

**Responsabilidad del Estado por irregularidades en la función notarial**



**Lizeth Carolina Guzmán García**

**María Camila Montes Castaño.**

**Universidad Santiago de Cali**

**Facultad de Derecho**

**Centro de Investigación en Derecho (CEIDE)**

**Santiago de Cali**

**2019**

**Responsabilidad del Estado por irregularidades en la función notarial**

**Lizeth Carolina Guzmán García**

**María Camila Montes Castaño.**

**Monografía (Trabajo Investigativo) para Optar al Título de Abogado**

**Doctor**

**Andrés Felipe Cano Sterling**

**Tutor**

**Universidad Santiago de Cali**

**Facultad de Derecho**

**Centro de Investigación en Derecho (CEIDE)**

**Santiago de Cali**

**2019**

## Contenido

|   |    |
|---|----|
| Glosario.....   | 7  |
| Resumen .....   | 12 |
| Introducción.....   | 13 |
| Capítulo I. Aspectos del Proyecto de Investigación .....  | 15 |
| 1.1. Planteamiento de Problema.....   | 15 |
| 1.1.1. Formulación del Problema.....  | 16 |
| 1.1.2 Sistematización .....   | 16 |
| 1.2. Objetivos .....  | 17 |
| 1.2.1. Objetivo General.....  | 17 |
| 1.2.2. Objetivos Específicos.....   | 17 |
| 1.3 Justificación .....   | 17 |
| 1.4. Aspectos Metodológicos.....  | 19 |
| 1.4.1. Tipo de Investigación.....   | 19 |
| 1.4.1.1. Básica.....  | 19 |
| 1.4.2. Método de Investigación.....   | 20 |
| 1.4.2.1. Método Hermenéutico.....   | 20 |
| 1.4.3 Técnicas e instrumentos de recolección de información. ....   | 20 |
| 1.4.3.1 Población y muestra.....  | 20 |
| Capítulo II. Analizar la Jurisprudencia Sobre los Particulares que Ejercen Funciones Publicas .           | 22 |
| 2.1. Antecedentes de la atribución de funciones administrativas a particulares.....                       | 22 |
| 2.2. ¿En qué Consiste la Descentralización por Colaboración?.....   | 22 |
| 2.3. ¿Qué se entiende por particulares en la atribución de funciones administrativas?.....                | 25 |
| 2.4. Particulares que ejercen Función Pública según la Constitución Política de 1991 (Art.123)26          |    |
| 2.5. Particulares que Ejercen Función Pública Según la Jurisprudencia de la Corte<br>Constitucional ..... | 29 |
| 2.6. Particulares que ejercen Funciones Públicas según la Jurisprudencia del Consejo de<br>Estado.....    | 39 |

|  |    |
|--|----|
| Capítulo III. Analizar las funciones y regulaciones constitucionales y legales que tienen los notarios en Colombia.....                                      | 40 |
| 3.1. Naturaleza jurídica de los Notarios en Colombia .....   | 40 |
| 3.1.1. Jurisprudencia sobre la naturaleza notarial. ....   | 42 |
| 3.1.2. Servicios Públicos y fines esenciales del Estado. ....  | 43 |
| 3.1.3. Fe pública notarial como fin esencial del Estado.....   | 48 |
| 3.1.4. Función notarial como servicio Público .....  | 50 |
| 3.1.5. Normas legales que regulan a los notarios.....  | 52 |
| 3.1.6. Funciones legales del notario.....  | 55 |
| 3.1.6.1. Funciones tradicionales.....  | 56 |
| 3.1.6.2. Funciones constitucionales del notario. ....  | 57 |
| 3.2. Quién regula los servicios Públicos en la Constitución de 1991 .....  | 66 |
| 3.2.1. Estado social de derecho y servicios Públicos.....  | 67 |
| 3.2.2. Regulación vigilancia de la función notarial en Colombia. ....  | 70 |
| Capítulo IV. Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en los daños que cause un notario en el ejercicio o incumplimiento de sus funciones..... | 72 |
| 4.1 Evolución de la responsabilidad Extracontractual de Estado .....   | 72 |
| 4.2 Fundamentos y Elemento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. ....   | 75 |
| 4.3 Regímenes de Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano a partir de la Constitución Política de 1991. ....  | 77 |
| 4.3.1 Responsabilidad objetiva. ....   | 78 |
| 4.3.2. Responsabilidad subjetiva.....  | 79 |
| 4.4 Falla Probada del Servicio. ....   | 80 |
| 4.4.1. Elementos o presupuestos constitutivos.....   | 82 |
| 4.4.2 Causales de Exoneración. ....  | 83 |
| 4.5 Responsabilidad estatal por los particulares que ejercen funciones publicas .....  | 84 |
| 4.6 Responsabilidad del Estado por falla del servicio debido a los daños causados por los notarios en ejercicio de sus funciones.....                        | 89 |
| Capítulo V. Conclusión .....   | 91 |
| Referencias Bibliográficas.....  | 93 |

## Glosario

**El daño:** El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla en servicio (UNAD, 2019).

**Función notarial:** La función notarial es un servicio Público descentralizado por colaboración, ya que su prestación y las funciones inherentes a él, han sido encomendadas de manera permanente a particulares. Las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control, inspección y vigilancia que ejerce el Estado (UNAD, 2019).

**Función pública:** Según la Universidad Nacional en su “Módulo de gestión pública y derecho administrativo” establece:

“El término función Pública puede ser visto desde tres perspectivas, las cuales conforman globalmente el concepto objeto de estudio:

-General: Desde este sentido, usamos la acepción estudiada para referirnos a aquellas actividades que se encuentran exclusivamente en cabeza del Estado.

-Recurso Humano: También se entiende como función pública, las acciones desempeñadas por los funcionarios Públicos, los cuales representan el Estado.

-Relación Laboral: Desde la órbita de las relaciones suscitadas entre el Estado como empleador y los servidores Públicos en su condición de subordinados.

Establecidos estos criterios, es oportuno mencionar que el concepto de función pública hace alusión a la acción desplegada y/o cumplida por una persona natural

en virtud de su relación laboral con el Estado, y a través de la cual manifiesta de forma directa o indirecta la voluntad de la administración. Estos servidores Públicos ejecutan actividades que van dirigidas al logro del bienestar de la sociedad, a la postre, están al servicio de la nación y de los ciudadanos; por lo que tanto su vinculación como su ejercicio laboral están provistos de solemnidades y de un régimen jurídico especial.

La Procuraduría General de la Nación, percibe la función pública de siguiente forma:

La Función Pública se ha referido tradicionalmente al empleo Público, es decir, desde la actividad misma y desde el sujeto que como servidor Público la realiza. Sin embargo, hoy el rol de la Función Pública, como lo vemos desde la Procuraduría General de la Nación, es del mayor interés porque obedece a un concepto más amplio y complejo que hace referencia también a la forma de responder a las exigencias de la Modernización de la administración pública, tanto en los niveles centrales y territoriales. Por ello la Función Pública busca promover iniciativas desde la prevención que se dirijan a la reforma de la administración en dirección a la eficiencia, eficacia y economía en la acción administrativa. (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008, P. 13)

En virtud de lo anterior, la función Pública no sólo es tomada en su acepción formal, sino que también es vista con un criterio finalista, es decir se toman en cuenta además de las funciones que los servidores Públicos deben cumplir de acuerdo con la Constitución y la Ley, los resultados y el impacto obtenido con la ejecución de las mismas. De esta manera, la función pública es equiparada con principios de “buena gobernanza”, en la medida en que implica que con el cumplimiento de dichas funciones se logren los objetivos para las cuales éstas fueron creadas” (UNAD, 2019)

**Notariado Público y fe pública:** Un servicio Público que implica el ejercicio de la fe notarial. La fe Pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo expresado por este respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en el caso y con los requisitos que la Ley establece.

**Órgano de Control Estatal:** Es el organismo encargado de verificar y controlar las acciones de las distintas dependencias y entidades que ejercen recursos de carácter Público. Su objetivo principal es el de cumplir y hacer cumplir las distintas Leyes y reglamentos que norman y rigen el servicio Público (Arce, 2011 Pág. 71).

**Responsabilidad Extracontractual del Estado:** Es la obligación que pesa sobre el Estado de reparar los daños causados por los actos o hechos ilícito de sus órganos. La responsabilidad del Estado se basa en el principio de que todo daño causado ilícitamente por él debe ser reparado de Buena Fe., principio que se encuentra establecido en el Artículo 90 de la Constitución Colombiana de 1991.

Esta responsabilidad también se basa en el principio de *igualdad ante las cargas públicas*, una variante de la igualdad ante la ley, en el sentido de que nadie puede soportar más exacciones o perjuicios de parte del Estado que aquellos que la Ley expresamente señala como obligatorios o lícitos (Motta, 2010).

Actualmente se considera como un principio general de Derecho Público que el Estado debe reparar todos los daños ilegítimos que cause a los ciudadanos. En el campo del derecho internacional el Estado además puede tener responsabilidad internacional derivada de actos ilícitos y crímenes internacionales, independientemente de la respectiva responsabilidad individual de aquellos responsables (Aizenstatd, 2012)

**Superintendencia de Notariado y Registro:** La Superintendencia de Notariado y Registro, es una entidad descentralizada, técnica, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial. Esta entidad se encuentra adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia y tiene como objetivo La Superintendencia de Notariado y Registro ejerce la orientación, inspección, vigilancia y control de la prestación del servicio Público registral y orienta, inspecciona, vigila y controla el servicio Público notarial (Díaz, 2008).

**Teoría de Falla del Servicio:** Consiste en que se puede atribuir responsabilidad al Estado por responsabilidad subjetiva o falta o falla en el servicio, sea probada o presunta, la cual en un comienzo se definió por la Jurisprudencia como el mal funcionamiento del servicio, porque este no funcionaba cuando debía hacerlo, lo hacía tardía o equivocadamente, posteriormente mediante Sentencia del 30 de marzo de 1990 siendo M.P. Doctor Antonio José de Irisarri, se modifica la noción de falla del servicio y se le da un fundamento jurídico más amplio vinculado la falta o falla del servicio a la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, ya se general (C.N. artículo 2 Inciso 2)<sup>1</sup>, o específico, sin embargo esta nueva noción no se constituye en óbice para que el Consejo de Estado siga aplicando el concepto tradicional del mal funcionamiento.<sup>2</sup>

Dentro de la falla del servicio se pueden presentar: La falla probada que se refiere al régimen común de imputación de falla, y la falla presunta aplicada actualmente en los casos de responsabilidad médica; la jurisprudencia a sentado como elementos o características de este título de imputación: la falla del Servicio, el daño sufrido por el interesado, y el nexo causal entre el daño y la falla, al tratarse de una falla el Estado debe demostrar la ausencia de la misma,

---

<sup>1</sup> Ver sentencia del C.E. De noviembre 15 de 1995 Magistrado Ponente Jesús María Castillo

<sup>2</sup> Ver sentencia del C.E. De noviembre 15 de 1995 Magistrado Ponente Jesús María Castillo

probando que actuó con la debida diligencia y cuidado en la prestación del servicio (Gómez Ortiz, 2007 pág. 83).

## Resumen

Cada día en el entorno social, son de mayor frecuencia los diferentes altercados generados en la práctica notarial en el país, por el incumplimiento de las obligaciones encomendadas por medio de un marco Constitucional y legal del cargo ejercido por esta persona natural vinculada a las funciones propiamente dichas del Estado. Para lo cual es importante determinar como primera medida se desarrolla la jurisprudencia sobre los particulares que como mencionamos cumplen con el deber que les es atribuido para la administración consistente en la descentralización por colaboración en términos generales, seguidamente se desglosara las diferentes facultades de los notarios, según los regímenes atribuidos, la naturaleza de su cargo, la función notarial desde el punto de vista como un servicio Público prestado y reglamento fijado para su conducta.

Todo esto para determinar la responsabilidad del Estado sobre las funciones notariales ejercidas por particulares, para ello se despliega el temario sobre la evolución de la materia doctrinalmente, fundamentos y elemento jurisprudenciales y legales empleados en la medida del tiempo, regímenes patrimonial del Estado a partir de la Constitución de 1991; determinando la responsabilidad de carácter objeto y subjetivo para abordar con ello en última instancia la responsabilidad por falla probada del servicio, sus elementos y presupuestos constitutivos y las causales de la exoneración del Estado por la función notarial, así pues las cosas determinar la responsabilidad de la entidad estatal en términos de daño causado por funciones propias ejercidas por particulares.

## Introducción

El estudio realizado con referencia a la problemática de la responsabilidad del estado por irregularidades en la función notarial debido a ciertas circunstancias de modo, que surgieron con el auge de la constitución política de 1991 y fundamentalmente con el artículo 123, por medio del cual se le atribuye funciones públicas y de carácter esencial a los particulares, y como objeto de esta investigación a los notarios., lo que no debe confundirse con la figura de la privatización del servicio que es propia de la administración del Estado Colombiano por ostentar su categoría de Estado social de derecho y que por consecuencia de lo anterior opera la descentralización por colaboración de los fines esenciales contemplados en el artículo 2 de la carta política entre las que se resalta la función notarial con el fin de efectivizar y lograr la eficacia en el servicio y la atribución de la fe pública.

