha endilgado otras funciones a los notarios, tales como las contempladas en la ley 962 de 2005, Decreto 1664 de 2015.

En el art. 198 en los numerales 11, 12, 13, 14 y 15 Decreto ley 960 de 1970 reza:

Son conductas del notario, que atentan a la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial, y que acarrearán sanción disciplinaria:

- “El aprovechamiento personal o en favor de terceros de dineros o efectos negociables que reciba para el pago de impuestos o en depósito”.

- “El cobro de derechos mayores o menores que los autorizados en el arancel vigente”.
- “La renuencia a cumplir las orientaciones que la vigilancia notarial imparta dentro del ámbito de sus atribuciones, en lo relacionado con la prestación del servicio”.
- “Modificado, art. 7, L. 29 de 1973: “El incumplimiento de sus obligaciones para con la Superintendencia de Notariado y Registro, el Fondo Nacional del Notariado, el Colegio de Notarios, sus empleados subalternos y las entidades de seguridad o previsión social”.
- “La transgresión de las normas sobre prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades consagradas en el presente estatuto. (Decreto ley 960 de 1970, artículo 198)

Los ingresos que recaudan los notarios, están reglamentados mediante la Ley 29 de 1973, la cual crea el Fondo Nacional del Notariado y se dictan otras disposiciones; esta norma establece lo relacionado con los ingresos que reciben los notarios específicamente en los artículos 2, 6, 10, 11, 12, y 14 establece lo siguiente:

Artículo 2º. “La remuneración de los Notarios la constituyen las sumas que reciban de los usuarios por la prestación de sus servicios, de acuerdo con las tarifas legales, y por subsidios que les fije el Fondo Nacional del Notariado o la Superintendencia de Notariado y Registro cuando fuere el caso. Con esta remuneración los Notarios están obligados a costear y mantener el servicio”.

Artículo 6º. “El Gobierno Nacional fijará la suma que deben pagar los usuarios a la Superintendencia de Notariado y Registro por el otorgamiento de cada escritura. Los aumentos que se efectúen en virtud de esta autorización deberán guardar la debida proporción con los de la tarifa notarial”.

Artículo 10º. “El Fondo Nacional del Notariado estará administrado por una Junta Directiva compuesta por el Ministro de Justicia, o su delegado, quien la presidirá, por el Superintendente de Notariado y Registro, el Presidente del Colegio de Notarios y un Notario de tercera categoría elegido por ellos.

Parágrafo. Mientras a juicio de la Junta Directiva, el Fondo no esté en capacidad de costear sus servicios de Tesorería y Auditoría, los dineros que

se recauden serán administrados por la Superintendencia de Notariado y Registro, en una cuenta especial que no podrá ser contra acreditada, ni sus dineros destinados a cubrir ningún gasto ajeno al Fondo”.

Artículo 11°. “El Fondo Nacional del Notariado se formará y mantendrá con los aportes que deberán hacer de sus ingresos todos los Notarios del país en proporción al número de escrituras que se otorguen en sus respectivos despachos”... “En todo caso de variación de la tarifa notarial el Gobierno Nacional deberá aumentar los aportes de los Notarios en proporción a sus nuevos ingresos”.

“Parágrafo. Los aportes del Gobierno Nacional podrán cubrirse mediante recursos ordinarios del Presupuesto, o de recaudos especiales en la tarifa notarial, por conducto de la Superintendencia de Notariado y Registro”.

Artículo 12°. “El no pago oportuno de los aportes obligatorios hará incurrir al responsable en causal de mala conducta que calificará y sancionará la Superintendencia de Notariado y Registro de oficio o a petición del Fondo o del Colegio de Notarios”.

Artículo 14°. “La Junta Directiva del Fondo fijará anualmente el monto del subsidio a que tienen derecho los Notarios, según los círculos y regiones, y teniendo en cuenta especialmente el número de escrituras otorgadas en cada uno de aquéllos en el año inmediatamente anterior”...

Parágrafo. Ningún Notario podrá gozar de este beneficio sin que haya cumplido previamente con las obligaciones para con los usuarios, sus empleados subalternos, la Superintendencia de Notariado y Registro, el Fondo, el Colegio de Notarios y las demás que les imponga la ley. (Ley 29 de 1973).

Conforme a lo anterior, de la ley que regula los ingresos de los notarios se deduce que los dineros que recibe el notario se derivan de varios conceptos, pero también tiene destinación específica dichos montos se especifican cada año en las resoluciones proferidas por la Superintendencia de Notariado y Registro; por ejemplo para esta vigencia es la Resolución 1299 del 2020, fija las tarifas para cada uno de los servicios y se calculan teniendo en cuenta el porcentaje del IPC del año anterior, reportado por el DANE, que para el 2019 fue de 3,8 %.

En el mismo sentido, están otros recaudos que recibe el notario pero que son de destinación específica o dineros que debe destinar para pagos nacionales y no debe incumplir; para ello se trae a colación la Instrucción Administrativa No. 26 del 8 de junio de 2001 proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro en la cual se unifican los criterios expuestos en instrucciones administrativas y circulares relacionadas con las obligaciones fiscales del notario, comprobantes fiscales y contabilidad notarial. Instrucción en la cual se estipula

Así mismo en cuanto a los aportes a la administración de justicia:

La constitución política en el artículo 131, inciso 1º consagra: “Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios... y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. (Constitución Política De 1991,Artículo 131)

Del aporte especial para la administración de justicia: El aporte especial para la administración de justicia será equivalente al 10% de los ingresos brutos obtenidos por las notarías por concepto de todos los ingresos notariales. (Ley 6ª/92, art. 135)

De la liquidación del aporte especial: El aporte especial para la administración de justicia se liquidará mensualmente sobre los ingresos notariales obtenidos en el respectivo mes, de conformidad con los artículos anteriores. (D. 1960/93, art. 3º)

Porcentaje para la administración de justicia, que en la actualidad se modificó y actualmente es del 12.5% y solo está a cargo de las notarías que no reciben subsidio, lo que ha sido un aliciente para las notarías de bajos ingresos.

Del recaudo del aporte especial: Los notarios deberán consignar el aporte especial para la administración de justicia en nombre de la respectiva notaría, en el número de cuenta y establecimiento bancario que señale la dirección del tesoro nacional, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes siguiente a aquel en que se obtuvieron los ingresos, en los formatos que para el efecto prescriba la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (D. 1960/93, art. 4º)

El aporte especial por escrituración para el grupo especial de notariado, no forman parte de la base gravable para liquidar el aporte especial para la administración de justicia. (Res. 5338/94, arts. 25 y 26.)

Bajo la premisa anterior en competencias y funciones del notario, éste incurre en las siguientes responsabilidades:

Responsabilidad civil: Se presenta cuando el notario o los funcionarios notariales, faltando a sus deberes ético-jurídicos propios de su actividad funcional, incumplen obligaciones que tengan origen legal, reglamentario o convencional, por acción u omisión, dolosa o culposa, productora de un daño o perjuicio que les sea imputable, según las reglas del nexo de culpabilidad. (art. 195 estatuto notarial)

Responsabilidad penal: El Código Penal (Ley 599 de julio 24 de 2000, art. 397, en su título XV, relaciona los “Delitos contra la administración pública” se advierte que a partir del 1º de julio de 2001 empezará a regir. Responsabilidad penal por no consignar las retenciones y el IVA. (L. 633/00, art. 42)

Unifícase los párrafos 1 y 2 del artículo 665 del estatuto tributario en el siguiente párrafo, el cual quedará así: Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma. (Estatuto tributario ,artículo 665)

El agente retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los dos (2) meses siguientes a aquél en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación. (L. 383/97, art. 22)

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro del mes siguiente a la finalización del bimestre correspondiente. (E.T., art. 665)

Responsabilidad penal por no certificar correctamente valores retenidos. Los retenedores que expidan certificados por sumas distintas a las efectivamente retenidas, así como los contribuyentes que alteren el certificado expedido por el retenedor, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal por el delito de falsedad. (E.T., art. 666)

Responsabilidad fiscal: Cuando el notario no cumple con los deberes fiscales que le ha impuesto el Estado para determinadas actuaciones fedatarias incurre en responsabilidad fiscal. El notario responde con su patrimonio económico por los compromisos fiscales de los comparecientes en ciertas actuaciones notariales debido a la solidaridad legal de la obligación tributaria. (E.T., art. 666)

Los cobros por prestación servicio notarial, se fundamentan en las siguientes consideraciones:

El servicio notarial es un servicio oneroso y tarifado, los costos de este están reglamentados en la norma y sólo se debe cobrar lo expresamente señalado. Los derechos notariales es lo que se cancela por el servicio prestado, dichos derechos tienen un componente administrativo y otro de remuneración al notario. Las tarifas son establecidas anualmente cuyos aumentos se realizan de acuerdo con el IPC-

El artículo 55 del (Decreto 188 de 2013), compilado por el artículo 2.2.6.13.3.5.1. de la Subsección 5 de la Sección 3 del Capítulo 13 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del (Decreto 1069 de 2015), establece que “las tarifas notariales serán reajustadas en el mismo porcentaje del índice de Precios al Consumidor (IPC) suministrado por el DANE” (Decreto 1069 de 2015).

Que el artículo 56 del Decreto 188 de 2013, compilado por el artículo 2.2.6.13.3.5.2. de la Subsección 5 de la Sección 3 del Capítulo 13 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, establece que:

El Superintendente de Notariado y Registro estará facultado para reajustar anualmente los valores absolutos de las tarifas, las cuantías de los aportes y los recaudos destinados al Fondo Cuenta Especial de tarifas, ajustándose a la centena más próxima. (Decreto 188 de 2013, artículo 56)

A continuación, se ilustra una factura de venta de la prestación de un servicio notarial (servicio de escrituración) facilitada por una notaría:

NOTARIA UNICA		
FACTURA DE VENTA No. 2020-59		
CLIENTE:		
FECHA: 17-02-2020	ESCRITURA No.2020-49	PAGADA CON RECIBO No. 2020-65
ACTOS	CUANTIA (\$)	
ACTUALIZACION CEDULA CATASTRAL	0.00	
COMPRVENTA	7,500,000.00	
DETALLE		
Cant.	Concepto	Valor (\$)
DERECHOS NOTARIALES		
	DERECHOS NOTARIALES RESOL. 01299/20, ART 2	42,970.00
	DERECHO NOTARIAL A/SIN CUANT RES. 01299/20,	61,700.00
5	COPIA ORIGINAL	19,000.00
30	COPIAS PROTOCOLO	114,000.00
2	IDENTIFICACION BIOMETRICA	6,400.00
	SUBTOTALDERECHOS NOTARIALES	244,070.00
OTROS - RECAUDOS E IMPUESTOS		
19 %	IVA	46,373.00
	RETENCION EN LA FUENTE	75,000.00
	RECAUDO FONDO ESPECIAL NOTARIADO	9,900.00
	RECAUDO SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y	9,900.00
	SUBTOTALOTROS - RECAUDOS E IMPUESTOS	141,173.00
	TOTAL FACTURA	385,243.00
SON: TRECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS		
ELABORO	CLIENTE	CAJERO

Ejemplo de copia de factura creación de autores del respectivo capítulo

La factura que se muestra en la imagen corresponde al servicio de escrituración (compraventa - y otro acto notarial), en esta se puede observar el cobro por conceptos tales como; los derechos notariales, las copias, identificación biométrica, Impuesto de IVA, Retención en la fuente, y

los recaudos fondo especial y recaudo superintendencia de notariado y registro. Es de anotar que esta factura corresponde a una notaría de un municipio de Colombia que por sus características no se cobra el impuesto de Industria y comercio, por lo tanto, no aparece reportado en la misma.

Es así como el notario debe cumplir con la destinación específica de los rubros correspondientes, dirigidos a la Superintendencia de Notariado y Registro, igualmente los impuestos de IVA y Retención en la fuente que recauda para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en la actividad de agente retenedor, el de industria y comercio de ser el caso y las notarías que no sean subsidiadas deberán cumplir con la destinación específica del porcentaje para la administración de justicia.