A su vez el precedente jurisprudencial como lo emite la corte suprema de justicia y el consejo de estado al determinar la función notarial como un servicio público a cargo de particulares que cumplen o ejercen funciones públicas que se rigen por directrices legales y constitucionales debido a la naturaleza jurídica que el estado colombiano le ha asignado a este fin de divulgar la autenticidad, imparcialidad y veracidad de los negocios jurídicos y actos notariales de cualquier índole realizado por los asociados.

Así mismo el estado colombiano según el régimen de responsabilidad patrimonial por los daños o cargas no soportables de los ciudadanos por el incumplimiento del servicio público prestado por los notarios y que se podría atribuir al estado de conformidad con el artículo 90 constitucional y teniendo en cuenta que el daño antijurídico que se le imputa por acciones u omisiones de dichas autoridades públicas. No solo es demostrar la falla del servicio proveniente

de una negligencia o mala prestación del servicio notarial sino también que dicho daño sea causado por violación de carácter obligatorio y expreso del estado. Por lo cual el daño ocasionado por un servicio público a cargo del estado, en consecuencia, los afectados o victimas podrán, por medio de acciones judiciales, concretamente demanda de reparación en donde el estado responderá patrimonialmente por la falla del servicio y el daño ocasionado.

## **Capítulo I. Aspectos del Proyecto de Investigación**

### **1.1. Planteamiento de Problema**

En Colombia los fines esenciales del Estado, consagrados en el Artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, son materializados a través del cumplimiento de las funciones de los servidores Públicos pertenecientes a las corporaciones Públicas y los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades des centralizadas territorialmente, por servicios y por los particulares que ejercen funciones Públicas al momento de ser desconcentrado dichas funciones por colaboración.

Entre los particulares que prestan funciones Públicas se encuentran los notarios, los cuales tiene en su cabeza la protección y garantía de la fe pública, ya que esta se la ha confiado el Estado. La fe Pública o notarial consiste en la plena autenticidad otorgada a todas las declaraciones que se emitan ante el notario y a lo expresado por este respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en el caso y con los requisitos que la Ley establece (Decreto 2148 de 1983).

La función pedante, como se denomina la facultad del notario de dar fe, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector Público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración (Sentencia C-1508/00), por ello es que el ejercicio de ella otorga responsabilidad directa a los notarios, como particulares, por los perjuicios que se generen por la omisión o por acción del incumplimiento de sus funciones, de carácter civil, penal y disciplinario, todas estas responsabilidades atribuida por el legislador en

los Artículos 6, 8 y 9 del Decreto Ley 960 de 1970, artículo 117 del Decreto 2148 de 1983 y por la corte Constitucional en las

Sentencia C-1508 de 2000 y C-93 de 1998.

Es decir, entonces, que todo daño que ocasione el notario en ejercicio de sus funciones a los particulares, este tiene la responsabilidad de resarcirlo. Pero ¿y el Estado debe entrar también a responder?

Como bien se dijo, el notario a pensar de ser un particular, está cumpliendo una función pública del Estado, la cual es darle la plena autenticidad y veracidad a documentos y declaraciones de los ciudadanos, por lo que es pertinente establecer si el actuar negligente o fraudulento del notario en ejercicio de la fe Pública notarial puede acarrear responsabilidad patrimonial al Estado según la teoría del daño dada en el Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, donde se establece la obligación de responder del Estado por los daños antijurídicos que cause.

### **1.1.1. Formulación del Problema**

¿Cuándo puede ser responsable el Estado por irregularidades en la función notarial?

### **1.1.2 Sistematización**

- ¿Cuál es la jurisprudencia sobre los particulares que ejercen funciones Públicas?
- ¿Cuáles son las funciones y regulaciones constitucionales y legales que tienen los notarios en Colombia?
- ¿Qué régimen de responsabilidad extracontractual del Estado es aplicable en los daños que cause un notario en el ejercicio o incumplimiento de sus funciones?

## **1.2. Objetivos**

### **1.2.1. Objetivo General**

Establecer la responsabilidad del Estado Colombiano por los daños causados en las funciones notariales.

### **1.2.2. Objetivos Específicos**

- Analizar la jurisprudencia sobre los particulares que ejercen funciones Públicas.
- Analizar las funciones y regulaciones constitucionales y legales que tienen los notarios en Colombia.
- Determinar el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado aplicable en los daños que cause un particular en el ejercicio o incumplimiento de sus funciones.

## **1.3 Justificación**

Cuando un servidor Público incumple con sus funciones y debido a ello causa un daño, el Estado es quien debe resarcir los daños patrimoniales que se causan, pues según la teoría de la falla del servicio, el Estado tiene una responsabilidad extracontractual por todos los daños ocasionados por violación del contenido obligacional a cargo del Estado, y al ejercer el Estado sus fines esenciales mediante sus servidores Público, es por la violación obligacional de estos por los que puede ser responsable el Estado.

El artículo 210 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece que los particulares pueden cumplir funciones administrativas, las cuales consisten en prestar un servicio Público, por lo que se puede establecer que los particulares están facultados por la Constitución para cumplir funciones que se encuentran en cabeza del Estado.

En razón a ello es que nace la responsabilidad del Estado también por los daños ocasionados por violación del contenido obligacional de los particulares que proporcionan un servicio Público, dado que dicho servicio que prestan debe ser proporcionado por el mismo.

Por lo antes expuesto, es que el desarrollo de esta problemática resulta ser útil para los abogados, jueces y sociedad en general, puesto que mediante este trabajo investigativo se pretende establecer con claridad si el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado es aplicable también por los daños que ocasione un notario en ejercicio de sus funciones, dado que según los Artículos 6, 8 y 9 del Decreto Ley 960 de 1970 y Artículos 117 del Decreto 2148 de 1983 el notario solo tiene responsabilidad Civil, Fiscal, Penal y Disciplinariamente.

Asimismo, resulta conveniente indagar sobre aspectos que no han sido revisados a fondo con antelación, para tener certeza y claridad de la aplicación efectiva del régimen de falla del servicio en la situación fáctica planteada, toda vez que los servicios que prestan los notarios son muy amplio y para nadie es un secreto que en esta actividad se presentan daños antijurídicos, generalmente patrimoniales por tratarse mayoritariamente del ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes, que perjudican a los usuarios imponiéndoles cargas administrativas que no deben soportar.

Adicionalmente, esta investigación resulta útil para la doctrina jurídica, ya que es importante plantear si efectivamente es predícale un régimen de responsabilidad Estatal que no

se encuentra de forma expresa en las normas ni en la jurisprudencia de las Altas Cortes Colombianas.

Además, esta investigación puede resultar útil, pues con ello se busca de igual forma establecer un marco jurídico para proteger a las personas que sufran daños por el mal obrar de notarios.

Finalmente, con este proyecto puede surgir el propósito de constituir por parte del Estado un marco jurídico eficiente y veraz, aplicable a estas situaciones, puesto que la ley no es clara y el desarrollo jurisprudencial respecto al caso en concreto resulta insuficiente para determinar un criterio sólido.

## **1.4. Aspectos Metodológicos**

### **1.4.1. Tipo de Investigación**

#### **1.4.1.1. Básica.**

El proyecto de investigación sobre la responsabilidad estatal por irregularidades en la función notarial es una investigación de tipo básica no experimental, ya que con ella se pretende sistematizar los parámetros y normas jurídicas expuestos sobre el tema. Es básica porque se otorga primacía a la sistematización de conceptos de carácter jurídico (Bustamante, 2002 pág. 24).

## **1.4.2. Método de Investigación**

### **1.4.2.1. Método Hermenéutico**

La investigación ha realizar está relacionada con la interpretación de la norma jurídica, sea Leyes, Códigos y Decretos, que rigen el derecho administrativo y notarial, pero más que eso es el vacío, laguna jurídica o impresión normativa que existe frente a la indignación de la responsabilidad extracontractual al Estado cuando un notario con su falla o falta en el servicio cause daños a un ciudadano. En esta investigación realizara la interpretación del derecho, mediante el método sistemático y sociológico con el objetivo de descubrir omisiones entre las normas o el sistema jurídico para regular los objetos de estudio de este proyecto de grado.

## **1.4.3 Técnicas e instrumentos de recolección de información.**

### **1.4.3.1 Población y muestra**

Se realizará revisión bibliográfica, selección de información, análisis de información, sistematización de la información de la Constitución Política de Colombia, de las normas jurídicas y de doctrina que trate sobre las diferentes funciones, deberes y responsabilidades que posee un notario en el ejercicio de sus funciones.

**Fuente de información:** Primaria (jurisprudencial) y secundaria (*libros, enciclopedias jurídicas, monografías tesis, y en general material doctrinal jurídico*)

**Técnica e instrumento de recolección:** Análisis de doctrina y jurisprudencia relacionada con las diferentes funciones, deberes y responsabilidades que posee un notario en el ejercicio de sus funciones.

**Población y muestra:** Se realizará revisión bibliográfica, selección de información, análisis de información, sistematización de la información doctrinal y jurisprudencial en la información sobre el control vigilancia y regulación que realiza el

Estado a la función notarial

**Fuente de información:** Primarias (Constitución, Leyes y Decretos de la República de Colombia)

**Técnica e instrumento de recolección:** Análisis de la Constitución, doctrina y Leyes relacionadas con control, vigilancia y regulación que realiza el Estado a la función notarial.

**Población y muestra:** Se realizará revisión bibliográfica, selección de información, análisis de información, sistematización de la información de material doctrinal y jurisprudencial para establecer el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado aplicable en los daños que cause un notario en ejercicio o incumplimiento de sus funciones

**Fuente de información:** Primarias (Constitución, Leyes y Decretos de la república de Colombia) y Secundaria (Tratados de Derecho, compilaciones, libros, enciclopedias jurídicas, monografías tesis, conferencia, trabajos de grado, estudios jurídicos, publicaciones, revistas jurídicas y en general material doctrinal jurídico)

**Técnica e instrumento de recolección:** Análisis de sentencias de las Altas Cortes, doctrina y Leyes relacionadas con el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado aplicable en los daños que cause un notario en ejercicio o incumplimiento de sus funciones.

## **Capítulo II. Analizar la Jurisprudencia Sobre los Particulares que Ejercen Funciones Publicas**

### **2.1. Antecedentes de la atribución de funciones administrativas a particulares**

El derecho administrativo colombiano como el de la mayoría de los países Latinoamericanos fue elaborado a partir del sistema Francés del Régimen

administratif, por contraposición al sistema anglosajona del Common Law, la influencia del sistema administrativo francés fue muy importante en la evolución del derecho administrativo sin embargo en los últimos años el sistema administrativo ha surgido muchos cambios debido a la regulación en la actividad económica y el rompimiento del equilibrio tradicional lo que llevo al Estado a implementar la atribución de funciones a particulares.

Surgió inicialmente en Francia como un modelo llamado descentralización por colaboración con una iniciativa del Estado debido a que en un momento se vio en dificultad para cumplir con las funciones de la administración y esto generaba un desequilibrio administrativo, por tal motivo decide implementar este modelo en donde asigna a los particulares dichas funciones que no se estaban pudiendo cumplir, teniendo así no solo un cumplimiento y una descongestión del cuerpo administrativo sino también una mayor satisfacción social.

### **2.2. ¿En qué Consiste la Descentralización por Colaboración?**

La descentralización por colaboración, también llamada descentralización corporativa es una forma de descentralización de la administrativa que se presenta cuando personas privadas o

particulares ejercen funciones administrativas autorizadas y atribuidas por ministerio de la Ley, es decir que la descentralización por colaboración consiste en que personas particulares, ya sean naturales o jurídicas, prestan funciones administrativas en interés general o de funciones públicas especiales con el fin de obtener una colaboración en la administración pública.

En Colombia la atribución de funciones administrativas a particulares surgió debido a que la Corte Suprema de Justicia y el Concejo de Estado Colombiano recopilaron la información de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, con el fin de evaluar e implementar este modelo de descentralización por colaboración en la administración pública debido a que Colombia presentaba grandes índices de congestión en el sistema administrativo.

Con la expedición del Decreto 1 de 1984 Código Contencioso Administrativo se reconoció de forma expresa el modelo de descentralización por colaboración, en los artículos: “Art 1 Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio

Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas.” “Art 82 La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital Público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado...” es decir no solo se encarga de dirimir los conflictos que surgen en la administración Pública sino también no que resulte de personas particulares que presten una función administrativa. Y para terminar el “Art 128 define la Competencia que tiene el

Consejo de Estado en el Numeral 1: De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.”

Es entonces que la descentralización por colaboración consiste en la asignación a los particulares para que desempeñen funciones públicas tal como lo establece la Corte Constitucional:

Cuando la administración Pública no asume la prestación de determinados servicios, puede ocurrir que la ley autorice a los particulares para que tomen a su cargo la actividad respectiva, presentándose, entonces, la figura de la descentralización por colaboración, autorizada mediante los artículos 1º., 2º., 123, 209, 210 y 365 de la Constitución Política. En la descentralización por colaboración, un determinado tipo de entidad privada, nacida de la libre iniciativa de los particulares, y que inicialmente se constituye para cumplir propósitos que sólo interesan a éstos, en razón del conocimiento y la experiencia por ella acumulados, es investida por Ley de determinadas funciones Públicas, bajo la consideración de que su cumplimiento resulta más eficiente en cabeza suya que en cabeza de una entidad estatal. En cada caso de asignación de tales funciones, la misma Ley regula de manera cuidadosa todos los aspectos relacionados con el carácter Público de la función encomendada. (Sentencia C-909/07).