B. ¿EN QUÉ FALTAS Y EN QUÉ TIPO DE SANCIÓN, INCURRE EL NOTARIO CUANDO INCUMPLE EN EL PAGO DE DICHOS CONCEPTOS RECAUDADOS?

Los deberes, inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses en que puede incurrir el notario se regulan en el Estatuto de Notariado y Registro, el artículo 198 Decreto Ley 960 de 1970, y sus decretos reglamentarios, establece la falta denominada:

Incumplimiento de las obligaciones con la Superintendencia de Notariado y Registro el Fondo Nacional del Notario y el Colegio de Notarios, así como el aprovechamiento personal o a favor de terceros de los dineros o efectos negociales destinados al pago de impuestos o en depósito. (artículo 198 Decreto Ley 960 de 1970).

Para sancionar esta o cualquier tipo de falta se debe hacer el respectivo estudio, conforme al debido proceso y graduación de esta para aplicar la respectiva sanción: del artículo 199 al 204 (Decreto 960 de 1970) se especifica lo relacionado así: “Las sanciones disciplinarias se aplicarán teniendo en cuenta la naturaleza de la falta, el grado de participación del notario, y sus antecedentes en el servicio y en materia disciplinaria”.

En el mismo articulado se especifica que si es “una falta grave o reincidencia, podrá el ente de vigilancia suspender del cargo al notario hasta por seis meses, la exclusión de la carrera en la primera vez e igualmente si se repite dicha sanción”.

“Si la falta es muy grave La destitución se aplicará, como primera sanción, y como consecuencia de varias faltas de otro orden, según su gravedad y reiteración”.

La acción disciplinaria:

Referente al proceso de la acción disciplinaria para el notario los artículos 205 al 208 del Decreto Ley 960 de 1970 se infiere que:

Las pruebas deben ser analizadas a partir de la sana crítica, la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados desde el día en que se cometió el último acto constitutivo de la falta, al momento que se inicie el proceso por parte el “Ente de vigilancia” como se dijo anteriormente por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, a través de la división delegada para el notariado, el tiempo de la mencionada prescripción se interrumpe.

Entonces, la acción disciplinaria continuará, aunque el notario ya no se encuentre en el ejercicio de sus funciones, y si la suspensión o la destitución no pueden hacerse efectivas por pérdida del cargo; se anotará en la hoja de vida del sancionado para que surta efecto como impedimento. Además que en caso de estarse llevando paralelamente un proceso penal sobre los mismos hechos este no da lugar a suspensión del trámite disciplinario. (Decreto 960 de 1970 ART 205-208)

La recepción de dineros es inherente a la prestación del servicio por parte de los notarios, dichos servicios están reglados y debidamente tarifados por la ley. al igual que la destinación específica que debe dar a algunos de los ingresos. De estos dineros parte son (derechos notariales), de los cuales debe pagar la nómina de empleados que considere necesarios, mantener la infraestructura que cumpla con los estándares de calidad, dotación de la oficina y demás necesidades para el debido funcionamiento del despacho notarial y prestación de todos los servicios que contempla la ley e igualmente obtener su propia remuneración.

Los notarios que se encuentran en notarías de insuficientes ingresos reciben un subsidio mensual mediante el cual se apoyan para cubrir los gastos inherentes al mantenimiento del despacho; dicho subsidio surge del dinero que cada notario aporta de acuerdo con los ingresos que obtiene por el servicio de escrituración (aportes y recaudos) estos dineros son controlados y manejados por la Superintendencia de Notariado y Registro

a través del fondo cuenta especial. Así mismo de los ingresos brutos recibidos debe remitir cada mes el porcentaje determinado por ley, para él la administración de justicia en el país; y de todo lo anterior rendir informes mensuales a la Superintendencia de Notariado y Registro.

Igualmente, al notario se le ha endilgado otras funciones de confianza tales como la de recibir dineros como tributos que los ciudadanos deben aportar (IVA, Retención en la fuente), recaudados por la prestación del servicio, constituyéndose así como un agente retenedor de impuestos.

Se colige entonces que si el notario falta a alguna de estas responsabilidades contempladas en las normas que rigen la actividad notarial en Colombia puede estar inmerso en procesos, disciplinarios, civiles y de ser el caso penales.

V. EL NOTARIO COMO AGENTE RETENEDOR

Resulta trascendente observar derroteros constitucionales que permiten visualizar el interés del Estado en los dineros que por concepto de tributos, tasas o contribuciones reciben los notarios en el ejercicio de su función como fedatarios.

Lo expresado invita a realizar una aproximación constitucional desde el derecho positivo contemplado en la carta de navegación nacional, a la temática de los dineros que se ordena recaudar a ese colaborador, al igual que revisar algunos cánones de la normatividad superior que demarcan las políticas fiscales de nuestra organización jurídica.

Tal y como se expresa en otros apartes de este documento, el notario es un particular a través del cual, el Estado en ejercicio de la descentralización por colaboración, brinda un servicio que él mismo debe prestar, así lo dejó claro la Corte Constitucional desde el año 1997, cuando expresó:

Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional.

La forma en que se ha desdibujado la separación absoluta entre las esferas pública y privada en torno al desarrollo de actividades que interesan a la sociedad, se muestra propicia al afianzamiento de una concepción material de los asuntos públicos, por cuya virtud los particulares vinculados a su gestión, si bien siguen conservando su condición de tales, se encuentran

sujetos a los controles y a las responsabilidades anejas al desempeño de funciones públicas, predicado que tiene un fundamento material, en cuanto consulta, de preferencia, la función y el interés públicos involucrados en las tareas confiadas a sujetos particulares. (Sentencia C-181 de 1997, 1997).

Refiriéndose a la descentralización por colaboración de los notarios, la corte constitucional ha manifestado de manera reiterada lo siguiente:

Sentencia C-863/12, de la Sala Plena de la Corte Constitucional,

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[n] confiado[s] 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. (Sentencia C-863/12, 2012)

Fundado en esas apreciaciones, el Estado valiéndose de los notarios como herramienta legal e instrumento de captación, logra hacer presencia en casi todo el territorio nacional, para la directa o indirecta recaudación de dineros que van a engrosar las arcas públicas.

Retomando el hilo conductor de la temática aquí expuesta, se expresaba que el Estado autoriza al notario a recaudar, ya sea directa indirectamente, dineros que es obligación del Estado obtener; esa ambigüedad sobre el concepto de recaudación directa o indirecta, más allá de ser un problema semántico, radica en la naturaleza jurídica del servicio público que es prestado por ese dador de fe.

Atendiendo el sentir de la colectividad social, se precisa que el recaudo que efectúa el fedatario en el desarrollo de ese servicio público es directo, porque goza de una confianza legítima por parte de los co-administrados, quienes asumen y sienten que el notario representa al Estado Colombiano.

Sin embargo, la realidad jurídica nos enseña que el recaudo de esos dineros por la vía notarial es de naturaleza indirecta. El notario no está en el desarrollo propio de su función fedante, cuando como delegado del Estado recibe o cobra impuestos, etc.

Para esas competencias tan especiales y de tanto rigor técnico y administrativo, existe un ente especialmente diseñado para desarrollarlas, la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales, (D.I.A.N), que debe encargarse del recaudo de esos dineros; por eso, los dineros que se reciben por el notario como agente retenedor, deben ser puestos bajo la esfera de custodia de la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales, (D.I.A.N), que para todos los efectos legales es el Estado Colombiano.

De conformidad a lo hasta ahora expuesto, es claro que los dineros que recauda el notario como agente retenedor, tienen como destino final al Estado, resulta apenas normal que el mismo Estado regule desde la carta magna, los mandatos en los cuales se soporta su poderío sobre los dineros estatales provengan ya sea del recaudo de los notarios o por otros particulares o entidades autorizadas para hacerlo, ya sean los bancos, cámaras de comercio, etc.

Es así como desde preámbulo de la Constitución Nacional se perfila que la población al momento de autorregularse, considera que se debe a través del marco jurídico que en adelante lo regirá, procurar un orden político, económico y social justo, (preámbulo de C.N.), quiere ello decir, que un asunto de tanta trascendencia para el devenir existencial del estado, como lo es el aspecto económico, alcanza un valor axiológico tan significativo, que lo consagró como un referente obligatorio y necesario de las instituciones jurídicas consagradas en la carta magna:

El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: Constitución Política. (Preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991).

Esa inicial declaración de valores y principios contenida en el preámbulo de la Constitución Nacional se disemina por otras disposiciones de nuestra carta de navegación, basta con mirar las expresiones del artículo 1° y 2° de esa preceptiva jerárquica, donde se detallan las características del Estado Social de Derecho (ESD), y los fines esenciales del estado.

En las dos disposiciones citadas anteriormente, se encuentran elementos de juicio para comprender que el Estado, utilizando Instituciones jurídicas de raigambre administrativa, como la descentralización, siendo el asunto que se menciona (el servicio notarial y sus responsabilidades en la recaudación de impuestos) es llamada descentralización por colaboración, procura lograr su cometido de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Nacional.

Artículo 2°: “Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Artículo 2 C.N).

Para el logro de esas metas, el Estado a través de las leyes que expide el congreso de la república, aprueba el Plan Nacional de Desarrollo en el que se determinarán los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, establece las rentas nacionales y fija los gastos de la administración, también determina las contribuciones fiscales y, excepcionalmente contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezcan las leyes.

Título VI - De la rama legislativa - capítulo 3 (De las leyes)

Artículo 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

3°. Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo y de inversiones que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de estos.

11°. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. (art. 150, No. 3° 11° y 12° C. N DE 1991)

En aras de garantizar el cabal logro de los objetivos que se plasman en la Constitución Nacional, al igual que el adecuado financiamiento de sus políticas públicas, el Estado se reservó la dirección general de la economía, para administrar dentro de un marco de sostenibilidad fiscal, los recursos de la nación.

Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario (Artículo 334 de la C.N.).

Todo lo anterior dentro de una colaboración armónica no solo de las ramas y órganos del poder público, también contando con el apoyo de aquellos particulares que desempeñan un servicio público, como los notarios; son ellos quienes, en los más lejanos lugares del territorio nacional, cumplen con el sagrado deber de recaudar para el fisco nacional, dineros que posteriormente se invertirán en el bienestar de sus connacionales.

En consecuencia, ante la importancia de los dineros públicos para el bienestar general de los asociados, el Estado Colombiano regula el protocolo a seguir para todos aquellos que de una u otra manera, reciben dineros que, por su especial connotación, deben depositarse en las cuentas destinadas para tal fin por el titular de esos recursos.

Por esta potísima razón, si el particular que cumple o desempeña un servicio público, en este caso el notario, no cumple con sus obligaciones

de recaudar el impuesto o tributo que la ley le ha ordenado recibir en nombre del Estado, y luego trasladarlo de manera pronta y expedita a las arcas nacionales, será objeto de las correspondientes indagaciones e investigaciones que sean menester, a efectos de resarcir el daño generado a la organización jurídica y por ende a su elemento humano, la población.

Ha pretendido el Estado ser muy riguroso en el manejo de los recursos públicos, al punto que aun los particulares que tienen la posibilidad de recaudar o manejar dineros de esa especial Connotación, son alcanzados por el poder coercitivo y la majestad estatal, es la misma norma de normas la que ha dispuesto que a pesar de ser un colaborador de estirpe particular, debe responder no solo por infringir la constitución y la ley, también es responsable por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 60. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (artículo 6 C.N).

Se hace imperativo dedicarle un espacio a un tópico polémico, las responsabilidades del notario como agente retenedor, desde el punto de vista fiscal, para tal fin, es preciso preguntarse qué competencia tiene la Contraloría General de la República, ¿para vigilar la gestión del notario al momento de recaudar los impuestos, tasa y contribuciones que la ley le ha mandado recibir?

El artículo 267 de la Constitución Nacional, contenido en el capítulo 1° del Título X, esa jerárquica normatividad, enseña lo siguiente:

“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”

Por otra parte, la propia Contraloría General de la República, a través de la Resolución Reglamentaria Orgánica, REG-ORG-0012-2017 del 24 de marzo de 2017, manifiesta los atributos de su competencia y enseña:

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. (REG-ORG-0012-2017 del 24 de marzo de 2017)

Sobre esa esencial función de la Contraloría General De La República, la sala plena de la Corte Constitucional ha precisado de manera clara, cuál es el alcance y la naturaleza de esa competencia, así se expresó en esa ocasión nuestro órgano de cierre jurisdiccional:

Sentencia C -103 de 2015, La Sala Plena de la Corte Constitucional Colombia.

El control fiscal constituye una función pública especializada, que tiene por objeto vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que tienen a su cargo el manejo de fondos o bienes de la Nación, con el propósito de velar por la protección del patrimonio público. (Sentencia C -103 de 2015 Corte Constitucional Colombia, 2015)

En el mismo pronunciamiento, refiriéndose a las características de ese control y tutela Estatal, expresó:

Se ha destacado el carácter amplio e integral del modelo de vigilancia fiscal diseñado en la Constitución. Tales rasgos se expresan, en primer lugar, en la extensión de los sujetos destinatarios del control, que no sólo comprende los diferentes niveles de la administración pública, sino que abarca a todos los particulares y entidades, de carácter público o privado, que manejen fondos o bienes de la Nación. A este respecto, la Corte ha encontrado ajustadas a la Constitución las normas que someten a vigilancia de la Contraloría General de la República a las empresas de servicios públicos domiciliarios, a las cámaras de comercio, a las sociedades de economía mixta, a las entidades territoriales en relación con sus recursos propios y con los recibidos por concepto de regalías, al Banco de la República e incluso a la propia Auditoría General de la República. (Sentencia C -103 de 2015 Corte Constitucional Colombia, 2015)

Teniendo claro que la Contraloría General De La República, es un órgano de control de carácter técnico, cuya misión principal es la de vigilar los

recursos públicos, a través de lo que se denomina El Control Fiscal, sobre ese particular, se comparte de manera íntegra, lo dicho por Luisa Fernanda Olarte López, al referir que el control fiscal es función administrativa que determina que los recursos públicos se destinen conforme lo dispone el marco legal, igualmente, es un mecanismo de carácter constitucional en cuanto lo que se busca es amparar la aplicación efectiva de los principios de la función administrativa estipulada en la norma superior. (Olarte López, 2012)

De esa definición se concluye que el control fiscal está encaminado a lograr, entre otras cosas, el adecuado recaudo de los recursos que ingresarán al presupuesto nacional, que permitirán lograr las metas económicas preestablecidas en el Plan Nacional De Desarrollo, el cual, a su vez, tiene como objetivo principal cumplir los fines del Estado Social De Derecho (ESD).

Con esa claridad conceptual sobre el control fiscal, se comprenden mejor las anotaciones que hiciera el consejo de estado al catalogar como función de naturaleza administrativa, las facultades conferidas a particulares y entidades para recaudar impuestos:

Sentencia del 2 de agosto de 2006, Sala De Lo Contencioso Administrativo citó la C.P, expresó que:

El artículo 210 de la Constitución Política señala que “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”, lo cual es consecuente con los deberes de colaboración que tienen todos los ciudadanos para facilitar el cumplimiento de los fines del Estado contenidos en el artículo 209 íbidem. El Estado cuenta con la potestad de establecer tributos para proveer los recursos necesarios para el cumplimiento de dichos fines, por lo que el Gobierno Nacional tiene a su cargo entre otras funciones la de “velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos” (Art. 189-20 C. P.), la cual desarrolla a través de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 1693 de 1997 y el Decreto Ley 1071 de 1999. (Sentencia del 2 de agosto de 2006 Consejo De Estado, 2006)

En esa misma sentencia, se hizo referencia a un concepto de vieja data emitido por la Sala De Consulta Y Servicio Civil de ese mismo órgano

judicial, es el identificado bajo el No. 984 del 10 de julio de 1997, en ese documento se dejó claro en qué momento los dineros recaudados por las entidades autorizadas, se tornan dineros públicos.

Se considera apropiado reproducir las palabras que utilizó el Consejo De Estado en esa oportunidad:

En el Concepto se ratifica que la función recaudadora tiene origen legal y que las entidades autorizadas deben cumplir los reglamentos y las normas pertinentes. Así mismo, que el recaudo de impuestos “envuelve actividad típica de gestión fiscal si se tiene en cuenta que las sumas pagadas toman el carácter de dineros públicos desde el momento de su entrega efectiva a la entidad oficial recaudadora, bien sea directamente o por intermedio de la red bancaria y entidades especializadas debidamente autorizadas”. Pero aclara que “esta gestión fiscal la realiza en realidad la DIAN y no los bancos. (Sentencia del 2 de agosto de 2006 Consejo De Estado, 2006)

Lo expresado hasta ahora en materia de control fiscal, permite asimilar, sin asomo de duda, que la Contraloría General de la República no ejerce vigilancia sobre los dineros recaudados por los notarios, porque en poder de los fedatarios esos dineros no son si se convierten en recursos públicos, sólo alcanzan esa característica, una vez son consignados a las órdenes de la Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales, (D.I.A.N)

Para sintetizar lo hasta hora expuesto, baste con reiterar que los dineros recaudados por los notarios, una vez entren al erario público van encaminados al bienestar social, por eso el Estado tiene diversas formas de sancionar un eventual desmedro de sus arcas, huelga decir, si el particular que desempeña o detenta la calidad de agente retenedor, no actúa con la diligencia necesaria para recibir y trasladar esos recursos a su legítimo dueño, incurrirá entre otras, en sanciones de diversa naturaleza, ya sean civiles, penales, disciplinarias, etc.

En virtud de la amplia gama de efectos que produce un actuar irregular en el manejo de los fondos públicos, se encuentran afectados bienes jurídicos de distinto orden, por ello la acción del Estado se ve en diferentes escenarios; en el ámbito penal, se encuentran delitos como peculado por apropiación, el delito de omisión de agente, que aparece dentro de los delitos que atentan contra la administración pública, sobre ese particular

y refiriéndose a la responsabilidad penal del notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas, JORGE ARTURO ABELLO GUAL, en su estudio desde la perspectiva del derecho penal económico, expuso que el notario puede incurrir en el delito de peculado por apropiación al momento de apropiarse de impuestos, también pudiendo recaer en el delito de configurado en el artículo 402 del Código Penal, como lo la omisión del agente retenedor o recaudador, en tanto que efectivamente cobrando el impuesto, apareciendo en la contabilidad pero se omite la consignación en las fechas estipuladas en el calendario tributario (Abello Gual, 2006)

En la esfera del derecho civil o común, encontramos el pago de los intereses por no atender a tiempo la obligación de consignar los dineros que ha recaudado en nombre del Estado, sobre todo porque el estado no debe sufrir un desmedro patrimonial por la tardía consignación de los dineros que le pertenecen, para el fin académico perseguido con la presente investigación, son interesantes las consecuencias disciplinarias a las que se hace acreedor el notario, quien desde el punto de vista de los valores morales, las responsabilidades legales asumidas como colaborador del Estado, desatendiendo las instrucciones administrativas de su órgano vigilante (Superintendencia de Notariado y Registro), pero sobre todo, burlando el decoro exigido en la actividad que ejerce, incurre en faltas que atentan contra los postulados constitucionales cuyo cumplimiento persigue el Estado colombiano.

En el capítulo anterior, se abordó en extenso lo referido a la responsabilidad disciplinaria del notario.

Por ahora es suficiente con manifestar que la Superintendencia de Notariado y Registro, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 208 del decreto 960 de 1970, Estatuto del Notariado, es a quien corresponde el conocimiento de los asuntos disciplinarios en los que se ven inmersos los Notarios, y que la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control, está facultada constitucionalmente para ejercer de manera preferente el poder disciplinario (Numeral 6° artículo 277 C.N.).

Hay que mencionar, además, que el procedimiento disciplinario que ambas entidades deben seguir se encuentra demarcado y puede ser visualizado en la ley 734 de 2002 estatuto disciplinario aún vigente y que próximamente

será reemplazado por la ley 1952 de 2019, que entrará en vigor el 1º de julio del 2021.

Como quiera que el motivo principal de estas líneas, es el de analizar la responsabilidad disciplinaria del notario como agente recaudador, se considera de buen tino, dar a conocer a los interesados en esta temática, un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, referido a la omisión del notario como agente retenedor, en este particular asunto, de IVA – Retención en la fuente:

La Sentencia 00296 de 2018, sala segunda sección A, Consejo de Estado, Rad. No.: 110010325000201300296 00 con alusión al tema la corte expuso en uno de sus apartes lo siguiente:

Los cargos y la sanción disciplinaria en la investigación que adelantó la Superintendencia de Notariado y Registro en contra de la señora Gladys María Manzano de Castañeda se formuló un único cargo disciplinario por el que se le sancionó. La hoy demandante fue hallada responsable de incumplir con sus obligaciones como notaria única del Círculo de La Plata, Huila, al cancelar en forma extemporánea a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el impuesto de IVA y la retención en la fuente, entre los meses de enero y octubre de 2002. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio. (Sentencia 00296 de 2018 Consejo de Estado, 2018)

En referencia con el comportamiento reprochado de la omisión realizada por el notario:

La valoración de las pruebas por parte de la autoridad disciplinaria le condujo a concluir que el IVA de los periodos 01, 02, 03, 04 y 05 del año 2002, correspondiente a los meses transcurridos entre enero y octubre de dicha anualidad, fue declarado por la disciplinada más no pagado en las fechas que fijó el Gobierno Nacional, por lo que al momento de saldar la mencionada obligación tuvo que cancelar el valor de la mora por extemporaneidad. Así mismo, aseveró respecto de la retención en la fuente que también hubo una demora en su pago, aunque mínima, para lo cual hizo énfasis en la declaración de enero de 2002, presentada el 15 de febrero y pagada el 7 de marzo del mismo año, y la de octubre de 2002, presentada el 15 de noviembre y pagada el 6 de diciembre de esa anualidad. (Sentencia 00296 de 2018 Consejo de Estado, 2018)

Es así, como el Consejo de Estado confirmó la decisión impuesta por la Superintendencia de Notariado y Registro, referente a la sanción que fue la suspensión del cargo de notaria por el término de un mes, dicha suspensión no solo le causa detrimento patrimonial al notario, si no también afecta continuar la carrera notarial, porque impide acceder al derecho de preferencia para cambio de despacho notarial y la participación en concursos del notariado.

VI. UNA MIRADA EN EL DERECHO COMPARADO:

Corresponde ahora dedicar un aparte al derecho comparado donde se pueda observar como en legislaciones más próximas a nosotros, tales como Perú y Ecuador, vecinos en Suramérica, tratan aspectos semejantes de la responsabilidad disciplinaria del notario derivada de su colaboración para con el estado en el cumplimiento de obligaciones fiscales.

1. En el Ecuador:

En la República Del Ecuador, siguiendo las directrices del notariado latino, también existe la figura del notario como asesor del negocio jurídico que celebran las partes interesadas, con matices propios de su legislación interna.

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo a ese marco legal, sobre la figura del notario ecuatoriano, luego de conocer algunos pronunciamientos de juristas de ese país, se enuncia lo siguiente:

No es un órgano de naturaleza independiente de la rama judicial, está concebido como un órgano auxiliar de los órganos jurisdiccionales, así lo dispone el artículo 178 de la Constitución De La República Del Ecuador:

Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:..... La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. (artículo 178 de la Constitución De La República Del Ecuador)

Esa subordinación o sometimiento estructural al órgano jurisdiccional, inevitablemente le resta autonomía en su accionar, contrario a lo que

existe en nuestro país, donde el notario si bien brinda su colaboración a la administración de justicia, asumiendo competencias de trámites que antes estaban consagrados como procesos judiciales, no es ni constitucional ni legalmente parte integrante de la rama judicial.

En lo referido a su responsabilidad disciplinaria, por el recaudo de recursos de naturaleza fiscal, si se encuentra de manera expresa y con categoría de rango constitucional que los dineros captados por el notario ingresan al Presupuesto General Del Estado Ecuatoriano:

Artículo 199 Constitución De La República Del Ecuador:

Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarías y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarías y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura.

Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley. (Artículo 199 Constitución De La República Del Ecuador)

Emergen de la disposición anteriormente citada, consideraciones que no se pueden pasar por alto, se hace referencia puntualmente a:

“...Los servicios notariales son públicos...”

“...En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarías y notarios que determine el Consejo de la Judicatura...”

Sobre esa primera consideración, “Los servicios notariales son públicos” se concluye que va de la mano con la idea y tesis jurisprudencial reconocida y aceptada en Colombia, la actividad desempeñada por el notario, es un servicio público, con la diferencia que quien presta el servicio en el ecuador es considerado como auxiliar del órgano jurisdiccional.

En lo que respecta a que será el consejo de la judicatura quien determine el número de notarías y notarios que se requiera en cada distrito, se visualiza a esa entidad, como el máximo órgano de vigilancia de la función notarial correspondiéndole elegir, luego de un concurso de méritos, a quien

desempeñará esa misión, en la cual se hace de importancia significativa, actuar con probidad, esto es, según el diccionario de la real academia de la lengua española, actuar honradez, integridad y rectitud.

Lo hasta ahora expresado, demuestra sin equívocos de ninguna especie, que el notario ecuatoriano tiene el deber de recaudar impuestos para el manejo presupuestal de la nación, que ese recaudo debe hacerlo, como todos los actos que ejecuta en su función, con lealtad al estado que lo designó, a la sociedad en la cual desempeña su función y en beneficio de todo un país que requiere de mayores ingresos para inversión social.

El actuar de manera contraria a esos intereses, lo conduce a que su conducta sea objeto de las responsabilidades que como servidor público debe asumir, tal y como lo ordena el artículo 233 de la Constitución De La República Del Ecuador:

Art. 233 - Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. (artículo 233 de la Constitución De La República Del Ecuador)

De acuerdo con ese mandato constitucional, se encuentra que el notario incurrirá en infracciones disciplinarias que previamente se encuentran enlistadas en el Código Orgánico De La Función Judicial Del Ecuador, CO.F. J, disposición que concretamente tipifica como infracción gravísima, desatender sus obligaciones en materias de recaudo de los dineros fiscales:

Art. 104.- C.O.F.J. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados

POR LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda.

CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS C.O.F.J. INFRACCIONES GRAVÍSIMAS •

No cobrar las tasas por servicios notariales, apropiarse de parte o totalidad de ellas, o cobrar más de lo debido a los usuarios del servicio para beneficiarse.

La notaria o notario deberá depositar este monto dentro de los diez primeros días del mes siguiente, en la cuenta única del tesoro nacional y presentar la respectiva liquidación al consejo de la judicatura. Si la notaria o notario no realiza el depósito del porcentaje correspondiente dentro del plazo señalado, pagará. (Art. 104.- C.O.F.J.)

2. En el Perú:

Sea lo primero manifestar que el notariado peruano goza de gran aceptación y reconocimiento dentro de los países de este lado del continente americano, la seriedad de sus exponentes y el desarrollo legislativo que le han dado a los principios del notariado latino, convierten al notariado Perú y su colegio de notarios en una fuente permanente de la cual extraer valiosa información del ejercicio de la actividad notarial.

El marco legal de la función notarial que rige en el Perú, se encuentra en el decreto 1049 de 2017, el cual a partir del artículo 147 y subsiguientes regula lo referido a la responsabilidad disciplinaria en el ejercicio de la función fedante.

CAPÍTULO II. DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO Artículo 147.-

Competencia Disciplinaria La disciplina del notariado es competencia del Consejo del Notariado y el Tribunal de Honor de los colegios de notarios (Decreto 1049 de 2017)

El órgano cabeza visible de la función notarial, está adscrito al ministerio de justicia peruano, y es el competente a nivel nacional de realizar la supervisión del correcto ejercicio de la función fedante, y segunda instancia los asuntos disciplinarios que atiende el Tribunal De Honor de los colegios de notarios.

El Consejo Del Notariado ejerce la función de tutela y vigilancia de la actividad notarial, manifestando a través de resoluciones sus decisiones administrativas sobre las investigaciones que se llevan a cabo contra los notarios por su proceder en el cargo.

En los tantos actos que expide ese órgano colegiado, se hace énfasis que también en el Perú, los notarios deben colaborar con la recaudación de recursos públicos, exigiendo el pago de los impuestos correspondientes, y anexarlo a los protocolos notariales, en caso de no proceder en esa dirección, será sancionado por la observación de su obligaciones legales.

Se advierte que no se pudo encontrar norma que faculte al notario a recaudar los tributos, pues esa función es más propia de la municipalidad, pero sí es obligación de naturaleza fiscal del notario, por así exigirlo la ley (entre otras las Ley n° 27616, vigente desde el 1 de enero de 2002, el Decreto Legislativo 945 del 2003) , exigir que los pagos de impuestos en aquellos actos que lo ameriten, por ejemplo, el impuesto de renta y/o el de alcabala en compraventa de inmuebles, el correspondiente certificado de pago y si los otorgantes no lo presentan en la notaría, el notario deberá a la Superintendencia Nacional De Aduanas Y Administración Tributaria, (SUNAT,) so pena de ser solidariamente responsable de ese gravamen.

Sin embargo, cada municipalidad puede suscribir acuerdo con los notarios a fin de agilizar el recaudo de esos dineros públicos. Es lo que en Perú denominan, notarios SAT (SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA) algo similar a la figura que en Colombia de llama VUR (Ventanilla Única De Registro).

En todo caso, si el notario desconoce la obligación de exigir esos pagos, atendiendo lo previsto en el literal C) del artículo 149 del decreto 1049 de 2017, incurre en una infracción disciplinaria por el incumplimiento de los deberes y obligaciones del notario establecidos en esta ley, normas reglamentarias y/o conexas, Estatuto y Código de Ética.

CAPÍTULO III. DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARIAS

Artículo 149.- Infracciones Disciplinarias.

Constituyen infracciones administrativas disciplinarias las siguientes:

- a) La conducta no acorde con la dignidad y decoro del cargo.
- b) Cometer hecho grave que sin ser delito lo desmerezca en el concepto público.

- c) El incumplimiento de los deberes y obligaciones del notario establecidos en esta ley, normas reglamentarias y/o conexas, Estatuto y Código de Ética.
- d) El no acatar las prohibiciones contempladas en esta ley, normas reglamentarias y/o conexas, Estatuto y Código de Ética. (Decreto 1049 de 2017, artículo 149)

Para finalizar este acápite, se reitera lo que se expresó en líneas anteriores, la competencia de los asuntos disciplinarios está en cabeza del Consejo del Notariado y el Tribunal de Honor de los colegios de notarios. Contra las resoluciones del Tribunal de Honor de los colegios de notarios sólo procede recurso de apelación. (Artículo 147 decreto 1049 de 2017), a manera de ejemplo se transcriben los apartes de un pronunciamiento de esa autoridad, donde se aprecia lo que aquí se ha expuesto sobre el asunto disciplinario de los notarios en el Perú:

Los notarios no podrán elevar a escritura pública aquellos contratos en los que no se verifique el pago previo del impuesto a la renta, asimismo, los notarios deben insertar en las Escrituras Públicas copia del comprobante de pago o formulario de pago que acredite el pago del impuesto antes mencionado. (Decreto 1049 de 2017, Artículo 147)

VII. CONCLUSIONES

En conclusión, los notarios son responsables civil, administrativa, penal y disciplinariamente por el incumplimiento de los deberes que en el ejercicio de sus funciones legalmente les corresponden, puntualmente, la responsabilidad disciplinaria contiene dos aspectos diferenciables, por un lado frente a los usuarios del servicio y por otra frente a la administración pública, así las cosas, la reparación del daño causado por la falta del notario puede estar a cargo de la Nación cuando sea condenada por falla en la prestación del servicio notarial, caso en el cual podrá iniciar la acción de repetición, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La descentralización por colaboración como institución administrativa ha permitido que el notario como particular que presta un servicio público, brinde su colaboración al Estado Colombiano desde diferentes aspectos, no solo brinda la fe pública, también lo descarga de asuntos judiciales y contribuye a que se logren los fines constitucionales que persigue el Estado

Social De Derecho, para alcanzar el anhelado estado de bienestar; con ese propósito asume la competencia que le asignó la ley, para a través de él, recaudar dineros de naturaleza fiscal, los cuales debe recibir de los usuarios y posteriormente ponerlos a disposición del Estado que los invertirá como lo determine el Plan Nacional De Desarrollo en las inversiones que correspondan.

Es de anotar que también están los recaudos que por cada escritura deben reportar los notarios esto para sostener el Fondo del notariado, el cual tiene funciones específicas para con todas las notarías esencialmente con las notarías subsidiadas del país, así mismo las notarías no subsidiadas deben aportar el porcentaje para la administración de justicia; todos estos aportes se traducen en ingresos de destinación específica al igual que los tributos por lo tanto tal como se estudió en este capítulo el hecho que el notario no los reporte incurra en omisión de las debidas consignaciones hará que el ente encargado Superintendencia de Notariado y Registro realice el debido proceso disciplinario a que haya lugar sin perjuicio de las acciones que competan a la Procuraduría General de la Nación.

Los dineros que recaude el notario en ejercicio de su obligación como agente retenedor, de conformidad a las diversas interpretaciones jurisprudenciales no ha sido un tema pacífico en nuestros órganos jurisdiccionales, en el momento actual, se considera que esos dineros solo alcanzan la categoría de dineros públicos, una vez entran en las arcas nacionales, por la consignación que hace el notario a la entidad especializada para ese propósito, la Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

La vigilancia y tutela sobre las acciones del notario, aun en los casos de su actuar como agente retenedor, está en cabeza de la Superintendencia de Notariado y Registro, órgano competente según el estatuto notarial, para adelantar el proceso disciplinario en el cual se establecerá si hay o no responsabilidad del notario por el incumplimiento de sus obligaciones legales, fiscales, todo lo anterior, sin menoscabo de la competencia preferente que la Procuraduría General de la Nación, como máximo órgano de control, tiene sobre los funcionarios y particulares que desempeñen una función pública.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo Prada, M.I. (2015). *Función Notarial y Registral Práctica*. Segunda edición. Bogotá, Colombia. Librería Ediciones el Profesional.
- Anales Consejo de Estado, Tomo CXXI, (1999) 253-254. Bogotá, Colombia.
- Buelvas y Porto, (2013). *Estatuto del Notariado otros*. Bogotá D.C, Colombia. Talleres gráficos Yer Impresos.
- Camacho Montoya, A. (1999). *Tributos Sobre La Propiedad Raíz*. Segunda edición. Bogotá, Colombia. Legis editores S.A.
- Gaona Cruz, M. (1988). *Estudios Constitucionales*. Superintendencia Notariado y Registro. Bogotá, Colombia.
- Manrique Andrade, J. (2011) *Manual De Derecho Notarial*. Manizales, Colombia Cuarta edición. Talleres Litográficos de Editorial la Patria.
- Ortiz Cuenca Julio E, Estado alcabalero y gendarme, *Diario la Nación*, 7 de noviembre de 2018 <https://www.lanacion.com.co/estado-alcabalero-y-gendarme/>
- Úsuga Varela, O. (2015). *Estudios de Derecho Notarial*. Tercera Edición. Bogotá, Colombia. Ediciones Doctrina y Ley.
- Úsuga Varela, O. (2016). *Estatuto del Notariado Colombiano*. Cuarta edición. Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley
- Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Administrativa Disciplinaria: Una Mirada Crítica de la Regulación del Nuevo Régimen del Servicio Civil Kenny Díaz Roncal, publicado en la *Revista Derecho & Sociedad*, No 46, marzo 2016 / ISSN 2079-3634
- Marcos Norma Gladys c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ Empleo Público”, CNACAF, Sala V, causa núm. 17981/97, del 13 de abril de 1998.

Teherán, A. A. (Ed) (2015), *Inventario de bienes de menores ante notario*. Impresión German Pantoja Quintero. Santiago de Cali, Colombia.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA

Constitución Política de Colombia (1991). Fecha de expedición 3 de junio 1991. Fecha de entrada en vigencia de la norma 20 de julio de 1991.