Las normas de Código Contencioso Administrativo citadas anteriormente nos muestran los avances normativos y legales que fueron surgiendo en el Estado Colombiano debido la necesidad de cumplir con las satisfacciones de la administración Pública, claro está que esos cambios de descentralización del Estado se realizan tal y como lo expresa la Ley, con el fin de cumplir de forma satisfactoria la gestión Pública.

Por otra parte, podemos ver como la Jurisprudencia Nacional, reconoció la existencia de actos administrativos originados por particulares ya sean personas naturales o personas jurídicas como las entidades privadas en reiterados pronunciamientos, como en este caso lo manifiesta la Corte Constitucional en sus consideraciones:

La Corte, es oportuno abordar el tema relativo al cumplimiento de funciones administrativas por entidades privadas. Al respecto debe puntualizarse que el acrecentamiento de las tareas que el Estado moderno debe asumir, y en particular de aquellas que el poder ejecutivo desempeña, condujo al afianzamiento progresivo de una tendencia, que tuvo sus manifestaciones iniciales en el derecho Público francés, y que justamente estriba en autorizar el ejercicio de funciones administrativas a particulares más allá del marco de la concesión, pues, rebasando ese ámbito limitado y tradicional, se buscó el concurso de sectores no estatales mediante modalidades novedosas de acción que en algunos eventos pretenden la integración de personas particulares a las estructuras administrativas, y en otros, favorecen la existencia de entidades pertenecientes al sector privado a las que el Estado les asigna determinadas funciones públicas, con el objeto de satisfacer, por ese medio, intereses de carácter general.” (CORTE CONSTITUCIONAL (Sentencia C-166 de 1995)

### **2.3. ¿Qué se entiende por particulares en la atribución de funciones administrativas?**

Debido a que el legislador colombiano no ha especificado que personas pueden ser particulares se sustrae entonces que particulares será personas naturales o personas jurídicas siempre y cuando cumplan con las condiciones que establezca la para cumplir con las funciones administrativas.

Personas Naturales: el Código Civil en su Art 73 define a las personas naturales como todo individuo de la especie humana sin distinción alguna, sin importar su edad, sexo o condición social, y que con el simple hecho de ser persona tendrá personería jurídica, es decir ser sujeto de derecho y contraer obligaciones.

Persona Jurídica: el código civil en el Art 633 denomina la persona jurídica, una persona ficticia con la capacidad de tener derecho y contraer obligaciones civiles y que pueda ser representada judicial y extrajudicialmente, estas pueden ser sociedades, fundaciones, corporaciones entre otras.

#### **2.4. Particulares que ejercen Función Pública según la Constitución Política de 1991 (Art.123)**

Para abordar el régimen de servidor Público, es menester citar al académico Marcel Waline, quien nos ilustra en aras de dar una interpretación a la administración pública desde un aspecto humano y funcional, adoctrinando: "... la administración pública se hace, desde luego y esencialmente por los hombre", para que de esta manera podamos deducir, que es posible entonces el desarrollo de los fines esenciales del Estado en la vinculación progresiva de particulares, en razón a las capacidades intelectuales, actitudes y aptitudes en la realización de actividades de las cuales es garante el Estado, proceso que corresponde a lo que en la etapa contemporánea conocemos como la descentralización por colaboración, es decir, como lo ha dicho la Corte Constitucional, en Sentencia del 31 de octubre de 2007, Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, "En la descentralización por colaboración, un determinado tipo de entidad privada, nacida de la libre iniciativa de los particulares, y que inicialmente se constituye

para cumplir propósitos que sólo interesan a éstos, en razón del conocimiento y la experiencia por ella acumulados, es investida por ley de determinadas funciones públicas, bajo la consideración de que su cumplimiento resulta más eficiente en cabeza suya que en cabeza de una entidad Estatal”.

En cada caso de asignación de tales funciones, la misma ley regula de manera cuidadosa todos los aspectos relacionados con el carácter Público de la función encomendada. Que se encuentra ubicada en el escenario más amplio de la participación de los administrados en las decisiones que los afecten dentro de marco económico, político, administrativo y cultural de la Nación.

El concepto de servidor Público, lo desarrolla precisamente la Constitución Nacional de 1991, en el cual vincula a todas las personas que están al servicio del Estado y de la comunidad, con lo que se quiere entender en términos del poder Público como la razón de ser de los fines de la sociedad y del Estado y no de perseguir un beneficio o interés particular. Es decir, que el servidor Público está en aras de prestar un servicio propiamente dicho y ejercer “función pública” en sus diversas modalidades, pues independientemente de su denominación dentro de la estructura orgánica de las entidades públicas que el Estado extiende o restringe a su arbitrio. (Guerrero Orozco Omar. Principios de administración pública, catedra Colombia. ESAP 1997).

En Colombia, la estructura constitucional alude al fenómeno aquí descrito en los Artículos 123, 365 y 210, en la que se establece como primer enfoque la determinación del tipo de régimen aplicable a los particulares que prestan de manera temporal sus servicios en la función pública y la regulación de su actividad o ejercicio; así mismo en el segundo los particulares prestan servicio Público y finalmente según las voces del Artículo 210, “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley”

El Artículo 131 de la Carta Política instituye la función notarial como un servicio de carácter Público en el que se advierte una de las modalidades de la descentralización por colaboración, ya que la prestación del servicio y de las funciones en desarrollo de ese servicio son propias a él, encomendadas de manera permanente a particulares, como que son estos depositarios de la fe pública, entendida como autenticidad, veracidad de contenido, seguridad jurídica. “mientras consideramos a los hombres en un Estado de mera asociación natural, ordenadas sobre principios igualitarios, no será posible imaginar el concepto de la fe pública, es decir, de un vínculo común que los obligue a creer ciertas cosas.

La autoridad pública crea signos materiales y delega en ciertos ciudadanos la potestad de asegurar, por medio de tales signos y, las condiciones de un objeto venal o la existencia de ciertos hechos y convenciones; así tenemos pues la aparición de los sellos o timbres, los funcionarios Públicos destinados a dar a los ciudadanos testimonios fehacientes con presunción de veracidad; y los documentos Públicos, destinados a probar los hechos y convenios consignados en ellos. Por lo anterior es unos de los servicios Públicos denominados como de la esencia del Estado.

Las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y revisten de control y vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios Públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares.

Siguiendo este derrotero, la jurisprudencia de esta Corporación, señaló respecto del concepto de descentralización, que se trata de “...un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización

territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas”.

Sentencia C-496 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así pues, las decisiones que adopten los notarios pueden ser debatidas ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, además, el Decreto 960 de 1970 aluden a la responsabilidad Civil en la que pueden incurrir siempre que causen daños y perjuicios a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación de este.

## **2.5. Particulares que Ejercen Función Pública Según la Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

De acuerdo con la separación definitiva entre los ámbitos Públicos y privados, referente al desarrollo de las diversas actividades de interés comunitario, se vislumbra el afianzamiento de una materialización de los asuntos de carácter Público, por cuya virtud los particulares que se vean vinculados y prestando su Labor a un gestión determinada del Estado, si bien es cierto, sigue ostentando su vinculación y condición pero no desvinculado a los controles y las responsabilidades que emanan del desempeño de dichas funciones públicas que según lo expuesto tiene su raíz material, encontrándose como referencia: la función y el interés Público sintetizados en las tareas otorgadas a sujetos particulares.

La Corte Constitucional en diversas sentencias plasma postulados que conviene transcribir como es la Sentencia C286 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo en la cual expresa:

Cambia así sustancialmente la lectura del Artículo 6 de la Constitución política, que ya no admite la interpretación 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 a 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 una condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta 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 de Estado desde el punto de vista subjetivo (Sentencia C286 de 1996).

De conformidad con lo expuesto, resta concluir que la prestación del servicio Público de educación por los particulares no comporta el ejercicio de funciones públicas, en cuanto no corresponde al desarrollo de competencias atribuidas a los órganos o servidores del Estado.

La Sala en reciente providencia dictada dentro del expediente ACU 798 señaló las diferencias entre función y servicio Públicos; manifestó:

El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor Público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al

Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.

En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, “Es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa”; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio Público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél.

Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre función y servicio Públicos, que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho Público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, ‘esta distinción procede de la Doctrina Italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios Públicos» hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio Público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder Público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización).’ (Negrilla fuera de texto).

Como ya lo ha señalado en otras oportunidades la Corte Constitucional, uno de los elementos más importantes en el proceso de conformación del Estado Social de Derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de

responsabilidad, mirado no solamente desde la órbita del Estado sino también de los particulares.

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el papel de los agentes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la ampliación del nivel de responsabilidad del agente Estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos Públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

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 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.

El mismo Artículo estableció la obligación a cargo del Estado de repetir contra el agente por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Esta disposición Constitucional se enmarca en el objetivo específico del

Constituyente de obligar al servidor Público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas. El

Constituyente también quiso en este sentido someter al servidor Público a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

La noción de servidor Público establecida en la Carta tiene así una connotación finalista y no puramente nominal. Al respecto, recuérdese que conforme al Artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras razones, “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y cómo al tenor del Artículo 209 Constitucional son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los “(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”.

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el Artículo 123 señala que la Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el Artículo 210 Constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole.

Sobre el particular ha dicho que:

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.

En cuanto al ejercicio directo de funciones administrativas cabe precisar que en la Sentencia C-866 de 1999, luego de recordar los antecedentes contenidos en las Sentencias C-166 de 1995 y C-316 de 1995, diferenció claramente este fenómeno con el de la privatización.

Dijo la Corte:

...resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.

Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que, siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a

políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse en los criterios del Artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

En la misma Sentencia C-866/99 donde se examinó la constitucionalidad de los Artículos 110 y 111 de la ley 489 que establecen el régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones administrativas, -las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución, en los términos de los Artículos 123 y 210 de la Constitución-, la Corte precisó que no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares mediante este mecanismo, sino que la Constitución y en determinados casos la Ley establecen límites que impiden la atribución a los particulares de funciones (i) de contenido Político o Gubernamental, (ii) de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, (iii) “exclusivas” de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública, (iv) de aquellas que nunca han Estado en cabeza de las autoridades administrativas y que por tanto requieren de Norma Constitucional o Legal expresa y directa para ser atribuidas como el caso de determinadas funciones atribuidas a los notarios y a las Cámaras de Comercio (v) o que vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga.

Al respecto señaló:

(...) La Corte entiende que en este campo de las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en aquellas otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de estas a particulares no se refieren las normas constitucionales pertinentes. Este es pues, el primer criterio de delimitación. Empero, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deduce una serie más de limitaciones (Sentencia C-866/99).

En efecto, en primer término, la propia Constitución prohíbe la asignación de ciertas funciones a particulares, al considerarlas “exclusivas” de las autoridades

administrativas. En este sentido, por ejemplo, las funciones que ejerce la Fuerza Pública son únicamente suyas, como se deduce del Artículo 216 superior, según el cual dicha fuerza está integrada “en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y de Policía

Nacional”, asunto sobre el cual la Corporación se pronunció:

En esos términos, el servicio Público de policía está íntimamente ligado al orden Público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio Público de policía no pueden concurrir los particulares, y así lo precisa el Artículo 216 de la Carta Política al estipular que “la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Así pues, el primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad.

Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Así, por ejemplo, la propia Ley demandada en esta causa, en aparte no acusado, indica que, si bien ciertas funciones administrativas son atribuibles a los particulares, “el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función.” Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del Artículo 6° de la Carta, y que, según el conocido aforismo jurídico *nemo dat quod non habet*, indica que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios.

Esta limitación indica, adicionalmente, que la atribución de funciones administrativas que nunca han Estado en cabeza de las autoridades administrativas requiere de norma Constitucional o Legal expresa y directa, distinta de aquella otra que, como la Ley bajo examen, regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares. Un ejemplo de esta atribución directa se encuentra en la norma superior que otorga a los notarios el ejercicio de la función pedante, o en la disposición legal que atribuye a las

cámaras de comercio el llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar y certificar las costumbres mercantiles, etc.

Por último, encuentra la Corte que la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad en el ejercicio de las funciones que le son propias. Si, en los términos del Artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella –la investidura- perdería sustento jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribúyete o a la privatización indirecta del patrimonio Público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones.

Así pues, la Corte encuentra que le asiste razón al demandante cuando afirma que no todo tipo de funciones administrativas pueden ser atribuidas a los particulares; empero, no acoge el criterio orgánico al cual él acude para fijar el límite, según el cual sólo cabe tal atribución en

las funciones que son ejercidas actualmente por el sector descentralizado de la Administración (descentralización por servicios). Entiende, en cambio, que los criterios de restricción son los anteriormente expuestos, que resultan de la interpretación sistemática de la Constitución y de principios de derecho Público comúnmente admitidos en nuestra tradición jurídica”.

## **2.6. Particulares que ejercen Funciones Públicas según la Jurisprudencia del Consejo de Estado**

El consejo de Estado establece como fundamento para los particulares que ejercen funciones públicas que no son ni serán servidores Públicos pues así la Constitución Política permita que los particulares se le sean asignadas funciones de la administración pública y que esto con lleve a tener un mayor compromiso con el Estado esto no modificara su estatus de particular frente al Estado según el radicado No. 110010328000201000040-00 de la Consejera Ponente MARÍA NOHEMÍ

HERNÁNDEZ PINZÓN del Consejo de Estado distinguiéndose los particulares y los servidores Públicos, pues los servidores Públicos ejercen su función de manera permanente, en tanto que los particulares lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la categoría servidores Públicos quedan comprendidos

Los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (Destaca la Sala), mientras que los particulares prestan el servicio, con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido temporalmente asignadas, como así lo indica el Artículo 116 de la Constitución frente a quienes son investidos transitoriamente de la función de administrar justicia.

### **Capítulo III. Analizar las funciones y regulaciones constitucionales y legales que tienen los notarios en Colombia**

#### **3.1. Naturaleza jurídica de los Notarios en Colombia**

Para empezar, vamos a establecer el concepto de Notario, viéndolo desde su naturaleza jurídica su significado, proviene del latín “notarius” definición de secretario, cuya noción es concebida como funcionario Público facultado para dar fe de los contratos, testamentos, y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes, es entonces que el notario es la persona natural que presta un servicio Público, y que esta investido por la Ley al momento de dar fe pública.

Vamos entonces a determinar cuál es la naturaleza del notario, es decir, cuál es su esencia y las características de la labor que realiza según el tratadista Ávila

Álvarez expresa que el fundamento o la naturaleza de la función notarial radica en

Intervención tanto en la figura del negocio jurídico como en su plasmación documental, de alguien con preparación jurídica imparcial profesional y responsabilidad por si actuación (Díaz, 2000, pág. 148).

La naturaleza jurídica de los notarios en Colombia también se encuentra establecido en el Decreto 960 de 1970 por cual se expide el estatuto del notario, este decreto en su artículo tercero (3) establece cual es la competencia de tienen los notarios en Colombia, dentro de estas funciones entonces se encuentran tales como:

**Artículo 3°.** 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 ordenen 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 - probatorio 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 prescritas en la Ley.
- Las demás funciones que les señalen las leyes.

### 3.1.1. Jurisprudencia sobre la naturaleza notarial.

Para la corte Constitución, la naturaleza notarial se centra principalmente en la fe pública en general, es decir, que pone autenticidad a los diferentes documentos y a las escrituras públicas que emite, además debido a que estos documentos surgen de las relaciones jurídicas sin importar que sea entre personas naturales o jurídicas, teniendo en cuenta que los notarios tienen autonomía en la realización de su función, la Sentencia (C-741 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Es una función pública que se ejerce bajo la figura de la descentralización por colaboración ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él han sido encomendadas, de manera permanente, a los particulares”. Agrega que de acuerdo con los artículos 210 y 365 de la Constitución, estos funcionarios están sometidos al régimen jurídico fijado por el legislador y a vigilancia y control por parte del Estado.

Concluye sobre este aspecto de su argumentación que: a los notarios les asiste el carácter de autoridades administrativas, por lo tanto (...) en el cumplimiento de sus labores relacionadas con **la fe pública** toman el carácter de autoridades, pero de ninguna manera puede asimilarse a aquella potestad que la Constitución les ha reservado a determinados sujetos para administrar justicia (Sentencia (C-741 de 1998).

La Corte también manifiesta que se debe entender como naturaleza jurídica notarial con la función testimonial, así como debe impartir veracidad en los diferentes documentos al notario debe constatar como un testigo de que las personas que están contrayendo los documentos escritura y demás si son los mismos que se encuentran presentes firmando.

Pese a esto lo anterior también se ha presentado varias controversias a la hora de definir la naturaleza jurídica de los notarios debido a su condición de colaboración por descentralización, pues si bien no es un funcionario Público si cumple funciones públicas es entonces que su naturaleza se basa principalmente en la función encargada como notario de establecer fe pública y de asegurarse de la veracidad y los documentos que autentica.

El oncejo de Estado comparte el concepto establecido por la Corte Constitucional donde afirma que la naturaleza jurídica del notario está basada en:

El notariado es un servicio Público que se presta por los notarios (particular) e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece.” (Consejo de Estado-C.P. Lucy Jeannette Bermudez --2012-00055-01).”

Del supuesto establecido por la jurisprudencia podemos decir entonces que la naturaleza jurídica de los notarios si bien se encuentra establecido dentro del Decreto 960 de 1970 donde establecen las competencias y funciones que estos cumplen una labor revestida principalmente para impartir fe pública y dar credibilidad y certeza como testigos de los documentos que emita.

### **3.1.2. Servicios Públicos y fines esenciales del Estado.**

El paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho no tiene de diferente el haber sido añadida la palabra “social”; esta expresión, Estado social de derecho, conlleva un contenido específico, de nivel conceptual, que propugna porque el fin del

Estado sea el bienestar social de todos sus asociados. Sus antecedentes se remontan a la Ilustración Francesa en el siglo XVIII, donde se llevaron a cabo muchísimos cambios conceptuales.

La concepción del Estado para el servicio de sus asociados data de la antigua Grecia, pionera de la idea de que la razón de ser del Estado es el bienestar social de las personas. Esta idea floreció más tarde con los ilustrados franceses, entre los que sobresalen, además de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, entre otros.

En Colombia se habló por primera vez del Estado social de derecho en la reforma de 1936, en la cual se menciona la función social de los derechos, pero es en la Constitución de 1991 donde se deja claro el cambio de Estado de derecho a Estado social de derecho, como producto, entre otras cosas, de que algunos servidores Públicos justificaban la violación de derechos y libertades en pro de la protección de las instituciones jurídicas.

El artículo 1º de la Constitución Política de 1991 dice:

Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

El concepto de Estado social de derecho ordena no solamente cumplir con ciertas funciones sino también producir unos efectos dentro de la comunidad, desde el punto de vista de las necesidades concretas. Esto incluye un compromiso con la realidad en los campos: económico, político y social. No sobra decir que es la dignidad humana el fundamento de este

Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2006. Magistrados ponentes: Álvaro Araujo Rentería y Clara Inés Vargas.)

A su vez el artículo 2º de dicha Constitución dice: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad 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 en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (Sentencia C-336 de 2006).

La Corte Constitucional se ha referido en varias ocasiones al concepto de Estado Social de Derecho:

El presupuesto en el que se funda el Estado social de derecho es el de la íntima interconexión que se da entre la esfera estatal y la social. La sociedad no se presenta más como una entidad absolutamente independiente y autorregulada, dotada de un orden inmanente ajeno a toda regulación estatal que no fuera puramente adaptativa y promulgada en momento de crisis. La experiencia histórica ha demostrado la necesidad de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensiones más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar - hasta cierto punto - las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida e interactiva relación entre lo Público y lo privado. (Sentencia C-566 de 1995).

Por su parte, la Carta Magna de 1991 resalta la importancia de los servicios Públicos, destinando un capítulo completo dentro del Título XII, sobre el régimen económico y de la

hacienda pública, titulado De la finalidad social del Estado y de los servicios Públicos. Allí, en el artículo 365, se nos dice:

Los servicios Públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios Públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestado por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios.

Por su parte, el artículo 366 afirma que:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”. A su vez, la Corte Constitucional ha dicho que los servicios Públicos están relacionados con la parte dogmática de la Constitución, agregando que “estos servicios constituyen un instrumento necesario para la realización de los valores y principios constitucionales fundamentales, como se desprende del propio texto del artículo 365 de la Carta.

También manifiesta la Corte que estos servicios deben regirse por los principios de eficiencia y universalidad, los cuales debe garantizar el Estado. “La universalidad exige la prestación de los servicios Públicos, aun cuando ello suponga una mayor carga en cabeza de quienes cumplen dicha función”; según la Corte, este principio se encuentra relacionado con el de solidaridad, plasmado en el artículo 1º de la Carta Magna.

La Corte ha señalado, además, la importancia de los servicios Públicos en Colombia a partir de la concepción del Estado social de derecho, afirmando que el constituyente, al escoger

esta forma de Estado elevó a deber constitucional suministrar prestaciones a la colectividad por parte del Estado.

Por tal razón, los servicios Públicos son considerados como una de las más importantes funciones administrativas del Estado. De la definición de servicio Público se pueden extraer las siguientes características, dadas en el Código Sustantivo del Trabajo y en la Constitución Nacional:

- Es una actividad organizada.
- Su fin es satisfacer necesidades de interés general.
- Debe ser prestado en forma regular y continua.
- Puede ser prestado por el Estado directamente, o por particulares.
- Debe hacerse bajo la regulación, vigilancia y control del Estado.
- Debe estar sometido a un régimen especial.

Como dice la Constitución Nacional, los servicios Públicos pueden ser prestado por el Estado o por particulares; respecto a lo último, la Corte ha dicho: “El servicio Público de interés general prestado por un particular hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder Público, y la característica fundamental del servicio Público, como se mencionó anteriormente, es que tiene un régimen especial en atención al servicio”. (Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 1993. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero)

Por su parte, la Ley consagra los servicios Públicos como derecho colectivo, en su Artículo 4º, literal j, “El acceso a los servicios Públicos”, y que su prestación sea “eficiente y oportuna”, por tanto, es susceptible de acción popular; materializando de esta forma el texto Constitucional.

### **3.1.3. Fe pública notarial como fin esencial del Estado.**

La fe notarial es uno de los elementos principales de la actividad de los Notarios y es la de dar fe, a los diferentes actos o negocios jurídicos o extrajudiciales que se susciten; en ejercicio del poder del Estado, que a través de la descentralización por colaboración garantiza la prestación de esta función pública, otorgándole dicha facultad a particulares, de conformidad con la Ley, para que estos den fe a las actividades pertinentes.

A su vez, el Decreto 2163 del 9 de noviembre de 1970, por el cual se oficializó el servicio de notariado, dispone en su artículo 1º que;

[...] el notariado es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios Públicos, en la forma, para fines y con los efectos consagrados en las leyes. La notariada forma parte de la Rama Ejecutiva, y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial... (Decreto No.2163, 1970)

Finalmente, La Honorable Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad C-863 del 2012, hizo alusión a la fe notarial en los siguientes términos:

La función fedante, como se denomina la facultad del notario de dar fe, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector Público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración.

(...) Esta finalidad básica del servicio notarial pone en evidencia que los notarios no desarrollan únicamente un servicio Público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que, si bien es distinta

de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la “función pedante”, la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general.

[...] 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, por más de que sea la persona más respetada de la comunidad. En efecto, las aseveraciones de un particular que no es notario tienen el valor de un testimonio, que es más o menos creíble, según el valor que las autoridades le otorguen, pero tales aseveraciones no confieren, con efectos legales, autenticidad al documento, por cuanto no desarrollan la función pedante que, dentro del llamado sistema latino, se desarrolla bajo la égida del Estado y por delegación de éste (...) (Sentencia C-863, 2012).

Por tal motivo, esta función de dar fe, queda demostrada que es de interés general, pues dar autenticidad a documentos, por la facultad soberana del Estado, que le otorga funciones públicas al notario, en desarrollo de la “función pedante”, lo que, permite el cumplimiento de sus fines esenciales, para el pleno desarrollo del ordenamiento jurídico.

### 3.1.4. Función notarial como servicio Público

En relación con la actividad notarial, sobre la naturaleza del notario y las funciones que cumple, tanto la doctrina como la jurisprudencia han determinado esta actividad como lo hemos manifestado anteriormente en la expresión de descentralización por colaboración, es decir, que esta se presenta en los casos en las que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares para la realización de las actividades administrativas de las cuales es titular originario, desde esta perspectiva de la participación de los administrados “en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” que el artículo segundo de la Constitución Colombia de 1991 consagra como uno de los fines prevalentes del Estado.

Por otra parte, estas funciones son reconocidas legalmente y que esta atribución se prevé en las voces del Artículo 210 de la carta opera por ministerio de la Ley,

Conforme al concepto anterior, la actividad notarial es fedataria en la medida en que conserva la seguridad, el normal trato negocial y jurídico que una sociedad requiere.

A su vez, el notario constituye como lo mencionábamos en el concepto tradicional, según el cual este ocupa un lugar privilegiado dentro de la jerarquización de la sociedad en la medida en la que su esencia guarda lugar en dar certeza a las gestiones de los particulares quienes buscan el aval de las actuaciones en el ámbito jurídico.

En este orden de ideas en tratadista Español Ávila Álvarez expresa que el fundamento de la función del notario yace en su “intervención tanto en la configuración del negocio como en su plasmación documental, de alguien con preparación jurídica imparcialidad profesional y responsabilidad por su actuación” (derecho notarial. 7a ed., Barcelona, Bosch, 1990, página 2).

Por tal razón el ordenamiento prevé esa intervención o práctica de la confianza que produce el hecho notarial.

Por lo anterior la función notarial goza de confianza, credibilidad, autenticidad (fe), impuesta a todos (pública), lo que constituye en pocas palabras en el origen de la función, pública del notario.

Desde el punto de vista de las funciones que realizan los notarios debemos previamente anotar que la fe pública es un servicio Público que presta el notario como delegatario del Estado pues entendemos servicio Público como una actividad eminentemente Estatal, pues es la búsqueda continua de esta entidad jurídica, la satisfacción de las necesidades colectivas en forma periódica debido a su organización y estructuración.

El deber del Estado es asegurar prestación eficiente, puesto que con el trasegar del tiempo este concepto obedeció a la incursión cada vez mayor de los particulares en la prestación de ciertos servicios, como lo establece el Artículo 356 de la Constitución Política “los servicios Públicos están sometidos al régimen jurídico que aplique la Ley, podrán ser prestado por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación el control y la vigilancia de aquellos servicios...”.