Gobierno nacional (1970). Decreto ley 960 de 1970. “Por el cual se expide el Estatuto de Notariado y Registro”. Diario Oficial No. 33.118 del 5 de agosto de 1970. Bogotá D.C.

Congreso de la República (1973) Ley 29 de 1973 “por la cual se crea el Fondo Nacional del Notariado y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C.

Gobierno nacional (1983) Decreto 2148 de 1983. “Por el cual se reglamentan los Decretos-leyes 0960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973”. Diario oficial No 36.331, del 7 de septiembre de 1983. Bogotá D.C.

Congreso de la República. (1983). Ley 9 de 1983. “Por la cual se expiden normas fiscales relacionadas con los impuestos de renta y complementarios, aduanas, ventas y timbre nacional, se fijan unas tarifas y se dictan otras disposiciones”. Diario oficial. Año CXX. N. 36274. 15, Junio, 1983. Bogotá D.C.

Gobierno nacional (1989). Decreto – ley 624 de 1989 “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuesto Nacionales” .Bogotá D.C.

Congreso de la República (1990). Ley 49 de 1990 “por la cual se reglamenta la repatriación de capitales, se estimula el mercado accionario, se expiden normas en materia tributaria, aduanera y se dictan otras disposiciones”. Diario oficial No. CXXVII No. 39615.31 diciembre de 1990. Bogotá D.C.

Congreso de la República (1992). Ley 6 de 1992 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones

del sector público nacional y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No 40.490, de 30 de junio de 1992. Bogotá D.C.

Congreso de la República (1997). Ley 383 de 1997 “Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 43.083, de 14 de julio de 1997. Bogotá D.C.

Congreso de la República. (1998). Ley 489 del 29 de Diciembre 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”. Diario oficial 43.464 del 30 de Diciembre de 1998. Bogotá D.C.

Congreso de la República (2000). Ley 633 de 2000 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial” Diario Oficial No. 44.275, de 29 de diciembre de 2000. Bogotá D.C.

Congreso de la República (2000). Ley 588 de 2000 “Por la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial”. Diario Oficial No. 44.071, de 6 de julio de 2000. Bogotá D.C.

Congreso de la República (2000). Ley 599 de julio 24 de 2000 “Por la cual se expide el código penal”. Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000. Bogotá D.C.

Congreso de la República. (2002). Ley 734 de 2002. “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Bogotá D.C.

Congreso de la República (2003). Ley 863 de 2003 “Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas”. Bogotá D.C.

- Congreso de la República (2005). Ley 962 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios”. Diario Oficial No. 46.023 de 6 de septiembre de 2005. Bogotá D.C.
- Congreso de la República. (2012). Ley 1564 del 12 de julio de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Bogotá D.C.
- Congreso de la República. (2019). Ley 1952 de 2019. “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”. Diario Oficial No. 50.850 de 28 de enero de 2019. Bogotá D.C.
- Gobierno nacional (2013). Decreto 188 de 2013 “Por el cual se fijan los derechos por concepto del ejercicio de la función notarial y se dictan otras disposiciones”. Diario oficial. Año CXLVIII. N. 48702. 12, Febrero, 2013. Pág. 13. Bogotá D.C.
- Gobierno nacional (2014). Decreto 2723 de 2014 “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro” Diario Oficial No. 49.379 de 29 de diciembre de 2014”. Bogotá D.C.
- Gobierno nacional (2015). Decreto - único 1069 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho” Diario oficial, año CLI. N. 49523. 26, Mayo, 2015. pág. 335. Bogotá D.C.
- Gobierno nacional (2015). Decreto 1664 de 2015 “Por el cual se adiciona y se derogan algunos artículos del Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho y se reglamentan los artículos 487 párrafo y 617 de la Ley 1564 de 2012. Diario Oficial No. 49.610 de 20 de agosto de 2015”. Bogotá D.C.
- Gobierno nacional. (1970). Decreto 960 de 1970. “Por el cual se por el cual se expide el Estatuto del Notariado”. Diario Oficial. Año CVIII. N. 33118. 5. Agosto. 1970. Bogotá D.C.

- Gobierno nacional. (1985). Decreto 2509 de 1985. “Por el cual se dictan algunas normas en materia de retención en la fuente”. Diario Oficial Año CXXII. N.37136. 6, Septiembre, 1985. Bogotá D.C.
- Gobierno nacional. (1989). Decreto 624 de 1989. “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”. Diario Oficial No. 38.756 de 30 de marzo de 1989. Bogotá D.C.
- Consejo de Estado, en su Sección Segunda, acumulación de los expedientes 281 y 2996 año 1990. M.P. Álvaro Lecompte Luna.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente. Ligia López Díaz. Referencia 25000232400020000028701. Número interno (14197).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012. Rad. Núm. 11001-03-25-000-2011-00003-00(0029-11).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A. Sentencia 00296 de 2018. Rad. No.: 110010325000201300296 00 (0644-2013). Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez.
- Contraloría General de la República. (2017). Resolución Reglamentaria Orgánica, REG–ORG–0012–2017 del 24 de marzo de 2017. “Por la cual se adoptan principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República y la Guía de Auditoría Financiera como instrumentos de control fiscal posterior y selectivo, dentro de los parámetros de las Normas Internacionales de Auditoría para las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI)”. Diario Oficial N°:50188 de marzo 27 de 2017. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-037/03. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-124/03. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.

- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-721/15 M.P. Dr. Jorge I. Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-863 de 2012. Magistrado Ponente Dr. Luis E. Vargas S.
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia No. T-406 de 1992. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita B.
- Corte Constitucional. Sentencia C-341/96. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, Subsección B. Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012. Rad. Núm. 11001-03-25-000-2011-00003-00(0029-11), CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- Consejo de Estado. Auto de 26 de octubre de 1990 y sentencia de 1º de agosto de 2002, expediente No. 13248. (Tomo CXXI, 253-254),
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2003). Sentencia del 30 de julio de 2003, Expediente No. C-7103, MP. José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Constitucional (2000), Sentencia C-1508, M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional (2001), Sentencia C-1212 M.P. Jaime Araujo Rentería
- Corte Constitucional (2019) Sentencia C-029 M.P. Cristina Pardo Schlesinger
- Corte Constitucional (2000), Sentencia C-1508 M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional (1997) Sentencia C-181 M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional (2015) Sentencia C -103 de 2015 M.P. Maria Victoria Calle Correa.

WEBGRAFÍA

- Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Administrativa Disciplinaria: Una Mirada Crítica de la Regulación del Nuevo Régimen del Servicio Civil Kenny Díaz Roncal, publicado en la Revista Derecho & Sociedad, No 46, marzo 2016 / ISSN 2079-3634. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18858/19076>
- DELGADO ALCIVAR, Carmen María. La responsabilidad disciplinaria del Notario Ecuatoriano. CEP, Corporación de Estudios y Publicaciones. 2019. https://cidecuador.org/wp-content/uploads/congresos/2019/i-congreso-internacional-de-derecho-uleam/diapo/la-Responsabilidad-disciplinaria-del-notario-ecuatoriano_Carmen-Delgado.pdf
- DURÁN ROJO, Luis Alberto, MEJÍA ACOSTA, Marcos. El Impuesto de Alcabala en el Perú. Revista Asociación de Derecho y Sociedad. Núm. 43, 2014. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12582/13139>.
- OLARTE LÓPEZ, Luisa Fernanda. El Control Fiscal en la recaudación de impuestos. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/14595/2018luisaolarte.pdf?sequence=6&isallowed=y>
- AELLO GUAL, Jorge Arturo. La Responsabilidad Penal del Notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas. Estudio desde la perspectiva del Derecho Penal Económico. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - pp. 81-98, 2015, II. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/935/994>
- <https://www.contraloriadelmagdalena.gov.co/wp-content/uploads/2009/04/responsabilidad%20de%20los%20funcionarios%20publicos.pdf>
- <http://104.207.147.154:8080/bitstream/54000/658/1/2010-013M-DPN-WPAA.pdf>
- <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=123913&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

Panorama actual de la falsa tradición y los baldíos en Colombia

JIMÉNEZ-CARRANZA, Marcela Del Pilar

LÓPEZ-CARDONA, Sulderis

CÁRDENAS,MENDIVELSO, Wilber David ¹

SUMARIO.

I. Introducción. II. Antecedentes titulación al poseedor del predio urbano y rural en Colombia, falsa tradición. III. Planteamiento del problema de titulación al poseedor y falsa tradición en Colombia. IV. Conclusiones V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En Colombia los procesos de titulación de tierras, anterior procedimiento ordinario reglado en el código de Procedimiento Civil y el ahora vigente, el verbal establecido en el “Código General del Proceso, y de la ley 1561 de 2012” constituyen un instrumento ágil, expedito, de fácil acceso y eficaz para que quienes ostentando la calidad de poseedores obtengan declaración judicial del derecho de dominio por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio.

¹ **MARCELA DEL PILAR JIMÉNEZ CARRANZA**, Abogada, Universidad la Gran Colombia, Administradora de Empresas, Universidad la Gran Colombia, MASTER en Derecho Administrativo y de la Administración pública, Euro innova, universidad de Nebrija Madrid España, Especialista en Notariado y Registro en Formación, Universidad de Medellín, Litigante en el área Civil, comercial Familia y derecho de tierras con más de 10 años de experiencia en Negocios Jurídicos Notariales y Registrales.
marcelajimenez89@yahoo.com

SULDERIS LÓPEZ CARDONA, Abogada Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista Derecho Minero Energético, Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista Derecho Notariado y Registro en Formación, Universidad de Medellín, Asesora Jurídica Notaria Única de Herveo, Abogada Litigante Derecho Civil, Sucesiones, Familia, exfuncionaria Superintendencia de Notariado y Registro, ORIP Ibagué Tolima, sulderis@hotmail.com

WILBER DAVID CÁRDENAS MENDIVELSO, Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad La Gran Colombia, Abogado de la Universidad La Gran Colombia, Especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria de la Universidad La Gran Colombia, Especialista en Notariado y Registro en Formación de la Universidad de Medellín, litigante en el área de derecho civil, familia, laboral y derecho de tierras, con más de diez años de experiencia docente. davidcm35@hotmail.com

El trámite de los procesos de titulación de tierras en Colombia con el proceso ordinario reglado en el Código de Procedimiento Civil, terminó convirtiéndose en un escenario demasiado lento, que no cumplió la finalidad de coadyuvar a los poseedores de la tierra a obtener de manera pronta el derecho real de dominio, para de esa manera acceder al crédito y demás beneficios que la propiedad conlleva.

Los grandes cambios estructurales en numerosas áreas del ordenamiento jurídico, la doctrina, el derecho comparado, la jurisprudencia han dado y abierto varias posibilidades de movimientos más expeditos y menos dispendiosos; es así como hoy el proceso llamado Pertenencia se vuelve más rápido y las personas pueden acceder de manera más eficaz y eficiente a lograr la titularidad de sus bienes inmuebles; Es de conocimiento que los Colombianos en la zonas rurales y urbanas tienen sus predios por generaciones ostentando ser dueños pero no tienen la titularidad del derecho de dominio sobre estos; Así que van creando a través de los años y el tiempo una falsa tradición; Lo que se conoce popularmente como venta o cesión de derechos herenciales o venta de derechos y acciones, cuando se transfiere el derecho de dominio de un bien inmueble urbano o rural a través del compra de estos derechos por medio de la misma solemnidad que es la escritura pública y finalmente el perfeccionamiento del acto jurídico en el correspondiente folio de matrícula ante la oficina de registro de instrumentos públicos concordante al círculo registral donde se encuentra el predio.