Hecha esta introducción nos ocuparemos del concepto de servicio Público que precisaremos para definir mejor si la función o actividad notarial es constitutiva como servicio Público, para precisar dicha definición traeremos a colación el Artículo 430 del Código Sustantivo de Trabajo “{...} se considera como servicio Público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”. Por otra parte, hablemos sobre la Ley 80 de 1993 (estatuto general de

contratación de administración pública en su artículo 2 consagra un concepto de servicio Público como aquellos “que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado {...}”.

Más aun, encuadramos este accionar del notario dentro de la categoría de Público de manera precisa y consagrada en el Artículo 131 de la norma fundamental de 1991, que constitucionalizo el concepto al recoger el que ya existía en el Artículo primero de la Ley 29 de 1973, según el cual “el notariado es un servicio Público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial”.

como conclusión de la normatividad sobre la función notarial está destinada y debe estarlo a satisfacer las necesidades colectivas o del interés general por parte del Estado o, por lo menos, en su dirección, el cual debe cumplirse de manera permanente, eficiente, oportuno y diligente.

Por lo mismo, el Estado es el encargado de la intervención ejerciendo una verdadera actividad de vigilancia y control frente a la autonomía de las notarías y sobre aquellos a quienes se ha encargado la función de prestar este servicio y que en la actualidad es asignado a la súper intendencia de notariado y registro por medio del Decreto 2723 de 2014.

### **3.1.5. Normas legales que regulan a los notarios.**

Atrás mencionamos que conforme al Artículo 131 de la Constitución Política el servicio que prestan los notarios es de carácter Público nos ocupáremos ahora entonces de las funciones y reglamentación que tiene el notario a la luz de legislación y el ordenamiento jurídico interno en sus antecedentes y vigencias actuales. Además de la primera y fundamental contenida en

nuestro estatuto político que encasilla la función notarial de servicio Público (Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá, Legis, 1998, página 60, el ente legislador a su vez se ocupó del servicio Público notarial antes de la promulgación de la Constitución de 1991.

El artículo primero del Decreto 960 de 1970 confirió el carácter de pública a función notarial, cuando consagro: “el notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial {...}” (Sección Primera del consejo de Estado Sentencia del 26 de octubre de 1990 Magistrado Ponente Miriam Guerrero de Escobar.

Por otra parte, el Decreto 2163 del mismo año agrego que “el notario es un servicio Público a cargo de la nación que se presta por funcionarios Públicos {...}”. Es de observación que la notariada forma parte integral de la rama ejecutiva, implica el ejercicio de la fe notarial.

La expedición de la Ley 29 de 1973 derogo lo anterior, en razón de las gestiones encausadas por el gremio notarial con el objetivo único de no ser acreedores del título de funcionarios Públicos dependientes exclusivamente y directamente del Estado, como es el caso particular de los registradores de instrumentos Públicos.

Más tarde, el Decreto Reglamentario 2148 de 1983 derogo el artículo primero de la Ley 29, sin embargo, este decreto plasmaba en la misma perspectiva la esencia del derogado. Como antecedente importante, antes de la promulgación de la Carta Política de 1991, la Sala de Casación de la Corte Suprema en fallo de 18 septiembre 1986 dijo:

{...} la función de un notario esta revestida, no solo de la calificación de servicio Público que si bien no es totalmente determinante si es incidente en este sentido, sino de una connotación social de tal magnitud que hace que el notario sea depositario de la credibilidad plena de la comunidad, pues recurriendo a él se obtiene la garantía de autenticidad en la expresión y actuación jurídica de todo ciudadano.

Tal función, además de ser un servicio Público que como tal puede ser desempeñado por particulares, va más allá de una simple satisfacción de necesidades colectivas pues llega hasta el punto de presentar una actividad que solo le compete al Estado como tal, cual es la de velar por la ciudadana en su más amplia expresión, es decir, no solo en cuanto a las repercusiones físicas sino en cuanto al aspecto psicológico – social de tranquilidad en el ejercicio ciudadano de los actos jurídicos que deben ser tutelados por la ley y garantizados por el ente estatal.

2. En el art. 3° de la ley que se encuentra bajo estudio se autoriza al notario, como persona y como funcionario, para crear los empleos que requiere el funcionamiento de sus oficinas, con lo cual se hace un reconocimiento a una realidad y es que tal función notarial, con la connotación que se ha explicado, se cumple con la colaboración de otras personas que por tal motivo quedan vinculadas al significado que tiene el notario y su actividad respecto del conglomerado social.

3. En el art 2° de la Ley 29 de 1973 fija la remuneración de los notarios, que en sentido estricto representa un ingreso global para la notaria pues de tal remuneración debe salir el pago para los subalternos del notario (art. 19 Decreto 027 de 1974).

(Sección segunda. Magistrado ponente: doctor German Valdez Sánchez).

En contraste con los anterior, el Consejo de Estado en Sentencia del 22 de octubre de 1997 negó la responsabilidad en la cual se demandó a la nación, ministerio de justicia y a la Súper Intendencia de Notariado y Registro Notarial. Para lo cual la parte pasiva deshicimos las pretensiones en el siguiente argumento:

La Superintendencia de Notaría y Registro es una unidad administrativa especial con personería y patrimonio autónomo. (d. 1659/78id.2158/92).

El Consejo, sustentó en la cuestión de responsabilidad de la súper intendencia: teniendo en cuenta que si bien es cierto el servicio de notario es un servicio Público prestado por particulares que consiste fundamentalmente en dar fe pública sobre actos y hechos conforme a las competencias establecidas en el Decreto 960 de 1970, también es claro en lo dispuesto en el artículo 8 de la misma norma: “los notarios son autónomos respecto a sus funciones y responsables conforme a la ley.

“.

En consecuencia, como lo anotamos, el notariado en Colombia no es un funcionario Público, también es verdad que desempeña un servicio Público por encargo directo del Estado, descentralización por colaboración. Así fluye de la Constitución Política y de las Leyes y Decretos nombrado.

### **3.1.6. Funciones legales del notario.**

Conviene comentar las funciones básicas que tiene la actividad notarial en Colombia, luego de lo cual habrá que concluirse, o por lo menos intuirse, que es precisamente cuando hay incumplimiento de estas funciones asignadas en su gestión cuando el notario se ve expuesto a incurrir en responsabilidades de todo tipo.

Así, únicamente nos ocuparemos de los aspectos más generales del trabajo del notario en ejercicio de sus funciones, en la medida de que ello resulte útil o necesario para una mejor comprensión del concreto aspecto de la responsabilidad que del ejercicio de las funciones del notario pueden derivarse.

### 3.1.6.1. Funciones tradicionales.

En este orden de ideas, abocamos referencia somera a las principales funciones que han caracterizado desde hace tiempo la tarea que cumple el notario. Todo esto comprendido desde el margen legal y fundamental en el artículo 3 del Decreto 960 de 1970. Y son en su orden:

A. Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a la ley requieran escritura pública y aquellas a las cuales interesados quieran revestir de esta solemnidad.

Y es de resaltar esta función como una de las más representativas, precisamente, por la potestad conferida por el Estado, de revestir de autoridad los actos o negocios jurídicos que se realizan ante el notario, de las cuales se da certeza de que las manifestaciones de voluntad provienen de las comparecientes.

B. Autorizar el reconocimiento espontaneo de documentos privados. Es menester aclarar de definición que contempla el literal C, Artículo 626 del Código General del Proceso y el documento privado aquel “que no reúne los requisitos para ser documento Público” y documento Público, lo definimos según el mismo artículo, como aquel que es “el otorgado por el funcionario Público en ejercicio de su cargo o con su intervención”, el cual cuanta con un grado de autenticidad.

C. Dar testimonio de la autenticidad de firmar de funcionarios o particulares de otros notarios que tengan registradas ante ellos.

Por esta función, lo que desarrolla el notario atestigua que las firmas de un documento fueron puestas en su presencia, previa identificación de los firmantes, es decir, que ha quedado verificada la procedencia de la rubia.

C. Dar fe de la correspondencia o identidad que exista dentro de un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal.

Por medio de esta, corrobora que un documento reproduce fiel e íntegramente el contenido de otro que se tiene original.

D. Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la fe de vida.

La fe de vida consta del testimonio que da el notario de la supervivencia de una persona que ante él se presenta para tal efecto.

E. Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la Ley Civil deben otorgarse ante notario.

El testamento es un acto, que, conforme a la Ley, puede hacer una persona para disponer de sus bienes y que tiene efectos después de la muerte del testador.

F. Realizar la apertura y publicación de los testamentos cerrados

### **3.1.6.2. Funciones constitucionales del notario.**

La labor que tiene el notario alcanza mayor trascendencia y lo obliga a adquirir cada día una mejor preparación, como jurista, se tiene en cuenta que cada vez es más creciente el número de disposiciones, que, inspiradas en la filosofía de descongestión de la jurisdicción del Estado, trasladan a los notarios funciones que los venían conociendo privativa y tradicionalmente los jueces a través de procesos.

Con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: (i) La potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) El carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la

materia que origina la actuación; (iii) y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.

En lo que concierne a la actividad notarial como función pública de dar fe, ha explicado la Corte que, de conformidad con la Ley, es decir, el Artículo 2° del Decreto 960 de 1970, establece que: La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo

Círculo de Notaría”. Sobre el alcance de este precepto, la Corte, en la Sentencia C-181 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), el notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial. De allí, el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste da cuenta por haber ocurrido en su presencia. Todo ello en razón a que está investido por el Estado de la autoridad necesaria para atribuir autenticidad a tales actos y atestaciones, como depositario que es de la fe pública.

Sobre este particular ha señalado la Corte en Sentencia. C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero:

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 públicas como notario o escribano, según la terminología de otros ordenamientos, no puede dar oficialmente fe de unos hechos o conferir autenticidad a unos documentos, por más de que sea la persona más respetada de la comunidad.

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales. Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evitan numerosos litigios que podrían surgir en caso de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver. El documento notarial aparece así, para ciertos doctrinantes, como la “prueba antilitigiosa por excelencia”, por lo cual consideran que “el número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado” (Costa, s.f. citado en Cabanelas. 1989).

En síntesis, en palabras de Carnelutti, “cuanto más notario, menos juez; cuantos más consejos del notario, cuanta más cultura del notario, cuanta más conciencia del notario, tantas menos posibilidades de Litis” (Carnelutti, s.f. citado por Hernán 1993, p 37)

Ha precisado así mismo la jurisprudencia que la gestión notarial implica *el ejercicio de autoridad*, en la medida que comporta el desarrollo de una atribución de la cual es titular el Estado.

Al respecto señaló la Corte:

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.

Para García De Enterría la potestad procede directamente del ordenamiento, tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas y no consiste en una pretensión particular sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, “...de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares”. (García y Ramón, 1986)

Justamente en nuestro ordenamiento jurídico, la ley le reconoce a los notarios autoridad cuando les confía atribuciones en las cuales está de por medio el ejercicio de una función pública, pues en ese caso, éstos se colocan en una posición de supremacía frente a quienes acuden al servicio notarial y, por supuesto, los usuarios del servicio quedan obligatoriamente subordinados a las determinaciones que aquél imparta, desde luego, en el ejercicio de sus atribuciones (Sentencia C-1508 de 2000).

En este propósito clarificador, en la Sentencia C- 1159 de 2008, hizo referencia al atributo de cosa juzgada como uno de los criterios diferenciadores entre la función jurisdiccional, y el administrativo. Sobre el particular precisó:

4. En la doctrina y en la jurisprudencia ha sido frecuente el debate sobre las características de la función jurisdiccional del Estado y su distinción de la función administrativa del mismo.

Así mismo, en la Sentencia C-1159 de 2008, se mencionaron otros criterios, específicamente orientados a diferenciar la actuación judicial, de la notarial, tales como la potestad decisoria y adjudicataria de derechos, propia de los jueces; el carácter contencioso de la materia que origina la actuación; y la naturaleza coercitiva del procedimiento. Al respecto expuso:

i) Como se indicó, la función esencial de la administración de justicia es declarar si existen o no los derechos y, en caso afirmativo, quién es su titular. Adicionalmente, aquella asegura la efectividad de los derechos ciertos, mediante un procedimiento coercitivo, cuando las personas llamadas a satisfacerlos no lo hacen voluntariamente.

En el presente caso es diáfano que las normas demandadas tienen por objeto que los notarios declaren o reconozcan la adquisición del derecho de propiedad en virtud de la prescripción adquisitiva o usucapión, sobre bienes inmuebles ajenos, lo cual implica necesariamente la extinción del derecho de propiedad anterior. Ello significa que los notarios deben “decir” quién es el titular de ese derecho subjetivo privado, con base en las pruebas correspondientes que obren en la actuación. En este sentido es ilustrativa la exigencia del Art. 10 de la Ley 1183 de 2008, según el cual la solicitud deberá contener, entre otras cosas, los documentos, declaraciones y demás pruebas que a juicio del solicitante le permitan demostrar que ha ejercido posesión pública, continua y pacífica sobre el inmueble durante el plazo establecido en la ley (Núm. 6).

Dicha finalidad de la actuación ante los notarios confiere a ésta una naturaleza necesariamente contenciosa, por fundarse en una contienda o conflicto jurídico de intereses, que el Estado debe resolver en forma independiente e imparcial, a favor de una parte y en contra de la otra, con carácter obligatorio y definitivo, o

sea, con valor de cosa juzgada, lo cual es lo propio de la jurisdicción de acuerdo con el criterio unánime de la doctrina procesal (Sentencia C-1159 de 2008).