No solo la falsa tradición ha sido tradicionalmente lo que en muchos certificados de libertad se encuentra, también no se hallan los antecedentes registrales y más aún ni siquiera información de los predios en las entidades del Estado como en el sistema antiguo de las oficinas de instrumentos públicos, la Agencia Nacional de Tierras, IGAC- Instituto Geográfico Agustín Codazzi, u oficinas de planeación municipal; Es así como se observa el vacío que se tiene respecto a este tema pero también como se puede solucionar, es sorprendente que las únicas luces obtenidas sobre este tipo de predios inmobiliarios son las Notarías de nuestro país, pues a través de los años el notario se convirtió el guardador de la fe pública más inmediato, al cual podría y puede en la actualidad acceder la gente, este mismo se convierte en autoridad en lo que respecta a todos los tramites del derecho de tierras y como acceder a este, puesto que históricamente

la gente tenía la sensación que si estaba poseyendo de manera pacífica e ininterrumpida por varios años su tierra físicamente eran dueños y simplemente pasaban estos predios de generación en generación dentro de las mismas familias pero sin ningún trámite legal de hecho muchas de estas personas no saben qué área de terreno tienen o si verdaderamente la poseen.

De esta manera se abren varias brechas que hay que cubrir, pues básicamente Colombia es el país con tierra pero sin verdaderos dueños, puesto que es evidente que existe un déficit en la titularidad de tierra y el territorio, es así como con este capítulo se busca desarrollar de una manera eficaz y eficiente la manera como los ciudadanos actores de derecho, enfrentan los procesos para la legalización de tierras a través de los mecanismos e instituciones jurídicas que garantizan la propiedad privada para transferir, sanear y adjudicar terrenos y hacerlos titulares de derecho de dominio.

Se plantea una base objetiva en tres pilares fundamentales a desarrollar:

- Identificar las zonas del país donde existen espacios baldíos de propiedad pública, para a través de las oficinas de instrumentos públicos equilibrar y legalizar familias que tengan predios con falsa tradición.
- Realizar procedimientos jurídicos para titular predios baldíos y sanear la falsa tradición.
- Implementar mecanismos de información idóneos para que la comunidad tenga acceso de manera sencilla y eficaz a estos procesos legales con las instituciones que se encargan de este ámbito en Colombia.

II. ANTECEDENTES TITULACIÓN AL POSEEDOR DEL PREDIO URBANO Y RURAL EN COLOMBIA, FALSA TRADICIÓN

¿Cómo era la adjudicación de tierra en Colombia antes y después de la ley 1561 de 2012?

A lo largo y ancho de la historia de Colombia, la tierra ha jugado un papel fundamental, tanto a nivel económico, social y político, para poder analizar la anterior afirmación es necesario hacer un recorrido por la evolución

histórica de Colombia, partiendo desde la adjudicación de tierra en la época colonial, puesto que fue este, el punto de partida donde se inició el proceso de división y repartición de la tierra productiva.

Partiendo de la postura de Fernando Mayorga, en su artículo de la revista Credencial titulado “*La propiedad de tierras en la Colonia*”. La corona española desde el momento en que los conquistadores informaron del descubrimiento de nuevos territorios y de la posibilidad de colonizarlos y explotarlos en materia agrícola y minera, esta pensó en la fórmula para la administración y posterior explotación de dichas tierras. La figura implementada la denominaron “*las mercedes reales*”² esta figura consistía en donar tierras a colonos españoles que por lo general eran familias pobres o quebradas de España que llegaban a América a hacer fortuna, no solo la corona otorgaba la tierra, también concedía esclavos, para que dichas familias hicieran producir la tierra y así de esta manera poder pagar los altos impuestos que imponían los virreyes, si, los virreyes, porque una cosa era lo que ordenaba la corona española en cabeza del Rey y otra muy diferente lo que hacían los virreyes, por lo general, estos imponían impuestos altos, una parte para ellos y la otra para la corona. (Mayorga, 1954 Pág. 1).

Pero lo realmente interesante de “*las mercedes reales*” era que también adjudicaba tierras a indígenas con el fin que estos conformaran tierras comunales y que estas fueran explotadas y obviamente pagaran impuestos, dichos territorios eran tierras productivas, pero con un clima muy pesado, es decir, con calor o frío insostenible, clima que las familias españolas no soportaban y de manera tajante rechazaban dichas tierras por ese factor, otro elemento por el cual eran adjudicadas estas tierras a los nativos era el difícil acceso a ellas, ya que eran terrenos selváticos o montañosos, peligrosos por los animales que existían en dichas zonas, por eso era mejor

2 “La primera Audiencia creada en el Nuevo Mundo fue la de Santo Domingo, de la cual dependía el territorio del Nuevo Reino de Granada, porción de la gobernación de Santa Marta. La distancia entre la sede de ese tribunal y el Nuevo Reino imposibilitaba el control tanto del desempeño de los delegados del poder real (gobernadores o alcaldes mayores), como de la conducta de los titulares de encomiendas, que no siempre seguían las pautas señaladas por la corona en relación con el trato a sus encomendados. Esta situación decidió el envío del juez y visitador Miguel Díaz de Armendáriz a quien, además, como gobernador del Nuevo Reino, se le asignó la difícil tarea de implantar las Leyes Nuevas promulgadas en 1542 a fin de corregir los abusos de que eran víctimas los naturales tanto de parte de las autoridades como de sus encomenderos”. (Mayorga, 1954 Pág. 6).

otórgales los títulos a los que habitaban allá, a las personas que conocían y aguantaban físicamente dichas condiciones que la naturaleza imponía, con estas medidas la corona garantizaba su lucro y no exponía a la población a enfermedades o pandemias que no podían amortiguar. (Mayorga, 1954 Pág. 4).

En este contexto “*las mercedes reales*” se otorgaban cuando los colonizadores descubrían un nuevo territorio, realizaban la respectiva fundación y solicitaban a la corona la adjudicación de territorio, esta ley queda consagra en la Recopilación de 1680, sin embargo, los testimonios, o mejor, los títulos se demoraban mucho en llegar de España, por ende, la mayoría de los colonos poseían un título incompleto, ante esta dificultad, la corona y la corte otorgo la facultad a la real audiencia de expedir dichos títulos en 1754.

Y fue a partir de este año 1754, que las necesidades económicas de España iniciaron a aumentar, con esto, llego una reforma denominada “*la real Instrucción*”, que reglamentó el proceso para la adquisición de: las mercedes, ventas y composiciones de bienes realengos, sitios y baldíos. Esta nueva ley entro a imponer nuevas reglas de juego ya no era tan fácil tener tierra, y quien la tenía debía demostrar mediante documentación su legítima adquisición, puesto que si no la demostraba podía perderla. También estaban en riesgo las extensiones de tierra que no estaba en cultivo ya que eran tierras productivas y sin producir nada, por lo tanto, la corona también perdía impuesto sobre el cultivo.

La nueva reglamentación imponía un periodo de transición, es decir, los títulos obtenido antes de 1700, se consideraba legales, pero los adquiridos posterior a este año tenían que demostrar su legitimidad, esta legitimidad debía poseer medidas y avaluó, quien no cumplía podía compensa dicha falencia debía subsanarse de manera monetaria. (Mayorga, 1954 Pág. 7).

Estas medidas traerían éxito, casi 80 años después de su implementación, ya que los propietarios de tierra denominadas incultas debían hacerlas productivas ya sea con cosechas, en arriendo o en cría ganadera, no se podía tener la tierra paralizada y mientras se trabajaba la tierra se reconocía la posesión de la misma y no se iba a obligar a vender ni se le expropiaba.

Las leyes 7, 9, 12, 16, 17, 18 y 19 de la época reglamentarían la legitimidad de la propiedad anterior a la conquista, a los nuevos colonizadores se les daría instrucciones claras y las cuales decían: que no se podían repartir ni mucho menos apropiarse de las tierras donde estaban comunidades determinadas de indígenas y por el contrario deberían ubicarse lejos de dichos pueblos. Para la encomienda, las instrucciones fueron claras y los encomendadores no podían disponer de las tierras de los pueblos indígenas, solo de su tributo.

Dejando un poco de lado la complejidad de la adquisición de tierras y de títulos de propiedad en la época colonial, se abarca el siglo XIX, con la llegada de la independencia, la naciente Nueva Granada, los hacendados y los denominados criollos buscaron la forma de aniquilar las comunidades indígenas, por la tierra que estas poseían. Bolívar al ver tal acontecimiento realizó el decreto 20 de mayo de 1820, con el fin de devolver las tierras a los indígenas, esto se logró solo a las comunidades que podían demostrar con títulos la propiedad. Esto no duro mucho en el congreso de Cúcuta en 1821, se ordenó la repartición de los resguardos indígenas. Los pocos indígenas que lograban el reconocimiento de tierra no podían enajenarlas dentro de 10 años, posteriormente en 1843 aumento en 20 años pero en 1850 se abolió esta prohibición. (Mayorga, 1954 Pág. 9).

La problemática de tierras en Colombia, es un problema constante y se evidencia a lo largo y ancho de su historia, en 1912 surge la ley 110, mejor llamada el código fiscal, en esta ley se incluía la posibilidad que el particular podía constatar si la tierra que pretendía era de uso público o privado, esto llevaba a la solicitud de muchas tierras baldías.

Con todas estas prebendas el estado Colombiano fortaleció la clase alta y marco tajantemente la estratificación social, con las tierras llegaron las grandes industrias como la de los ferrocarriles, la ley 119 de 1919 buco “proteger los bosques y prohibió cualquier clase de denominación diferente y no se podrán categorizar como baldíos ni dar en venta” (Machado, 2009, pág. 45).

Ahora bien, se da un salto histórico y se analizan tres leyes importantes que permite dar una amplio visión de la problemática expuesta, la primera es la ley 200 de 1936, la segunda es la ley 135, de 1961 y por último la ley 1448 de 2011.

Con la ley 220 de 1936, bajo el gobierno de Alfonso López Pumarejo, expone:

1. que los propietarios invadidos antes de 1935 presentaran títulos originales o cualquier otro papel que indicara posesión, y si no eran válidos, las tierras eran consideradas como baldíos en los que se podían dar concesiones a colonos,
2. Los terratenientes que podían demostrar su posesión, debían pagar a los colonos sus mejoras,
3. Desconocía las reclamaciones de los colonos que hubieran invadido después de 1934, los cuales se constituían como intrusos ilegales,
4. Se introdujo el concepto social de la tierra, “la propiedad la garantiza la ley para el trabajo, no para el desperdicio, ni para el despilfarro, ni para el abandono” (LeGrand 1988, p. 194), y
5. Creó jueces de tierra, con la creación de estos jueces de tierra la ley abrió paso a la reclamación de tierras de víctimas de grande terratenientes e industriales que aprovechaban su poder para poder quedarse con grandes extensiones de tierras. (Machado 2009)

Si se analiza a profundidad esta ley, con las modificaciones realizadas desde su creación, se encuentra que está direccionada a los grandes emporios o a las familias económicamente fuertes.

El artículo 1 modificado por el artículo 2 de la ley 4 de 1973 infiere que el terreno no es baldío si posee una plantación, si tiene ganado o si posee algún tipo de actividad económica, como una cementera, ahora bien, un campesino que no posee tierra mucho menos dinero cómo puede hacer una actividad económica, la respuesta es muy sencilla no lo puede hacer y los únicos que lo hacen son las personas que poseen el músculo financiero.

Si se analiza el artículo 2, ratifica el anterior, para darle más fuerza, este expone:

“ARTÍCULO 2º.- Se presumen baldíos los predios rústicos no poseídos en la forma que se determina en el Artículo anterior”.

Este Artículo señala “predios rústicos”, es decir, predios que no poseen plantaciones ni actividad económica, en este punto, la ley se queda corta puesto que el territorio puede tener actividad turística por ejemplo una playa o el terreno de una comunidad indígena, es en este punto donde el conflicto por la tierra se agudiza, puesto que si el terreno esta rustico como dice la ley pero hay familias, y esto no lo contempla la ley, es más fácil desplazar dichas familias y solicitar dicho territorio. (Ley 220 de 1936 articulo 2)

En términos razonables y si se lee el anterior artículo se infiere que está en derecho pero se está determinando la función del juez en cuanto que expone que resulte de inspección ocular es decir lo que vea el juez, por ende si el juez no ve plantaciones y actividad económica va a fallar en contra de la familia que no posee el recurso para dicha actividad.

Se analiza la ley 135 de 1961, sobre la reforma agraria, y para esto se inicia por su objeto, el cual expone:

“Primero. Reformar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico; reconstruir adecuadas unidades de explotación en las zonas de minifundio y dotar de tierra a los que no las posean, con preferencia para quienes hayan de conducir directamente su explotación e incorporar a ésta su trabajo personal”. (Ley 135 de 1961)

Este objeto expone una teoría social, la cual está dirigida al campesino que no posee tierras y a limitar la expansión de las mismas a los que la poseen a mayor escala. Pero si se lee detenidamente expone que “con preferencia para quienes hayan de conducir directamente su explotación” es decir, se tiene en cuenta al campesino que no posee tierras, pero si no las puede explotar económicamente pues no se le puede adjudicar tierras puesto que va a tener preferencia el que si pueda explotarlas.

Se sigue con el objeto de esta ley:

“Segundo. Fomentar la adecuada explotación económica de tierras incultas o deficientemente utilizadas, de acuerdo con programas que provean su distribución ordenada y racional aprovechamiento”. (Ley 135 de 1961)

Es preocupante que el objeto exponga que “deficientemente utilizadas” por ende, si una comunidad o campesino no puede explotarla a gran escala, le quitan la tierra que posee, el objeto debería ser fortalecer los programas para que el campesino pueda explotar adecuadamente dicha tierra, pero no lo expone.

Se continua con el análisis del objeto:

“Tercero. Acrecer el volumen global de la producción agrícola y ganadera en armonía con el desarrollo de los otros sectores económicos; aumentar la productividad de las explotaciones por la aplicación de técnicas apropiadas, y procurar que las tierras se utilicen de la manera que mejor convenga a su ubicación y características”. (Ley 135 de 1961)

Es la puerta que el gobierno utilizo para la entrada de la explotación minera, puesto que no especifica y generaliza “otros sectores económicos”, pero el objeto es dejar al campesino sin nada y si tiene quitárselo por inconveniencia.

Siguiendo con el análisis de la ley el numeral cuatro expone:

“Cuarto. Crear condiciones bajo las cuales los pequeños arrendatarios y aparceros gocen de mejores garantías, y tanto ellos como los asalariados agrícolas tengan más fácil acceso a la propiedad de la tierra”. (Ley 135 de 1961)

En este punto la ley abre la puerta del arrendamiento, pero no se entiende, el objeto era generar una actividad económica productiva en los predios baldíos, por eso se le adjudicaban al que mejor demostrara que lo podía hacer, ahora el que supuestamente lo puede hacer, también puede arrendar, eso no se considera minifundio o mejor dicho en épocas medievales un señorío feudal.

Se prosigue con los dos últimos artículos del objeto de esta ley:

“Quinto. Elevar el nivel de la vida de la población campesina, como consecuencia de las medidas ya indicadas y también por la coordinación y fomento de los servicios relacionados con la asistencia técnica, el crédito agrícola, la vivienda, la organización de los mercados, la salud y la seguridad social, el almacenamiento y, conservación de los productos y el fomento de las cooperativas.

Sexto. Asegurar la conservación, defensa, mejoramiento y adecuada utilización de los recursos naturales.

Los fines que este artículo enumera servirán de guía para la reglamentación, interpretación y ejecución de la presente Ley”. (Ley 135 de 1961),

Para terminar la ayuda que el gobierno nacional le ofrece al campesino es la de créditos para arrendamiento o cultivos, es decir el que no tiene nada, se le otorgan créditos, en este punto entran el sector bancario, un crédito de un banco para un campesino que hace una cosecha y al final de esta y cuando le quede su ganancia va ser mínima, puesto que dicho crédito tiene intereses. Esta le está diseñada para los grandes hacendados, para el sector financiero y pare que el campesino colombiano se cada vez más pobre.

Se analiza la ley 1448 de 2011, es la ley de víctimas abordando su objeto:

“ARTÍCULO 1°. OBJETO. La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”. (Ley 1448 de 2011, ARTÍCULO 1)

El objeto remite al art. 3 de la ley el cual expone:

“ARTÍCULO 3°. VÍCTIMAS. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”. (Ley 1448 de 2011, Artículo 3)

Esta ley es excluyente puesto que reconoce a las víctimas desde 1985, es decir si a un campesino o comunidad indígena le quitaron su tierra en 1984 ya no puede reclamar, ya no es considerado víctima, el conflicto de tierras

como se ha dicho desde antes que este país se llamara Colombia. Este artículo fue demanda ante la Corte Constitucional mediante Sentencia C-250 de 2012, se pudo declarar inexecutable.

Continuando con el análisis de la ley el art. 8:

“ARTÍCULO 8°. JUSTICIA TRANSICIONAL. Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”. (Ley 1448 de 2011, Artículo 8)

No se habla de restitución pues la carga probatoria es de la víctima, la víctima, por lo general no tiene la carga probatoria esa la debe proporcionar el estado, por acción o por omisión puesto que hay un contrato social, donde el estado garantiza la seguridad al ciudadano.

Con la Ley 1182 de 2008, creada para sanear la pequeña propiedad agraria, pretendía ser un medio eficaz para sanear los pequeños inmuebles.

“Artículo 1°. señalaba, podrán sanearse, por medio del proceso especial establecido en la presente ley, los títulos que conlleven la llamada falsa tradición, para aquellos poseedores de bienes inmuebles cuya extensión en el sector urbano no sea superior a media hectárea y en el sector rural no sea superior a diez hectáreas, siempre y cuando su precaria tradición no sea producto de violencia, usurpación, desplazamiento forzado, engaño o testaferrato y no esté destinado a cultivos ilícitos o haya sido adquirido como resultado de dichas actividades”. (Ley 1182 de 2008, Artículo 1)

La Ley 1182 se derogó por cuanto solo aplicaba a predios con un área menor igual a 10 hectáreas y por la intensidad de motivaciones en las ponencias del proyecto de ley Nro. 258 de 2011 del senado, entre ellas, abrirse a la posibilidad de la titulación, elemento que no traía la 1182 que se abrogó mediante la ley 1561 de 2012.

Se observa que un certificado de libertad expedido por la oficina de instrumentos públicos de Facatativá Cundinamarca el 1 de Octubre del año 2020 a las 2:38 p.m., que el círculo registral; como anteriormente se menciona que cada oficina de instrumentos públicos tiene su correspondiente círculo registral, para el caso que se menciona, el círculo registral es el 156- Facatativá departamento de Cundinamarca Municipio San Francisco de Sales, vereda Arrayan.

Tiene en su encabezado los datos generales del predio como Matricula inmobiliaria, código catastral el nuevo y el anterior y dice que el folio de matrícula es ACTIVO, es decir que no ha sido modificado, excluido ni cerrado para abrir otros folios de matrícula así que se reconoce un cuerpo cierto en una sola matricula inmobiliaria, cabe anotar que el certificado de libertad de cualquier predio es básicamente la historia clínica de cualquier paciente, el certificado hace las veces, pues cuenta la historia por la que se ha sometido el predio y de esa manera a través de un abogado especializado identificar que tratamiento se debe aplicar.

Se observa que el certificado amplía en su introducción, una descripción del bien inmueble que corresponde a la de cabida y linderos (es decir con que cuento en terreno, y que tengo) informa que la descripción más detallada se encuentra en la escritura No 530 de fecha 3 de Agosto de 1946 en la Notaria Única de la Vega; como anteriormente ya se expuso que los verdaderos dueños de la fe pública y la historia de los bienes inmuebles reposan en las notarías de nuestro país; Trae una complementación que describe algo muy importante y es que “los derechos y acciones aquí tratados se encuentran radicados en la sucesión de Pedro Alejandro Soriano (NO CITAN MODO DE ADQUIRIR DEL MENCIONADO CAUSANTE). Como ven ya se está comenzando a configurar la falsa tradición en este inmueble.

Dirección del Inmueble:

Tipo de predio Rural, finca el Triangulo

Se empieza con el análisis de las anotaciones:

Anotación No 1

Fecha 04-11-1946, escritura 530 del 03-08 de 1946 Notaria de la Vega, la especificación es la 610 que son los códigos por los cuales registro tipifica cada acto sujeto a registro, en este caso **“VENTA DE DERECHOS Y**

ACCIONES (FALSA TRADICIÓN)". Las personas que intervienen en este acto donde los símbolos (X) es titular de derecho real de dominio y (I) titular de dominio incompleto, personas que intervinieron en ese negocio jurídico para esta fecha son de: Alvarado de Ávila Ignacia y Ávila Alvarado Eduardo A: Sánchez de Ramos Josefina. Esta última como nueva dueña.

Anotación No 2

Fecha: 05-08-1986 radicación 3544

Documento: Sentencia del 07-05-1983 juzgado 1 del circuito de Facatativá, la especificación es la 610 "**ADJUDICACIÓN SUCESIÓN (FALSA TRADICIÓN)**". Van a ver esto en las siguientes anotaciones hasta que no se sanee a través de la ley 1561 de 2012. Las personas que intervienen en el acto de Ramos de Sánchez Josefina A Sánchez de Ramos Abigail, esta última como nueva dueña.

Anotación No 3

Fecha: 18-08-1988 radicación 4671

Documento Escritura 1155 del 27-07-1988 Notaria 28 de Bogotá, la especificación es la **VENTA DE DERECHOS Y ACCIONES (FALSA TRADICIÓN)**". Personas que intervienen en el acto De Sánchez Ramos Abigail A. Méndez de Carranza María Helena, esta última como nueva dueña.

Anotación No 4

Fecha: 18-03-2016 radicación 2016-2916

Documento: escritura 2561 del 28-12-2015 Notaria 65 de Bogotá, la especificación es **ADJUDICACIÓN SUCESIÓN (DERECHOS Y ACCIONES: 0601 adjudicación sucesión derechos y acciones**, cabe anotar que la falsa tradición se deriva de la venta de derechos y acciones así que en este sentido se continúa con la falsa tradición en este predio, las personas que intervienen en el acto De Méndez Carranza María Elena A Carranza Méndez María Elena con la salvedad de que esta última es titular de derecho de dominio incompleto denominado por una (I), puesto que tiene esta última que tramitar el proceso de saneamiento de la falsa tradición par que en la siguiente anotación transfiera el derecho de dominio (X) COMPLETO.

El total de anotaciones para este certificado de libreta es No 4

Salvedades. Información anterior o corregida con radicado c2009-420 de fecha 01 de octubre del 2009 se actualiza ficha catastral con la suministrada por el IGAC, según resolución No 8589 del 27 de Noviembre del 2008 proferida por la S.N.R convenio IGAC-SNR de 23 de septiembre del 2008, anotaciones cero y numero de correcciones dos, radicación c 2014-705 con fecha 3 de Abril del 2014, se incluye nuevo número predial de 30 dígitos siniestrados por el IGAC (SNC) resolución No 8589 de 27 de noviembre del 2008 proferida por la S.N.R convenio IGAC-SNR de 23 Noviembre de 2008. Fin de este documento.

Ahora bien, como se apreciará, para adelantar un trámite de saneamiento de falsa tradición ante la jurisdicción ordinaria, en este caso la titular de derecho la señora María helena Carranza tendrá que a través de su apoderado presentar el proceso de DEMANDA ESPECIAL DE SANEAMIENTO DE TITULACIÓN DE INMUEBLE y agotar las etapas procesales de la misma en donde el juez hará traslado a las entidades correspondiente para saber entre otras cosas si el predio es BALDÍO pues si fuese así tendría un tratamiento diferente puesto que estos predios serian del Estado y la norma señala que según la ley 160 de 1994 “la propiedad de los terrenos baldíos adjudicables SOLO puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado, mediante acto Administrativo llamado RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN.” (LEY 1561/2012).

Es de esta manera como el juez emitirá oficios solicitando información a las siguientes entidades:

- I. Para los Señores COMITÉ MUNICIPAL DE ATENCIÓN INTEGRAL A LA POBLACIÓN DESPLAZADA: que indiquen si sobre el inmueble no se adelanta proceso de restitución de que trata la Ley 1448 de 2011 y el Decreto 4829 de 2011, o cualquier otro proceso judicial o administrativo tendiente a la reparación o restablecimiento a víctimas de despojo o abandono forzado de tierras, o que no se encuentre incluido en el registro único de tierras despojadas y abandonadas forzosamente de la Ley 387 de 1997 y demás disposiciones.

- II. Para los Señores OFICINA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL:
Que el bien inmueble no sea imprescriptible o de propiedad de las entidades de derecho público, conforme a los artículos 63, 72, 102 y 332 de la Constitución Política y, en general, bienes cuya posesión, ocupación o transferencia, según el caso, estén prohibidas o restringidas por normas constitucionales o legales. Y demás disposiciones.
- III. Para los señores INSTITUTO GEOGRÁFICO “AGUSTÍN CODAZZI”
- IV. Para los señores AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS.
- V. Para los señores FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Entre otras entidades normalmente en este proceso son 10 a las que se llaman para que den información sobre el predio al cual se le está llevando el proceso.

Caso No 2. Adjudicación de Baldíos personas Naturales

Si cualquier entidad de las anteriormente mencionados responde al juzgado que el predio pertenece a el Estado se inicia un proceso jurídico totalmente diferente llamado “Adjudicación de Baldíos personas Naturales” creado para iniciar el procedimiento correspondiente para lo cual el interesado a través de su apoderado diligencia formulario de solicitud de adjudicación predios baldíos de la Nación y se deben cumplir los requisitos establecidos en la norma.

Cabe anotar que en este capítulo se dan ejemplos en cuanto a las posibles situaciones jurídicas que se puede ver enfrentado el predio de la señora María Helena Carranza el cual se analiza, porque puede pasar que existan predios que ni siquiera tenga folio de matrícula ni escritura pública es decir ningún documento que pruebe la titularidad del mismo y en ese caso también se expone en el ámbito de los baldíos.

Para ser susceptibles de adjudicación de un predio Baldío se debe presentar solicitud ante el INCODER indicando los siguientes datos:

Personales:

Como nombres y apellidos, domicilio, documentos de identidad también se les solicitara el estado civil del peticionario, nombres completos del cónyuge o compañera permanente así como los nombres completos de los hijos menores y 6 datos más en cuanto al área personal.

Con relación al predio 6 datos que están expresamente especificados, aquí se relacionan algunos como Nombres y ubicación del terreno, área aproximada, clase de explotación adelantada en el inmueble entre otros.

Una vez el interesado realice y llene el formulario la ANT Agencia Nacional de tierras procederá a la recepción y estudio de la solicitud y esta a su vez lo ingresara al aplicativo **Titulación de baldíos persona natural enmarcado en el Macro proceso ordenamiento social y acceso a las tierras rurales/ proceso de titulación e baldíos**.

Después de esto la agencia registra en el aplicativo de baldíos, revisa la solicitud, ordena el levantamiento topográfico, esto lo hace la ANT, revisa la cartografía suministrada por alguna entidad que tenga información respecto al predio, establece si cumple con los requisitos, realiza una fijación de lista para determinar la inspección ocular del predio, realiza la revisión jurídica; En grandes rasgos se explica el proceso luego la ANT realiza la emisión de la resolución de adjudicación o negativa de la misma, seguido a esto notifica el acto administrativo e interpone recursos a que hubiese lugar y finalmente lo envía a la oficina de registro la copia de la resolución de adjudicación.

La ley 1448 de 2011, entre otras se expidió para legalizar predios rurales y urbanos a poseedores expulsados por los actores violentos y cuyo objeto es solucionar los problemas a las víctimas de despojo, una ley por tanto especial, que solo cubre a una porción de la población que tiene interés en recuperar sus tierras y que le sean tituladas.

Ante esta dificultad, donde su de aplicación es solo para los despojados, se vio la necesidad de expedir una norma más general que cumpliera con propósitos más ambiciosos. Para darle solución a este problema se expidió entonces la ley 1561 de 2012.

Teniendo en cuenta que el procedimiento establecido antes de la ley 1561 de 2012 para titulación de predios de pequeña entidad económica no constituye una herramienta eficiente para poseedores sobre predios de pequeña entidad económica, no solo por los costos en que se incurre sino por la tardanza de la obtención de documentos requeridos por la indicada ley.

Es evidente que en Colombia existe gran cantidad de predios tanto urbanos como rurales que carecen de titulación por consiguiente muchos poseedores de predios los que no han podido acceder a la propiedad, lo que se pretende estudiar es la eficacia de la presente ley objeto de estudio.

Lo anterior teniendo en cuenta que con la prescripción adquisitiva de dominio no se logró la mayor titulación posible de bienes inmuebles que están en posesión de muchas personas sin título de dominio.

Es si como se consideró que si se reduce la duración de los procesos de titulación de tierras, se solucionaba el problema de la falsa tradición y de la falta de titulación de predios de poseedores de pequeña entidad económica.

Cabe anotar que una persona que quisiese acceder a este proceso tiene que tener el título registrado a su nombre y que lleve el título de la falsa tradición, se explicará brevemente cuales son los fundamentos legales que componen en esta institución jurídica denominada:

FALSA TRADICIÓN:

- Transferencia de Derecho incompleto de dominio o sin antecedente propio.
- La enajenación de la cosa ajena.
- En la venta de posesión con antecedente registral.

Se observa que en Colombia sobre todo en las zonas rurales existen muchos predios con estas características en específico, la propuesta jurídica que se plantea es que la personas puedan acceder fácilmente a este proceso verbal especial por lo tanto se aconseja a los que están en esta situación jurídica que se acerquen a un especialista en esta área del Derecho para que los ilustre e instruya para iniciar y culminar de manera satisfactoria el proceso y ya ser dueño en su totalidad del Bien inmueble. (Ley 1561 de 2012).

Por obvias razones es muy importante tener la titularidad del bien y pasar de poseedor a titular de derecho de dominio completo pues esto trae muchos beneficios al nuevo propietario y este podrá acceder fácilmente a realizar negocios jurídicos con su propiedad.

Los funcionarios públicos como el superintendente de Notariado y Registro han hecho un gran intento en pasar estos bienes inmuebles de la informalidad a la formalidad requerida y llevarlos con sistema registral a folio de matrícula inmobiliaria, lo que se busca realmente con este tipo de proceso es un Saneamiento inmobiliario que escruta el desarrollo de orden público que instituye la ley a los fines de depurar el derecho de propiedad de un inmueble y depurar las reclamaciones del derecho de propiedad para que el juez competente decida quién es el verdadero propietario del bien inmueble y a esa persona el juez por primera vez le va a otorgar un certificado de título y la propiedad se vuelve más costosa en el mercado porque ya tiene otro tipo de garantía así que la persona puede acceder fácilmente a préstamos, hipotecas, leasing o cualquier otro tipo de fruto pecuniario al que haya lugar. (Ley 1561 de 2012)

Básicamente la estrategia es clara no se determina la falsa tradición como una condición “Falsa” la gente piensa que su certificado de libertad es falso, porque tiene este nombre la denominación jurídica como una figura creada por el Derecho registral en un código que crea y desarrolla la Superintendencia de Notariado y Registro para distinguir, reglamentar y concentrar los actos que se registran a nivel nacional en todas las oficinas de registro. (Ley 1561 de 2012)

Es así como en ese carácter se inscriben todos los actos contenidos y elaborados en escrituras públicas, pero que aun de esta manera con la solemnidad impuesta en el registro no logran alcanzar la propiedad de un bien inmueble. Puesto que por ningún motivo cumple con las formalismos legales requeridos para que se crea la verdadera transferencia de derecho de dominio de un dueño a otro, pero si quien tiene la calidad de poseedor u ostenta este derecho y este logro la escritura de su inmueble a través de sentencia en firme ejecutoriada y llevada a registro para luego ser protocolizada en una notaría del circulo notarial al cual corresponde; esta condición también genera la titularidad del bien y sana la tradición por prescripción adquisitiva de dominio.

Esta figura aparece a principios de los años 70 a partir del nuevo estatuto de instrumentos públicos pero se ha ido transformando y madurando durante el tiempo acomodándose a la situación momentánea del país y a las externalidades ocasionadas por el conflicto armado el desplazamiento y los actos terroristas que ha sufrido nuestro país durante estos años. (Ley 1561 de 2012)

Es así como el legislador en el 2012 logra encontrar una solución más expedita y practica en cuanto a titularidad se trate pero cabe preguntar ¿por qué el legislador duro tanto tiempo en centrarse a minimizar el proceso de la falsa tradición?

Y es que la economía procesal no ha sido fácil y no solamente en estos procesos si no en muchos otros que lleva la jurisdicción ordinaria, cabe recordar que antes, se llevaban estos actos en el libro de registros y las escrituras públicas a mano.

IV. CONCLUSIONES:

- Es muy importante destacar que Colombia es un país de tierra sin dueño legalmente conformado, se sabe por obvias razones que esto va desde la colonia, luego la sociedad feudal, los terratenientes que aún siguen existiendo en nuestro país y es que en este país realmente siempre el conflicto social y armado ha sido por la tierra, las entidades del estado después del proceso de paz han cogido bastante fuerza e importancia para estos temas, pero aún falta mucho pues las personas desconocen toda esta información y viven diariamente en un sueño creyendo que su parcela, casa o lote es suya y le pertenece.
- Cuando se analiza el certificado de libertad de la señora María Helena se hace una introducción a cuestionar sobre el procedimiento y así desglosar en este capítulo a grandes rasgos una explicación, que muy posiblemente esta información esta extremadamente parcelada, o difusa para la gente del común, y muchos no tienen los suficientes recursos para acceder a una asesoría jurídica y mucho menos para darle el poder a un abogado especialista en estos temas para que le realice y le lleve hasta su terminación el proceso.

- Es importante resaltar que la SNR Súper Intendencia de Notariado y registro respecto a temas de titularidad de tierra a creado las oficinas móviles para llegar a zonas apartadas del país y en donde se encuentran a distancias considerables las oficinas fijas solo con la intención de que Colombia ya no sea una tierra de todos y de nadie sino una tierra con títulos de adquisición, la media en la estadística de atención a la población que ha demostrado las oficinas móviles es que la mayoría de las personas que acuden para legalizar sus tierras son mujeres por eso la súper intendencia creo “Mujer en Propiedad”. Este programa ha sido un éxito en cuanto la transformación del país en tierras legales para todos.

V. BIBLIOGRAFÍA

<https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-149/la-propiedad-de-tierras-en-la-colonia>.

Revista Credencial No. 149 “La propiedad de tierras en la Colonia”
Mayorga F.

Ensayos Para La Historia De La Política De Tierras En Colombia De La Colonia A La Creación Del Frente Nacional. Absalón Machado C. Colaboración de Julián A. Vivas. Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) Bogotá, noviembre de 2009.

Suárez Montoya, Aurelio. Reseña de La tierra en la historia de Colombia. Memoria y Sociedad 19, n.º 39 (2015): 192-195.

Londoño Rocío, Centro Nacional de Memoria Histórica, (2016), Tierras y conflictos rurales. Historia, políticas agrarias y protagonistas, Bogotá, CNMH.

Secretaría General del Senado Ley 200 de 1936.

Secretaría General del Senado ley 135 de 1961.

Secretaría General del Senado ley 1448 de 2011

Decreto 0578 del 27 de Marzo del 2018

Artículo 665 del Código Civil

Concepto de la Corte Suprema de Justicia.

Ley 1561 del 2012.

Certificado de libertad generado con pin No 201001362834524011

La ley 1448 de 2011

Constitución Política de Colombia 1991

Decreto 4829 de 2011

WEBGAFRIA

http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes-accesibles/tierras_accesible.pdf

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16049>

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74153>

<https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>

http://www.notariasextadecali.com/index.php?option=com_content&view=article&id=231&Itemid=199

http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/3301/Rivera_Santiago_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

http://www.notariasextadecali.com/index.php?option=com_content&view=article&id=231&Itemid=199

<https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-136/la-administracion-de-justicia-en-el-periodo-colonial>



Se terminó de editar el libro electrónico
e impreso en septiembre de 2021 en
los talleres de Editorial Jotamar S.A.S.
Tunja, Boyacá Colombia.