En síntesis, ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional las dificultades que en ocasiones presenta la definición acerca de si una función atribuida a una autoridad o a un particular es de naturaleza jurisdiccional, pero también ha destacado la importancia que tal distinción presenta, en situaciones similares a la que ahora enfrenta la Sala Sección primera del Consejo de Estado, para definir la constitucionalidad de determinadas atribuciones. Para el efecto ha aplicado una serie de criterios que, sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, cumplen una finalidad orientadora. En este orden de ideas ha sostenido que son judiciales, desde el punto de vista formal.

De manera más específica, con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: *(i)* la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; *(ii)* el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; *(iii)* y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.

Como ya lo destacó la Corte oportunamente, el objetivo general de La Ley 1395 de 2010, radica en lograr la descongestión judicial a través de reformas a los procedimientos aplicables en diversas especialidades del derecho. Este propósito central se evidencia desde la exposición de motivos del proyecto de Ley 197/2008 Senado, que pone de presente la sobrecarga del sistema de justicia en Colombia y la correlativa necesidad de hacerle frente mediante diversos instrumentos, entre ellos la simplificación de los trámites judiciales. Sobre el particular, el documento mencionado señala:

El Gobierno Nacional, con el mismo espíritu de las reformas que ha venido promoviendo a lo largo de estos años, presenta hoy a la consideración de esa honorable Corporación legislativa un proyecto por medio del cual se adoptan medidas encaminadas directamente a combatir la congestión judicial.

Para regular la vida social, de por sí conflictiva, y permitirle al hombre contar con unos mínimos de paz, justicia y seguridad, ha existido el derecho, desde tiempos inmemoriales, como medio de control social. Y en las sociedades modernas, signadas por la complejidad, el derecho -como consecuencia y reflejo de ese fenómeno- se ha vuelto, así mismo, crecientemente complejo.

A esa complejidad aparece asociada hoy en día, de una manera que casi parecería que es inevitable, la congestión judicial.

En el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, conforme al cual se asigna a los notarios la facultad de practicar pruebas extra-proceso con fines judiciales, y concitación de la contraparte, de conformidad con la ritualidad establecidas.

El alcance de esta medida presentó una transformación significativa en el curso del trámite legislativo. Así el texto original, correspondía al Artículo 58 del proyecto y era del siguiente tenor:

Artículo 58. En los procesos contenciosos de cualquier jurisdicción se faculta a las partes para aportar pruebas con la demanda o con la contestación de la misma, testimonios recibidos ante notario, y las pruebas periciales a las que se contrae el numeral 1º del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991. Estas pruebas solo podrán ser controvertidas si el juez lo considera necesario, o si la parte contraria se lo solicita justificadamente al juez y este lo considera procedente y

necesario. En este último caso la parte que formula la solicitud asumirá los costos.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciba declaraciones extraproceso con fines judiciales.

Artículo 77. Pruebas extraprocerales. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocerales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, con citación de la contraparte y con observación de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el código de procedimiento civil.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocerales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales.

Del proyecto presentado en tercer debate (primero en Cámara) desaparece el artículo 77, y su contenido se traslada al artículo 10 que propone la reforma al artículo 301 del código de procedimiento civil en los siguientes términos:

Artículo 10. El artículo 301 del código de procedimiento civil quedará así: Práctica de pruebas extraprocerales. Las pruebas y la exhibición de que trata este capítulo se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso.” (Gaceta No. 262, 2010).

Este mismo texto, modificación del artículo 301 del C.G.P. es aprobado en cuarto debate, en plenaria de Cámara.

Comoquiera que los textos aprobados en plenarios de una y otra cámara son distintos, sometido a conciliación fue acogido el texto correspondiente al artículo 77 del proyecto, con la adición de que se excepcionan los procesos de carácter penal, por considerar que no pueden modificarse los principios de inmediación y contradicción que inspiran estos procesos. El texto conciliado es el siguiente, y el cual corresponde al artículo 113 de la Ley 1395 de 2010:

Artículo 113. Pruebas extraprocerales. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocerales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocerales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraprocerales con fines judiciales.

Como puede observarse el espíritu y contenido original de la reforma respecto de la potestad de los notarios para practicar diligencias con fines judiciales, se transformó sustancialmente en el curso del debate parlamentario. La propuesta original se limitaba a reiterar la potestad que tienen las partes de un proceso judicial, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, de recaudar alguna evidencia y preconstituirla ante notario para que este de fe de su autenticidad y veracidad y aportarla al proceso, sometida a controversia dentro judicial, si el juez lo consideraba necesario, o la parte contraria lo solicitaba justificadamente.

No obstante, con posterioridad se introdujo un texto, que al final resultó aprobado, en el cual se establece no una facultad para las partes, derivada del ejercicio de su autonomía de la voluntad, sino una verdadera potestad para los notarios de recepcionar pruebas con destino a procesos judiciales de cualquier naturaleza, excepto la Penal, con citación de la contraparte y sujeción a las reglas del procedimiento Civil, a la manera de la facultad que se asigna en el Capítulo IX de esta normatividad a los jueces para recepcionar pruebas anticipadas con fines judiciales.

### **3.2. Quién regula los servicios Públicos en la Constitución de 1991**

En Colombia el encargado de controlar los servicios Públicos de la administración es la Contraloría General de la República - CGR- por atribución constitucional, y en forma externa, le corresponde conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal de las entidades y organismos Públicos en su respectiva jurisdicción. La Ley 42 de 1993 en su Artículo 4 le dio todas las facultades a la Contraloría General de la República para establecer los métodos y procedimientos con los cuales evaluará la calidad, el nivel de confianza y eficiencia del Sistema de Control Interno de las entidades públicas, como parte del ejercicio de su función fiscalizadora.

Según el Artículo 209 de la Constitución Política las encargadas de controlar el servicio Público prestado por particulares mediante la descentralización por colaboración será el Estado de forma interna en los termino que señale la Ley, es decir que el responsable de cumplir a cabalidad con los servicios Públicos prestado por la administración ser el mismo Estado.

En consecuencia, el control fiscal al realizarse en forma posterior y selectiva no participa de las actuaciones administrativas, sino que por el contrario cada entidad automáticamente tiene la facultad de diseñar y aplicar sus métodos y procedimientos de Control Interno siempre y cuando estos este ceñidos a la Ley.

Con la Ley 87 de 1993 establecieron los parámetros legales que se debe tener cada entidad encargada para realizar los controles internos y que se estén cumpliendo con los principios con lo son el garantizar la prestación de un buen servicio Público, controlar los recursos entre otros.

La encargada entonces de sancionar la mala prestación de los servicios o el mal desempeño de sus funciones por orden constitucional será la procuraduría general de la nación según el Artículo 277

... el control disciplinario del servidor Público, adelantando las investigaciones y sancionando a los funcionarios que incurran en faltas disciplinarias en el desempeño de sus funciones. De igual manera adelanta las investigaciones cuando se presenten irregularidades en el manejo del patrimonio Público.

### **3.2.1. Estado social de derecho y servicios Públicos.**

En Colombia se habla por primera vez de Estado Social de Derecho con la reforma que se realizó en 1936, en la cual se menciona la función social de los derechos, pero solo hasta la llegada de la Constitución de 1991 se ve el cambio de Estado de derecho y se expresa claramente Colombia como un Estado Social de Derecho, en donde esto no solo tiene efecto en los servicios sino también en la comunidad, pues esto crea unos compromisos sociales y que la dignidad humana funda el Estado.

El Art. 1 de la Constitución Política consagra que:

Colombia es un **Estado Social de Derecho** organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

De ahí que el Estado Social de Derecho es un sistema en el cual se propone fortalecer a grandes rasgos los servicios y garantizar los derechos esenciales para obtener un nivel de vida digno, como miembro de una sociedad, evitando la exclusión y discriminación de las personas y el favorecimiento por las clases sociales.

La Corte Constitucional ha hecho algunas manifestaciones sobre el concepto de Estado social de Derecho pues según la Corte no se trata de que el Estado obligue a ser virtuosos a sus habitantes si no que les ofrezca los mecanismos adecuados para que ellos consigan esta virtud, es entonces que defines Estado Social de Derecho como:

El presupuesto en el que se funda el Estado social de derecho es el de la íntima interconexión que se da entre la esfera estatal y la social. La sociedad no se presenta más como una entidad absolutamente independiente y autorregulada, dotada de un orden inmanente ajeno a toda regulación estatal que no fuera puramente adaptativa y promulgada en momento de crisis. La experiencia histórica ha demostrado la necesidad de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensiones más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar - hasta cierto punto - las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas

por una constante, fluida e interactiva relación 24 entre lo Público y lo privado. (Sentencia C-566 de 1995).

En la Constitución Política lo único que encontramos respecto a los servicios Públicos es su importación para el Estado, el Art 365 dispone lo siguiente:

Los servicios Públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios Públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestado por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios.

Por su parte la Corte Constitucional ha dicho que los servicios Públicos están ligados a la Constitución Política en su fundamento, además agrega la Corte que la garantía de los servicios es fundamental para llevar a cabo los valores y fundamentos constitucionales, también manifiesta que estos servicios deben regirse por los principios de eficacia y universalidad los cuales deben ser garantizados por el Estado Colombiano es entonces que la principal característica que tienen los servicios Públicos es “Que a diferencia de los otros es la necesidad del interés general que se busca satisfacer; el ejercicio de este servicio conlleva prerrogativas públicas por parte de los prestadores, Esto debe permitirlo el legislador” (Herrera, 2006, p. 33).

### **3.2.2. Regulación vigilancia de la función notarial en Colombia.**

El estatuto notarial en el Capítulo IV habla de la vigilancia de los notarios a cargo de quien se encuentra esta función y que fines tienen.

ARTICULO 209 “La vigilancia notarial será ejercida por el Ministerio de Justicia, por medio de la Superintendencia de Notariado y Registro”.

Ahora bien, el Decreto 2148 de 1988 en el Art 132 establece de qué forma se realiza la vigilancia a los notarios:

La vigilancia notarial se ejerce principalmente por medio de visitas generales o especiales. De cada visita se levantará un acta de lo observado, suscrita por el visitador y el notario. Cuando éste se niegue a firmarla el visitador dejará la respectiva constancia en el acta y la firmará con un testigo del hecho de la negativa.

En el acta de visita general se dejará constancia detallada de los hechos que permitan establecer la forma como el notario cumple cada una de sus funciones y obligaciones y en la de visita especial la relación precisa de los hechos objeto de ella.

El notario podrá dejar las constancias que estime pertinentes y al acta se acompañarán los documentos que se consideren necesarios para la mejor comprensión de los hechos relatados.

Este proceso de vigilancia se realizará con el fin de verificar si el notario está cumpliendo a cabalidad y de forma eficaz con sus funciones encomendadas, es importante mencionar que la superintendencia de notariado y registro no se encargó solamente de vigilar,

sino que esta también es la encargada de regular la función notarial según la facultad otorgada por el Decreto 27 23 de 2014.

Art 4. La Superintendencia de Notariado y Registro tendrá como objetivo 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.

Con lo anterior se puede ver que el Estado Colombiano le ha delegado la función de regular y vigilar a la superintendencia de notariado y registro y en manos de esta se encuentra la tarea de verificar que los notarios estén cumpliendo con sus funciones encomendadas en el servicio Público.

## **Capítulo IV. Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en los daños que cause un notario en el ejercicio o incumplimiento de sus funciones**

### **4.1 Evolución de la responsabilidad Extracontractual de Estado**

La Responsabilidad Extracontractual del Estado solo vino a atribuirse a través de una labor jurisprudencial, ya que tiene su origen en el derecho Civil, proveniente de otros países como lo son Francia e Italia. igualmente lo adopto Colombia para llegar al régimen de responsabilidad pues sus precedentes se encuentran en el Código Civil, se originó como una responsabilidad directa por el deber de cuidado, esta imputación de responsabilidad del Estado se dio tiempo después cuando se superó el concepto de soberanía y se introdujo en una normativa constitucional donde sale a relucir las escuelas del servicio Público, es decir a los ojos del derecho administrativo se conoce la responsabilidad extracontractual con base a los negocios jurídicos que se realizaban y que por una acción u omisión transgredía en mandato legal.

En Colombia la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ordenamiento interno, se dividió en dos grandes etapas que fueron: la primera presentada por la elaboración de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia dando aplicación a la norma civil, y la segunda por el Consejo de Estado quien sin apartarse del concepto de culpa usaba el Artículo 16 de la Constitución Política de 1886 como norma superior del derecho Público, este doble tratamiento que le daban a la responsabilidad extracontractual del Estado tuvo como punto final el Decreto 528 de 1964, cuando se le asigno exclusivamente a la Jurisprudencia

Contencioso-Administrativo las acciones de reparación directa a causa de las controversias sobre la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.

Debido a que la responsabilidad fue sacada o más bien integrada al área administrativa desde el Código Civil es por eso que el concepto de la responsabilidad antes era presentado con la falta o falla del servicio según la Constitución de 1886 donde la noción se basaba en la culpa, es decir que la culpa era el elemento esencial para imputar la responsabilidad y el perjuicio que se le causaba a la víctima.

Pero la tesis anterior da un giro jurisprudencial, cuando regir la Constitución de 1991 debido a que en el Artículo 90 de esta se introdujo un nuevo concepto sobre la responsabilidad extracontractual, estableció dentro de los elementos necesarios para que se dé la responsabilidad; es necesario el Daño Antijurídico, es decir en la actualidad si no se demuestra el daño causado u ocasionado de la responsabilidad imputada se hace ineficaz e inoficioso analizar sobre los otros elementos constitutivos de la responsabilidad.

El Consejo de Estado estableció mediante Sentencia del 25 de febrero de 1993 que:

El fundamento de la responsabilidad Estatal debe encontrarse en el Artículo 90 de la nueva Constitución, donde confluyen lo elementos esenciales de toda relación de responsabilidad: sujeto activo y pasivo, el perjuicio (DAÑO) y la relación causada.

El daño, como es obvio, debe sufrirlo alguien. Con él se rompe el principio de no hacer daño a nadie. Y el daño tiene que ser antijurídico, o sea causado por el comportamiento irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva este ajustada al ordenamiento, pero decir daño antijurídico no quiere decir que la noción de falta o falla del servicio desaparezca de la responsabilidad estatal y menos que el

acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesiono.

En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo un daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probar esa irregularidad, salvedad hecha de los elementos en que esa falla se presume.

Para concluir podemos decir que la nueva Constitución Política de 1991, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad del Estado, no la hizo exclusivamente objetiva ni borro del ordenamiento jurídico la responsabilidad por falla del servicio, esto hace ver las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico.

Daño antijurídico, en consecuencia, es el elemento especial necesario e indispensable para que exista la responsabilidad extracontractual del Estado, pero además el de aclarar que la sola presencia no basta, para que la víctima sea indemnizada por el perjuicio ocasionado por la acción u omisión del Estado.

Por otra parte, la Universidad abierta a Distancia –UNAD- en su módulo de Gestión Pública y Derecho Administrativo, estableció la derivación de la responsabilidad del Estado en el momento en que se cause daños que no sea responsabilidad de la víctima soportar la falla en el servicio de la que se deriva la mala prestación del notario, sobre ello establece en este módulo:

Esta responsabilidad del Estado, con origen en el derecho francés, por muchos años en Colombia se convirtió en la principal fuente de Responsabilidad Estatal, basándose en la culpa como punto de partido., esto es, estructurándose en una Responsabilidad subjetiva a causa de una inadecuada prestación de un servicio por la administración.

La falla en el servicio se desprende de la prestación de un Servicio Estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por este daño ocasionado cuando sea causado por una falla en el servicio, lo cual se configura con el nexo causal. Frente a este punto valga la pena aclarar que para que el Estado cumpla su función, esto es los servicios que tiene a su cargo, debe hacerlo por intermedio de individuos y entidades que muchas veces son imposibles de identificar al ocurrir el daño y por ello es Estado responde directamente.

#### **4.2 Fundamentos y Elemento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.**

Los fundamentos y elementos de la responsabilidad en Colombia no están establecidos tácitamente debido a que el tema de la responsabilidad provino del Código Civil, es entonces que el Código Civil en el Art 2341 estableció como elementos de la responsabilidad lo siguiente: “Art 2341: El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa del delito cometido.”

Algunos tratadistas han establecido como elementos de la responsabilidad que 1) debe haber un hecho, 2) una omisión del funcionario Público en el ejercicio de sus funciones u obligaciones.

Es entonces que el incumplimiento irregular por parte del funcionario puede provenir de su dolo, culpa o negligencia. Se discute en la doctrina Colombiana si también puede provenir de un error del funcionario, es decir, que este en el cumplimiento de sus funciones y afecte o cause un daño a un tercero, por tanto, la responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo

sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación.

El Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque, dispone los elementos de la responsabilidad:

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio Público.

Elementos constitutivos de la responsabilidad por la falla del servicio dentro de estos elementos se encinta la falta o falla del servicio que consiste en el hecho dañoso producido por la violación del contenido obligacional a cargo del Estado.

El perjuicio que se trata del menoscabo o el quebramiento que sufre el patrimonio de la víctima y/o las lesiones que afectan sus bienes extramatrimonialmente y que también se pueden constituir en un daño moral.

Y por último se encuentra el más importante que en este caso sería el Nexo Causal entre la falla y el perjuicio ocasionado, debe existir un vínculo directo.

#### **4.3 Regímenes de Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano a partir de la Constitución Política de 1991.**

La responsabilidad patrimonial del estado consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano como aquella institución que contempla un accionar de las autoridades públicas y también de los particulares que asumen en él una serie de obligaciones y tareas correspondientes a los fines del estado y en principio lograr garantizar el cumplimiento eficiente y oportuno de dichas tareas públicas.

Con la llegada de la Constitución Política de 1991 se consagran el régimen general de responsabilidad en el Artículo 90 en el cual se estableció lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

Encontramos así mismo, fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos que se configura en el cumplimiento de los presupuestos facticos como lo son, a saber: un daño antijurídico y una acción u omisión imputable al estado y que

entre ellas coexista una relación de causalidad para que el daño a indemnizar se contemple dentro de las circunstancias de modo tiempo y lugar en que han sido fijadas.

Como lo precisa la Corte Constitucional, en Sentencia del 13 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, en las siguientes palabras:

La consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, constituye entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas, habida cuenta que la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos, pues también los particulares asumen en él una serie de obligaciones y tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Dentro del marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas, siendo obligación del Estado, repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado.

#### **4.3.1 Responsabilidad objetiva.**

Los expositores de la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo como también se le conoce, afirman que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Lo relevante para establecer una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida y el daño. No es necesario analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente. De ese estudio NO depende que se indemnice o no el

perjuicio. Para indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar la realización de una acción o la omisión y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño.

Alessandri Rodríguez, Arturo (1981) en su obra explica en forma muy clara la característica principal de la responsabilidad objetiva. Afirma, en efecto, que “La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad (pág. 92).

#### **4.3.2. Responsabilidad subjetiva**

El fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar si se está en presencia de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del daño. Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basada en la teoría subjetiva o teoría clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos, a saber: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño. Así, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño (quien fue el que actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo.

Cláusula General de Responsabilidad o responsabilidad por el daño antijurídico, Sus elementos centrales son el daño antijurídico y la imputación al Estado.

En el Régimen de Responsabilidad Subjetiva, Es la llamada Culpa, Falta o Falla del servicio, se presenta cuando la administración no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado en forma tardía, se requiere que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor Público, esta tiene con dos modalidades que son:

***Falla probada del servicio:*** El actor debe probar cada uno de los elementos o requisitos de la responsabilidad del Estado: El hecho, la culpa y la relación o nexo causal.

***Falla presunta del servicio.*** Su fundamento se dio en consideración a que el Estado para el cumplimiento de sus fines y a través de sus agentes, realiza actividades peligrosas que implican riesgos para los administrados, siendo susceptibles de causar daños, es de aclarar que la falla presunta del servicio es propia de la responsabilidad medica imputable al Estado.

La falla del servicio no se debe probar, se presume.

#### **4.4 Falla Probada del Servicio.**

La noción de falla ha sido tradicional en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración se han considerado el criterio sustancial para atribuir responsabilidad a la misma por su actividad; el cual no es propio del Derecho Administrativo Colombiano, sino que tiene sus antecedentes en el sistema jurídico francés.

En efecto, la teoría clásica francesa de responsabilidad del Estado se ha referido a esta clase de responsabilidad, como fundamento de la obligación de la administración de indemnizar

los perjuicios causados, por las entidades públicas, siempre que su actuar se evidencia irregularidad, es decir, una persona jurídica estatal como un error en su actuar, y que esto sea a través de sus agentes o servidores, pero que la actividad era atribuible al ente Público, por no ser posible separarlo el servicio Público, de la actividad administrativa y si la responsabilidad por falla ha de considerarse como actuación irregular de la administración, es decir, reprochable no solo social sino jurídicamente.

En el derecho colombiano, la falla probada se ha constituido en el título de imputación de responsabilidad por excelencia, en la medida que las actuaciones irregulares de la administración han constituido el fundamento tradicional de responsabilidad del Estado debido al daño causado a la irregularidad que puede ser atribuible al Estado por ser quien debe prestar el servicio Público Estatal.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente No.14.170, Sentencia del 25 de febrero de 2005, M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, al referirse a las modalidades de la falla del servicio dijo:

No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico (se refiere al artículo 90 constitucional que consagra la responsabilidad del Estado por daño antijurídico) como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de responsabilidad de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro de la cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación

de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

#### **4.4.1. Elementos o presupuestos constitutivos.**

Para que se le pueda ser atribuida una responsabilidad a la entidad pública y puedan ser condenada se requiere que se demuestren los siguientes presupuestos:

- Existencia del hecho (falla del servicio).
- Daño o perjuicio sufrido por el actor.
- Relación de causalidad entre las existencias del hecho y el daño sufrido por el actor, es decir que el perjuicio sea una consecuencia cierta e inevitable del hecho perjudicial que se le imputa a la administración pública.

Consejo de Estado 5 de mayo de 1978: Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada falla del servicio, o mejor aún falta o falla de la Administración Pública, trátase de simples actuaciones Administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado es decir a la persona que se le presto el servicio, es de precisar que, si no se logra demostrar el daño y la falta o falla en el servicio, no habrá lugar a indemnizar.

Es entonces que además de los elementos ya establecidos en la falla probada del servicio, es necesario demostrar la irregularidad en el actuar Público, es decir, la culpabilidad de la administración, lo que significa, que además de acreditar la actuación, el daño y el nexo

causal, es preciso evidenciar un Estado alejado de criterios de buen servicio Público, ya sea porque no presto los servicios , los presto de una forma no adecuado o los presto de forma tardía y se presenta como vulnerador de derechos.

#### **4.4.2 Causales de Exoneración.**

Por causal exagerativa o de exoneración de responsabilidad se entiende aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona o entidad administrativa, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, las causales exagerativas para la falla probada del servicio serían las siguientes:

- Ausencia de nexo causal.
- Probando la existencia de una causa extraña

Si bien el nexo causal es la relación entre la acción que determina un daño o la omisión de la acción y el daño propiamente dicho. En otras palabras, el nexo causal es una relación causa-efecto que permite establecer los hechos susceptibles de ser considerados determinantes del daño y cuál de ellos es el que ocasionó el perjuicio tangible. Esta relación de causalidad es imprescindible para reclamar los daños causados al autor o responsable, pero si esta relación no existe es entonces donde se podría utilizar como eximente de responsabilidad debido a que no se demostró que el daño causado provenga de la acción u omisión que es manifestada por la víctima.

Con respecto a la existencia de una causa extraña el Consejo De Estado,

Sentencia de marzo 24 de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez ha manifestado: la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada.

Es entonces que la causa extraña es el suceso ajeno que ocasiono un daño, pero no tiene una relación con el servicio prestado por la administración pública.

#### **4.5 Responsabilidad estatal por los particulares que ejercen funciones publicas**

Desde épocas atrás todas las actividades que desarrolla el Estado en las diferentes ramas del poder Público y órganos del Estado generan responsabilidad a su cargo, ya que los agentes

que realizan esas actividades pueden causar perjuicios o daños a los administrados y de los cuales deben ser reparados indemnizados según el caso; un sector de la doctrina administrativa considera que la responsabilidad del Estado en Colombia se desarrolla en la evolución de los fundamentos constitucionales y legales según criterios del Exconsejero de Estado Manuel Santiago Urueta Ayola (Urueta Ayola Manuel Santiago. La responsabilidad de administración pública, revista Universidad Externado de Colombia, vol. XXI, 1979, Bogotá D.C) adquiriendo un fundamento Constitucional a partir de la expedición de la Carta Política de 1991.

El doctor Carbonell y el Doctor Carlos Gaviria Díaz

(...) En sentido amplio, la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder Público, de los órganos autónomos e independientes (Art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor Público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la Ley o el reglamento (...). (Sentencia C 563 de 1998)

Se hace entonces caracterizar las obligaciones reparatorias del Estado en una eminente división de periodos definidos, a saber: a) Irresponsabilidad absoluta del Estado; b) El Estado responsable conforme a las normas del Código Civil; c) Responsabilidad directa del Estado. a) Irresponsabilidad absoluta del Estado.

Se caracterizó en un periodo en el que predominó el dogma establecido en la Constitución 1979/Francesa, en su desarrollo se caracterizó por la no reparación de los daños o perjuicios ocasionados en razón a las actividades, servicios y funciones que fuesen generados a los ciudadanos o administrados. Los conceptos de soberanía y responsabilidad se consideraron contrarios o excluyentes entre sí. A este respecto, León Duguit dispone:

Se evidente que tomadas en si las dos nociones de responsabilidad y soberanía son antinómicas porque, si el Estado se considera soberano, no puede admitirse que sea responsable y si se afirma que es responsable, no puede admitirse que sea soberano. O la soberanía es nada, o ella es, como se ha dicho, ese rasgo de voluntad que no se determina si no por sí misma, es decir, que no puede ser limitada por un elemento extraño, ni sometida a obligaciones si no en la medida consentida. De ahí resulta que una persona soberana no pueda ser responsable de sus actos, esto es, sometida a una obligación que se imponga a ella desde el exterior, o por lo menos, no puede serlo sino en la medida en que lo quiera. Pero entonces no se trata ya de una responsabilidad porque no es una obligación.

Evidentemente el soberano disponía de los bienes y los servicios propios de los ciudadanos y en tanto él no era responsable de sus actos u acciones; dejando en claro la inexistencia de derechos individuales o privados oponibles al deber del Estado.

El Estado moderno bajo la influencia de las actuaciones estatales desarrolladas en la vida comunitaria hasta el advenimiento del llamado Estado de derecho. Y bajo el precepto de Liberalismo clásico, el Estado siguió considerando irresponsable porque sus actos se definían en la máxima expresión de la voluntad general de lo cual se consideró que no se podían ocasionar daños a los asociados.

El Estado Demo-Liberal centra al individuo con sus derechos en el centro de la vida política, económica y social pero no admite la reparación de los daños individuales vulnerados por el Estado definiendo esta posición como un Estado neutral, no intervencionista en el que las leyes del mercado regulaban e imperaban dejando como resultado la pasividad estatal que redujo los perjuicios ocasionados a los individuos.

b) El Estado responsable conforme a las normas del Código Civil pasada la etapa de la irresponsabilidad del Estado se plantea una respuesta al problema mediante la aplicación de las normas del Código Civil. El en derecho Francés se utiliza el Artículo 1384 cuyo texto consagra la responsabilidad del amo por los daños causados por sus criados o sirvientes este tipo de responsabilidad que proviene por el hecho de otro se funda y cimienta en la concepción de culpa en la elección o decisión y de culpa en la vigilancia.

En la aplicación directa en la actividad estatal se describe en aquella responsabilidad del Estado en la elección de la idoneidad y las capacidades de sus servidores o que, a pesar del cumplimiento de los requisitos para el empleo de dicha actividad, no fue quien desplego en debida forma la vigilancia en los procesos propios del Estado. Entre los que adoptan la posición encontramos brillantes civilistas como Aubri et Rau, Laurent y Planiol.

En el ámbito nacional está en tela de discusión la responsabilidad del agente Público con la responsabilidad del Estado, partiendo de que nuestra jurisprudencia condena, en general, a la administración por los daños causados por la acción de la gente. Esto nos remite al imperio de los Artículos 2341, 2348, 2349 y 2351 del Código Civil; no puede concebirse la posibilidad de que estas responsabilidades sean disyuntivas, esto es, la obligación del agente del Estado puede presentarse mancomunadamente o con solidaridad.

c) Responsabilidad directa del Estado

La Corte Suprema de Justicia traslado la responsabilidad extracontractual del Estado de los dominios de la culpa en la lección y la culpa de la vigilancia al campo de la responsabilidad directa, esto es, de los Artículos 2347 y 2349 del Código Civil al Artículo 2341 del mismo código, que establece el principio siguiente: ‘el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. De esta forma se considera la persona jurídica del Estado, sus agentes o funcionarios como una unidad; de modo que la responsabilidad de la gente compromete a la persona jurídica, siendo la culpa de sus agentes su propia culpa. Es importante hacer la revisión de la teoría planteada anteriormente pues el papel del Estado deja de ser pasivo y abstencionista para transformarse en un Estado intervencionista y proactivo.

Galvis: “(...) La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el papel de los agentes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la ampliación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos Públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son, entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos. (Sentencia C-233 de 2002).

La jurisprudencia de las Altas Cortes propone dos modalidades de las cuales es preciso mencionar y ahondar en la tesis de la falla del servicio que explicaremos a fondo en el próximo capítulo.

#### **4.6 Responsabilidad del Estado por falla del servicio debido a los daños causados por los notarios en ejercicio de sus funciones.**

La noción de responsabilidad directa del Estado se debe a las diferentes circunstancias en las cuales se circunscribe la responsabilidad estatal, en la forma de falla del servicio Público, como se pronuncia la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 21 de agosto 1939, Ponente.

Dr. Hernán Salamanca, en dicha oportunidad:

...esta teoría basada en la culpa in eligiendo y en la in vigilando ha situado esta especie de responsabilidad directa del Estado por causas del funcionamiento de servicios Públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no puede impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe, no es la que corresponde exactamente tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho Público, porque en estos casos no existe la debilidad de autoridad y la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno...”

...la responsabilidad por otra para justificar la del Estado cuando causa daños como gerente de los servicios Públicos derivados a los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, esta revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios Públicos...

En esta teoría no es de importante relevancia si hubo o no culpa del gente; basta la falla en la prestación del servicio a cargo del Estado. El Estado es responsable en virtud de su deber de prestar un servicio Público como lo es la fe pública que es delegado a los notarios y que según la estructura de la administración pública el organismo encargado de cumplir dichas funciones, funciones en las que radica la esencia y existencia del Estado es el Ministerio de Justicia y del Derecho (Min justicia). Las irregularidades del servicio en las que compromete la función estatal directamente es de importante anotación la falla registral comprende los casos en los cuales la litis se fija en la omisión o irregularidades que producen efectos respecto de terceros, en los cuales se destaca según la súper intendencia de Notariado y Registro es en la asignación de doble matrícula inmobiliaria a un mismo bien; la afectación en el orden de inscripción de los actos, escrituras y providencias, etc.

Con todo lo anterior es menester sustentar la responsabilidad del Estado en un principio autónomo de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos.

Con respecto a los elementos que componen la cláusula general la responsabilidad directa, administrativa y patrimonial del Estado, el Honorable Consejo de Estado desde el año 1991, se ha pronunciado acogiendo la doctrina Española, como lo es la del profesor Eduardo García de Enterría, que ha definido el daño anti jurídico como el perjuicio provocado a una persona es aquel que ‘no tiene el deber jurídico de soportarlo’; la imputabilidad es ‘la atribución jurídica que se le hace a una entidad pública del daño antijurídico parecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder’’, bajo el título de falla del servicio probada o presunta.

## Capítulo V. Conclusión

Es de importante relevancia la función pedante, como se denomina la facultad del notario de dar fe, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector Público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración como lo hemos desarrollado a lo largo de nuestro tema de estudio, es decir, están facultados por la Constitución para cumplir funciones que se encuentran en cabeza del Estado.

En razón a ello es que nace la responsabilidad del Estado también por los daños ocasionados por violación de un servicio Público, dado que dicho servicio que prestan debe ser proporcionado por el mismo, por lo cual la responsabilidad y sus factores formales depende única y exclusivamente a los elementos que estructuran la falla probada del servicio, lo cual corresponde a el hecho, la intención de hacerlo y el nexo causal establecido dentro de nuestro ordenamiento jurídico, criterio sustancial que es atribuible a la administración Colombiana por cuanto no puede ser entes independientes o separados, que puedan tomar calificativos objetivos para la reprochabilidad jurídica.

Para nuestra investigación es de vital importancia el valor que le corresponde al daño irremediable causado al usuario que no tiene el deber jurídicamente soportable a él, en pocas palabras los perjuicios en ocasión a las irregularidades del servicio Público notarial, es decir, la culpabilidad de la administración en cuento a la prestación del servicio tardío, la no prestación de este o de manera inidónea. No es para nuestro estudio las causales de exoneración, la forma acertada de eximir las consecuencias derivadas de su actuar, pues para que medie una fuerza

externa, como un suceso ajeno que ocasiona el daño, llevado esto a un plano realidad este no tiene relación directa e incidente con el servicio prestado por la administración.

De conformidad con la Constitución Nacional, las obligaciones reparatorias del Estado por los daños antijurídicos causado por sus agentes, la ampliación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del funcionamiento inadecuado de los servicios Públicos, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos Públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son, entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos.

## Referencias Bibliográficas

- Aizenstatd Leistenschneider, NA (2012) La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos. Vol. 12 Anuario Mexicano de Derecho Internacional.
- Alessandri Rodriguez, A. (1981) De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal
- Arce Monroy, NL. (2011) Glosario. Proceso de fiscalización a la obra: prolongación de la línea de energía eléctrica en la colonia Ampliación Beltrones. Universidad de Sonora de México. Página 71.
- Bustamante Arango, DM. (2002) Diseño de la investigación jurídica. Facultad de Derecho USB pág. 24
- Carnelutti F. (1993) La figura jurídica del notario. citado por Hernán A Ortiz Rivas. Ética notarial. Bogotá: Ediciones Ibáñez, p 37.
- Carnelutti F. (1993) La figura jurídica del notario. citado por Hernán A Ortiz Rivas. Ética notarial. Bogotá: Ediciones Ibáñez, p 37
- Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa (1993). Sección III. M. P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa (1995). Sección III. M. P. Jesús María Castillo.
- Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa (2005). Sección III. M. P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa (2011). Sección V. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa (2011). Sección III. Subsección A. M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa (2013). Sección V. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Constitución Política de Colombia (1991).

Costa J. (1989) citado Guillermo Cabanelas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 21 Ed. Buenos Aires: Heiliasta, Tomo V, p 572.).

Decreto 2148 de 1983. Congreso de la Republica de Colombia. Por el cual se reglamentan los Decretos-leyes 0960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973. Bogotá D. C.: Congreso de la Republica de Colombia.

Decreto 2148 de 1988. Congreso de la Republica de Colombia. Por el cual se amplía la destinación del saldo por utilizar del Decreto 2168 de julio 9 de 1986 modificado por el Decreto número 1730 de septiembre de 4 de 1987. Bogotá D. C.: Congreso de la Republica de Colombia.

Decreto 2723 de 2014. Congreso de la Republica de Colombia. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro. Bogotá D. C.: Congreso de la Republica de Colombia.

Decreto 960 de 1970. Congreso de la Republica de Colombia. Por el cual se expide el Estatuto del Notariado. Bogotá D. C.: Congreso de la Republica de Colombia.

Díaz Vidal RM. (2008) Informe seguimiento al "plan institucional de desarrollo administrativo" primer semestre 2008 oficina de control interno. Superintendencia de Notariado y

- Registro Ministerio del Interior y de Justicia República de Colombia Bogotá, D.C. Julio recuperado de: <https://supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/PlanInstitDesSISTEDA2008/junio08.pdf>
- Gaceta del senado de la republica No. 262, mayo 26 de 2010.
- García De Enterría E. y Ramón Fernández T. (1986) Curso de Derecho Administrativo, T. I, p. 419, E. Cívitas, Madrid
- García De Enterría E. y Ramón Fernández T. (1986) Curso de Derecho Administrativo, T.I, p. 419, E. Cívitas, Madrid.
- Gómez Ortiz, MI (2000). Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falla en el Servicio, Daño Especial o Riesgo Excepcional. Universidad Militar Nueva Granada.
- Guerrero Orozco O. (s.f.) Principios de administración pública, catedra Colombia.
- Henaó (2007) La figura jurídica del notario” citado por Hernán A Ortiz Rivas. Ética notarial. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 1993, p 37.
- Herrera Robles A. (2006) Aspectos generales de derecho administrativo colombiano, Barranquilla, Ediciones Uninorte, p. 33.
- Herrera Robles A. (2006), Aspectos generales de derecho administrativo Colombiano, Barranquilla, Ediciones Uninorte p. 33.
- Ley 1564 de 2012. Congreso de la Republica de Colombia, por la cual se expide el Código General del Proceso. Bogotá D. C.: Congreso de la Republica de Colombia.
- Motta Castaño, D y Baracaldo Amaya, D. (2010). Responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano por violación a los derechos humanos. Universidad Autónoma de Colombia, Fondo de Publicaciones, Facultad de Derecho.

Sentencia C-015 de 1996. Corte Constitucional - Expediente D-985. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá.

Sentencia C-1038 de 2002 Corte Constitucional. Expediente D-4066. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá.

Sentencia C-1508 de 2000. Corte Constitucional -Expediente D-2967. M. P. Jairo Charry Rivas (E). Bogotá

Sentencia C-166 de 1995 (20 de abril). Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5 y 6 del art. 22 de la ley 80/1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública”. Magistrado Ponente. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Ref.: Expediente D-643.9).

Sentencia C-166 de 1995. Corte Constitucional - Expediente D-643. M. P. Hernando Herrera Vergara. Bogotá.

Sentencia C-181 de 1997. Corte Constitucional. Expediente D-1450. M. P. Fabio Morón Díaz. Bogotá.

Sentencia C-233 de 2002. Corte Constitucional. Expediente D-3704. M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá.

Sentencia C-286 de 1996. Corte Constitucional -Expediente D-1116. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá.

Sentencia C-336 de 2008. Corte Constitucional. Expediente D- 6947. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.

Sentencia C-496 de 1998. Corte Constitucional - Expediente 1979. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Sentencia C-566 de 1995. Corte Constitucional. Expediente D-823. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Sentencia C-741 de 1998. Corte Constitucional. Expediente D-2139. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

Sentencia C-863 de 2012. Corte Constitucional. Expediente D-9015. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Sentencia C-866 de 1999. Corte Constitucional - Expediente D-2369. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.

Sentencia C-909 de 2007. Corte Constitucional -Expediente D-6759. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá

Sentencia T-507 de 1993. Corte Constitucional. Expediente T-17385. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

UNAD - Universidad abierta a Distancia (2019)- en su módulo de Gestión Pública y Derecho Administrativo. Superintendencia de Notariado y Registro Ministerio del Interior y de Justicia Manual de Inducción a Notarios y Función Notarial Consular. Resolución No. 8423 de noviembre 21 de 2008. Bogotá D.C. 2008

UNAD - Universidad Nacional Abierta y a Distancia (2019) Modulo Gestión Pública Y Derecho Administrativo. Consultado en línea: [http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe\\_109133/Modulo/MODULO\\_EXE/index.html](http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/index.html)).

Urueta Ayola MS. (19989 La responsabilidad de administración pública, revista universidad externado de Colombia, vol. XXI, 1979, Bogotá D.C. Corte constitucional, sentencia C 563, M. P Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz.