



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)
Radicación: 2500023260002006022014 01 (44391)
Actor: Nohora Inés Fonseca Ospina
Demandados: Nación – Ministerio del Interior y de Justicia –
 Superintendencia de Notariado y Registro
Naturaleza: Acción de reparación directa (apelación de sentencia)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado la parte actora contra la sentencia del 30 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 168-170, c. ppal.). Previo a desatar el recurso, se constata la ausencia de nulidades que impidan la prosecución del fallo y, por tanto, entra la Sala a decidir:

SÍNTESIS

La señora Nohora¹ Inés Fonseca Ospina otorgó un préstamo de mutuo por \$110.000.000.00 a través de un comisionista a una persona que dijo llamarse Uriel Castro Nieto. El crédito fue respaldado con hipoteca abierta de un inmueble en el que aparecía como propietario inscrito Uriel Castro, por adquisición que hiciera del señor José Lenoir Aguilar Duarte. Ante el incumplimiento del pago, la acreedora inició proceso ejecutivo. Al enterarse del proceso y de la medida de embargo y secuestro, el propietario predecesor (José Lenoir Aguilar Duarte), presentó denuncia penal contra Uriel Castro por falsedad y estafa, aduciendo que nunca había vendido el inmueble. La investigación penal contra Uriel Castro culminó con sentencia absolutoria por *indubio pro reo*, porque no se pudo comprobar que las huellas de la escritura fueran realmente las de Uriel Castro Nieto. Adicionalmente, como lo que sí quedó demostrado fue que la escritura pública mediante la cual se constituyó la hipoteca se había otorgado con base en documentos falsos, se ordenó la cancelación del mencionado gravamen, viéndose afectada la acreedora hipotecaria, quien ahora demanda con fundamento en una presunta falla del servicio notarial y registral, porque en su sentir, tanto las notarías implicadas como la oficina de Registro de Instrumentos Públicos debieron percatarse de la inconsistencia en el nombre del presunto vendedor (Lenoir vs. Leonir), plasmada en el poder otorgado para la venta apócrifa.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Mediante escrito de demanda visible a fls. 2-19, c. 1, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca², la señora Nohora Inés Fonseca Ospina, formuló demanda contra la Nación – Ministerio del Interior y de Justicia y la Superintendencia de Notariado y Registro, para que mediante acción de reparación directa, se les concedan las siguientes pretensiones:

¹ Si bien, en algunas piezas procesales aparece como Nohora, todo parece indicar, según consta en las distintas autenticaciones de su firma, que el nombre correcto es Nohra.

² La demanda fue presentada el 22 de septiembre de 2006 (fl. 19, c. 1), admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Subsección “A” el 12 de octubre de 2006 (fl. 22, c. 1) y, debidamente notificada a las demandadas así: Superintendencia de Notariado y Registro (fl. 24, c. 1), Ministerio del Interior y de Justicia (fl. 25, c. 1) y al Ministerio Público (fl. 22 anverso, c. 1).

PRIMERA.- Declarar la responsabilidad extracontractual administrativa de la NACIÓN-MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL INTERIOR y la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO con motivo de los perjuicios materiales y morales causado a la señora **NOHORA INÉS FONSECA OSPINA**, por falla en el servicio público Notarial y Registral ocurrido en Bogotá, D.C., el cual ha causado daño antijurídico en su patrimonio.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene solidariamente a la Nación – Ministerio de Justicia y del Interior y a la Superintendencia de Notariado y Registro a pagar a la señora **NOHORA INÉS FONSECA OSPINA** los perjuicios de orden material, los cuales se estiman en las siguientes sumas de dinero:

a) Daño Emergente: Ciento diez millones de pesos moneda corriente (\$110.000.000,00), o lo que se pruebe, que es el dinero que desembolsó mi poderdante cuando la escritura de hipoteca No. 2857 del 23-09-97 quedó registrada en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá, D.C.

b) Lucro Cesante: Seiscientos millones de pesos moneda corriente (\$600.000.000,00), o lo que se pruebe, a través de peritos evaluadores, nombrados de la lista de Auxiliares de la Justicia.

SEGUNDA.- (sic) Que igualmente se condene solidariamente a la Nación – Ministerio de Justicia y del Interior y a la Superintendencia de Notariado y Registro a pagar a mi mandante **NOHORA INÉS FONSECA OSPINA** a título de perjuicios morales el equivalente a mil (1000) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Adicionalmente, solicitó condena en costas y la aplicación de los artículos 176 -178 del C.C.A.

1.1. **Los hechos:** con un relato cronológicamente disperso³, la demandante manifestó que ante el señor René Torres Cárdenas –intermediario para el trámite de préstamos hipotecarios- acudió el señor Uriel Castro Nieto, quien se presentó como el propietario de un apartamento ubicado en la transversal 18 n° 102 -76 apto. 101 y el garaje n° 2 del edificio Tulane de la ciudad de Bogotá, con el objetivo de obtener un préstamo y dar en garantía el mencionado inmueble.

Señaló que el señor René Torres Cárdenas examinó los documentos, en especial la escritura pública 538 de la Notaría 63 del Círculo de Bogotá y que, efectivamente, aquella acreditaba a Uriel Castro como propietario. Por ello, el intermediario, se comunicó con Nohora Inés Fonseca Ospina –prestamista-, quien después de realizar el estudio de títulos usual para ese tipo de

³ Para un mejor entendimiento del relato fáctico contenido en la demanda, se reordena la exposición de los hechos, aunque preservando todo lo narrado por la parte actora.

negociaciones, celebró un contrato de mutuo con Uriel Castro Nieto, por \$110.000.000,00 garantizados con hipoteca abierta de primer grado y con seis (6) pagarés, cinco de ellos por valor de \$20.000.000.00, cada uno y, el restante, por \$10.000.000.00. La hipoteca se hizo constar en la escritura pública nº 2857 del 23 de septiembre de 1997, otorgada en la Notaría 33 del Círculo de Bogotá, la cual se llevó a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y le correspondió la anotación nº 17 de las matrículas inmobiliarias 50N-528397 y 50N-528402 (apartamento y garaje respectivamente).

Manifestó que con ocasión del ejecutivo hipotecario que Nohora Fonseca Ospina adelantó contra Uriel Castro, se puso al descubierto que sobre el inmueble dado en garantía se había efectuado un trámite irregular de venta y que luego de obtener el registro de este trámite, se había acudido a la señora Nohora Inés Fonseca a solicitar un préstamo, a través del comisionista René Torres Cárdenas.

Señaló que mediante sentencia del 24 de septiembre de 2004, el Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá, absolvió al señor Uriel Castro Nieto de los cargos por falsedad en documento privado, en concurso con falsedad en documento público y estafa agravada y ordenó la cancelación de la anotación nº 16 mediante la cual se registró la venta de José Lenoir Aguilar Duarte a Uriel Castro Nieto y la anotación nº 17 referente a la hipoteca abierta constituida en favor de Nohora Inés Fonseca Ospina. Así mismo, ordenó el levantamiento de la medida de embargo que pesaba sobre el inmueble dado en garantía.

Calificó de inexplicable el que no se hubiera condenado a los responsables del ilícito y al pago de los perjuicios que esto le causó a Nohora Inés Fonseca.

Sostuvo que la demandante concedió el préstamo movida por la confianza que le dio el hecho de que la hipoteca fue tramitada ante funcionario público. Además, que con el registro de la escritura de hipoteca quedó demostrado que la Notaría avaló la autenticidad del documento que sirvió de soporte para extender la escritura y que después se demostró que era espurio. Es decir, que la Notaría 33 de Bogotá verificó y dio fe de la autenticidad y veracidad de la escritura mediante la cual el deudor hipotecario adquirió el inmueble dado en garantía y que fue esto lo que le dio tranquilidad y seguridad a Nohora Inés Fonseca sobre la negociación que se protocolizó a través de un documento público que luego resultó estar incurso en falsedad documentaria y que trajo como consecuencia

que la acreedora hipotecaria se quedara sin la protección real de su crédito y sin el crédito mismo, pues fue engañada mediante la constitución de una garantía inexistente con el fin de burlar el pago del préstamo.

Sostuvo que todo lo anterior venía a demostrar que el servicio notarial prestado por las Notarías 63 y 33 del Círculo de Bogotá falló al extender las escrituras n° 538 del 120 de septiembre de 1997 y la 2857 del 23 de septiembre de 1997 y, por ello debe declararse la responsabilidad del Estado y ordenarse el pago de los perjuicios, consistentes en el lucro cesante por el valor del préstamo y el daño emergente por los intereses a la tasa más alta desde el 23 de septiembre de 1997 hasta cuando se produzca el pago.

Insistió en que Nohora Inés Fonseca otorgó el crédito confiada en la fe y seguridad del servicio público prestado por las notarías que propiciaron que la actora fuera víctima de estafa y que fuera motivada a prestar su dinero a una persona que no conocía, ya que lo que le brindó seguridad fueron los títulos otorgados por aquellas y solemnizados ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Norte.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Dentro de la oportunidad procesal contestó la demanda (fls. 26-30, c.1). En su escrito, propuso la excepción de falta y/o indebida legitimación en la causa por pasiva, en consideración a que los hechos de la demanda se sustentan en actos notariales y de registro, por tanto, en su criterio, la llamada a responder es la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad que, conforme al Decreto 2158 de 1992, goza de autonomía administrativa y presupuestal, tal como lo ha dispuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado en aquellos casos donde lo que se alega es una falla registral⁴.

2.2. SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. Si bien contestó la demanda (fls. 47-53, c.1), lo hizo de manera extemporánea.

⁴ Al respecto, citó apartes de una sentencia de la Sección Tercera del 7 de abril de 1989 (sin precisar el número de expediente) y de las sentencias de la misma Corporación y Sección del 11 de junio de 1994, exp. 6.693, C.P. Juan de Dios Montes Hernández y del 6 de agosto de 1998, exp. 11.181, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 30 de septiembre de 2011 (fls. 168-170, c. ppal.), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, Subsección C de Descongestión declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de las entidades demandadas, para lo cual dijo:

[T]eniendo en cuenta los hechos ocurridos, encuentra la Sala que los mismos no son atribuibles al MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, por cuanto no es la entidad que causó el daño, razón por la cual no está llamada a responder, por tanto la Sala considera que debe prosperar la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por el apoderado del Ministerio.

Respecto de la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 0302 de 2004 artículo 1º esta entidad tiene como objetivo la dirección, inspección y vigilancia de los servicios públicos de notariado y registro de instrumentos públicos.

Por su lado, el servicio notarial es un servicio público prestado por particulares de conformidad con lo reglado en el Decreto 960 de 1970, y según los artículos 8 y 195 del mismo decreto, los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la ley, razón por la cual deben responder civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del servicio.

Por lo anterior, esta Sala considera que el daño antijurídico imputable en esta demanda es atribuible al notario únicamente, y no a la Superintendencia de Notariado y Registro, debiéndose declararse también la falta de legitimación por pasiva propuesta por el apoderado de dicha entidad.

Sostuvo además, que como no se demandó al Notario 63 del Círculo de Bogotá no podía emitir ningún pronunciamiento adicional. De otro lado, se abstuvo de imponer condena en costas.

II. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, la parte actora interpuso apelación (fls. 173-180, c. ppal.) y como fundamento, sostuvo⁵:

i) La Superintendencia de Notariado y Registro ejerce, entre otras, funciones de dirección, inspección, vigilancia y control sobre el servicio notarial que es público y reglado y, por lo mismo, debe velar porque la prestación del servicio público notarial sea oportuna y eficaz, lo cual supone un examen de conducta y desempeño de los notarios.

De los hechos de la demanda queda claro que existió una falla del servicio notarial, en razón de la aceptación de autenticidad de un poder, sin contar con las medidas necesarias de prevención para identificar la identidad de las partes intervinientes, respecto del presunto vendedor.

La responsabilidad que se le endilga a la Superintendencia surge de las instrucciones administrativas en las que imparte la forma y términos en que debe llevarse el registro notarial, entre ellas, la n° 01-35 del 8 de junio de 2001, en la cual la Superintendencia emitió una serie de medidas de control y recomendaciones en torno a la prevención y seguridad para evitar que se lesione la buena fe del notario con suplantaciones de identidad o adulteración de documentos; entre ellas, la protocolización de la fotocopia del documento de identificación de cada compareciente y la impresión de la huella dactilar del índice derecho de éstos.

ii) Comoquiera que la Superintendencia ejerce las antedichas funciones se predica la falla del servicio, pues debió tener mayor vigilancia sobre las actuaciones cuestionadas. En tal sentido, no se advierte que haya impuesto las sanciones al notario causante de la falla, en torno a la falencia de identificación que permitió la operación fraudulenta que afectó a la demandante, ya que la actividad notarial no se puede ejercer al arbitrio y capricho de los notarios.

iii) La falla de la Notaría consistió en la omisión de verificación, al haber aceptado un poder que estaba confuso en torno a quienes eran sus otorgantes, incluso, frente al propio folio de matrícula inmobiliaria y los documentos de identificación

⁵ Para un mayor entendimiento, se organizaron los argumentos del recurso, conservando, en todo caso, lo expuesto por el apelante.

que se dice fueron acompañados al trámite, ya que de haberse adelantado tal gestión en forma diligente y oportuna se hubiera podido establecer con claridad la identidad de los responsables del punible, pero como nada de eso ocurrió la conducta quedó en la impunidad y sin que el usuario del servicio, que se atuvo a la buena fe y la confianza legítima que la autoridad notarial le inspiró, pudiera hacer nada. A cambio, fue burlado por los delincuentes y por los entes encargados de garantizar la legitimidad de los actos protocolarios suscritos.

iv) El servicio público notarial desconoció lo dispuesto por los arts. 13 y 14 del Decreto 960 de 1970, en relación con el perfeccionamiento de la escritura pública y la recepción, extensión, otorgamiento y autorización, ya que no se reunieron a cabalidad todos los elementos allí estipulados, que permitieran un documento pleno y sin vicios en su formación.

La deficiencia se predica de la etapa de autorización, conforme a la cual el notario le imprime fe al instrumento en formación, que reúne los requisitos y que las declaraciones han sido realmente vertidas por los interesados. Frente a este aspecto, se debió exigir la consonancia de los nombres de los intervinientes, respecto del poder que servía a la negociación, irregularidad que indujo a una aprobación irregular del proceso de perfeccionamiento del instrumento público cuestionado, lo que viene a demostrar que la demandante actuó con buena fe exenta de culpa.

v) No puede alegarse la presunta existencia del hecho de un tercero o la ausencia de causalidad adecuada, ya que el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad solidaria entre las Notarías y la Superintendencia de Notariado y Registro, dada la naturaleza del servicio público y la guarda y vigilancia que sobre este presta la Superintendencia y de la cual no puede sustraerse la entidad demandada. De esta forma, se equivocó el *a quo* al imponer una modalidad de culpa personal del agente que se entendía superada, cuando lo que rige es la culpa anónima del servicio o falla funcional u orgánica y, por tanto, la demandada debe responder por el servicio público notarial prestado por la Notaría 63 y 33 del Círculo de Bogotá.

v) Conforme al art. 90 constitucional, más allá de la falla del servicio, existen otras modalidades de responsabilidad como la derivada del daño especial y de la igualdad ante la ley, basada en la solidaridad y la equidad social, al punto que en el *sublite*, el perjuicio causado no solo puede considerarse fraguado

intelectualmente por los propios delincuentes, sino concretado materialmente por el particular que presta el servicio público (notario), por tanto, no puede afirmarse que la demandante deba sacrificar su patrimonio, lo cual implica desigualdad ante las cargas públicas frente a la ocurrencia de un defecto en el servicio que ella no propició.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1. LA PARTE ACTORA. En sus alegatos de cierre (fls. 197-201-, c. ppal.), reiteró los argumentos presentados con ocasión de la sustentación del recurso y enfatizó que la Superintendencia como prestadora del servicio notarial de inscripción que, para el caso, subyace en la anotación no. 16 del 15 de septiembre de 1997, debió detectar que el poder que fundamentaba la presunta venta estaba confuso en torno a quienes eran los otorgantes, ya que nunca se prestó atención al hecho de que el poderdante - vendedor se distinguía en el glosado instrumento público como “JOSÉ LEONIR”, cuando quien figuraba en los registros del folio de matrícula inmobiliaria como verdadero propietario era el señor JOSÉ LENOIR. En su sentir, de haberse adelantado la revisión diligente a los documentos acompañados en el trámite de anotación, se hubiera podido establecer una sombra de duda o de cuestionamiento respecto de la identidad de los sujetos y devolver el instrumento sin registrar, con lo que se hubiera evitado la tipificación de la buena fe y la confianza legítima inherente al registro público.

Por todo ello, quedó demostrado tanto el daño como la causalidad adecuada. Adujo que si bien el daño había sido provocado inicialmente por terceros y luego por las notarías que incumplieron las instrucciones de la Superintendencia, aquél se vio afianzado cuando la Superintendencia, directa o indirectamente permitió la inscripción de la cuestionada escritura pública n° 538 del 10 de septiembre de 1997 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos – Zona Norte, documento que, evidentemente, mostraba, a todas luces, la falta de coherencia en cuanto a sus otorgantes. En su criterio, este hecho permitió a continuación y sin mayor esfuerzo la inscripción de la segunda escritura contentiva de la hipoteca que consolidó el negocio jurídico celebrado por vía de la anotación en el registro público.

2.2. SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. En la oportunidad para alegar, manifestó que las notarías como establecimiento no se encuentran ubicadas dentro de la estructura administrativa del Estado y que, si bien pueden llenar algunos requisitos para considerárseles como tal, no suplen otros; por ello, las notarías no tienen personería jurídica y es el notario como persona natural quien responde (arts. 8 y 195 Decreto 960 de 1970).

Indicó que, aun cuando la función fedataria es un servicio público a cargo de la Nación, delegado por mandato constitucional en los notarios (art. 131 C.N.), ello no significa que los notarios tengan una relación laboral con el Estado, sino que son colaboradores de la administración pública, que gozan de autonomía funcional y financiera y, por tanto, responden civilmente por los daños y perjuicios que causen a los usuarios.

Manifestó que, si bien la Superintendencia de Notariado y registro vigila y controla el servicio notarial, no representa legalmente a las notarías y tampoco se puede deducir responsabilidad por las presuntas falencias de los notarios en la actividad notarial, pues en el evento de falla o deficiencia del servicio notarial quien responde es el notario.

Argumentó que los hechos y actos alegados no guardan conexidad con la función de vigilancia y control que ejerce la Superintendencia y, como se sabe, para declarar la responsabilidad debe haber relación de causalidad entre el daño alegado y la falta de vigilancia, lo que viene a comprobar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adujo que, precisamente, en ejercicio del control y vigilancia que ejerce, ha venido orientando de forma permanente a los notarios contra las suplantaciones y falsedades de procesos escriturarios, a través de circulares, como la n° 014 Bis del 10 de marzo de 1983, la n° 09 del 17 de febrero de 1989 y la Instrucción Administrativa n° 15 del 1 de abril de 1991.

Alegó que la función de vigilancia y control no tiene injerencia en la prestación del servicio directo al usuario y, por ello, el Consejo de Estado, en casos similares de suplantación en el otorgamiento de escrituras ha dicho que la

Superintendencia no es responsable⁶, así como también, en lo que atañe a la falsedad en los documentos de identidad (fls. 190-196, c. ppal.).

El Ministerio Público guardó silencio (fl. 202, c. ppal.).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en consideración al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Asimismo, conforme a la cuantía⁷, el proceso tiene vocación de segunda instancia.

Con relación a la acción procedente, es menester, establecer, previamente, si la reparación directa se ofrece como adecuada para tramitar las pretensiones de la demanda o, si por el contrario, existe una indebida escogencia de la acción, teniendo en cuenta que el acto de inscripción y anotación en el registro inmobiliario, sin lugar a dudas, es un acto administrativo.

En efecto, en tanto acto administrativo, *prima facie*, debe ser controvertido a través de la acción de nulidad y restablecimiento, sin perjuicio de que existan eventos en los cuales la demanda no pretenda cuestionar la legalidad del

⁶ Sobre el particular, citó las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera del 15 de septiembre de 1994, exp. 7779, C.P. Juan de Dios Montes H, y del 11 de noviembre de 1994, exp. 9626, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁷ La demanda, cuya pretensión mayor se estimó en \$600.000.000.oo (lucro cesante), fue interpuesta el 22 de septiembre de 2006 (fl. 19, c. 1), para tal fecha, la cuantía para que un proceso tuviera segunda instancia ascendía a \$204.000.000.oo (\$408.000 x 500) y, se tenía en cuenta la pretensión mayor, conforme a la Ley 954 de 2005. Lo mismo sucede si se toma en cuenta la fecha de presentación del recurso de apelación, que fue el 13 de diciembre de 2011 (fl. 173, c. ppal.), momento en el cual se encontraba en vigencia la Ley 1395 de 2010 que consideraba la suma de todas las pretensiones acumuladas, las cuales deberían superar la cuantía de \$67.800.000 (\$535.000x500).

acto, en cuyo caso, resulta pasible el trámite mediante reparación directa, tal como en otras oportunidades ha quedado establecido por la Corporación:

Así las cosas, de los preceptos normativos antes descritos se puede establecer que los actos de inscripción constituyen verdaderos actos administrativos y que los mismos se entienden notificados a partir del momento de la anotación respectiva, notificación que tiene como propósito poner en conocimiento de los interesados y del público en general de la existencia de determinado registro, para efectos de que se puedan interponer los recursos de la vía gubernativa o las acciones judiciales a que hubiere lugar, con el propósito de cuestionar la legalidad de tales actos (...) respecto de los cuales, como lo precisó por la Sección Primera de esta Corporación en el pronunciamiento antes transcrito, son demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la respectiva acción de nulidad simple, de tal manera que el ejercicio de la acción de reparación directa, dentro del asunto sub judice resultó indebido.

No obstante lo anterior, conviene destacar que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que existen eventos especiales tales como las omisiones o errores derivados de la labor de registro, frente a los cuales la acción procedente es la de reparación directa; (...)»⁸.

De esta forma, cuando se ha encontrado que, pese a invocarse la acción de reparación directa, lo que en el fondo se está cuestionando es el acto de registro o algún vicio en su proceso de formación, la Corporación ha declarado que es la acción de nulidad y restablecimiento la apropiada para encaminar tales pretensiones y, en consecuencia, se margina del conocimiento del asunto⁹.

Asimismo, en otros eventos en que, nominal y materialmente, la acción de reparación es afín a las pretensiones, en cuanto éstas no se proponen atacar la validez del acto de registro, sino las consecuencias de éste, se ha determinado su procedencia. Así por ejemplo, en un caso similar al que nos ocupa, la Corporación sostuvo:

Ciertamente, en el libelo introductorio se aduce que la entidad demandada

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de marzo de 2012, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 22368.

⁹ En tal sentido puede verse, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 37455, C.P. Hernán Andrade Rincón; y de la misma Sección, Subsección “C”, sentencia del 15 de octubre de 2015, exp. 33681, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

incurrió en falla del servicio, por cuanto no advirtió las irregularidades que presentaba la escritura pública y que impedían su inscripción y fue, precisamente, esa conducta omisiva, la que condujo a la entidad financiera a que desembolsara al señor Hernán Loaiza García una considerable suma de dinero, la cual finalmente nunca devolvió.

Asimismo, de las pretensiones de la demanda no se advierte solicitud alguna encaminada a obtener la nulidad de la inscripción de esa escritura pública en el folio de registro inmobiliario, puesto que dicha orden ya fue dada por la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de disponer la cancelación de la inscripción que de forma fraudulenta se realizó, por manera que al no cuestionar la legalidad de un acto administrativo de registro, no se está en presencia de escenarios en los cuales resultaría aplicable la acción de nulidad y, en consecuencia, la acción de reparación directa ejercida en el presente asunto para obtener la indemnización por el aludido hecho dañoso demandado, resulta procedente¹⁰.

Dicho esto y, comoquiera que en *sublite* la parte actora esgrimió una presunta falla del servicio notarial que, en principio, achacó a las notarías otorgantes¹¹ y a la Superintendencia de Notariado por su falta de vigilancia y control sobre aquellas y por no haber prestado atención a la discordancia del nombre del vendedor contenida en el poder, es evidente que la parte actora está enrostrando una presunta negligencia y omisión en las funciones que a cada una correspondía y no propiamente una irregularidad o vicio de formación en el acto de registro. Por lo mismo, entiende la Sala que la demanda no busca controvertir, como tal, la validez del acto de registro, entre otras cosas porque, como se sabe, el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá ordenó la cancelación de las anotaciones n° 16 y 17, producto del acto de registro de las escrituras públicas n° 538 y 2857. En consecuencia, es acertada la escogencia de la acción.

1.2. La legitimación en la causa

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 7 de marzo de 2012, exp. 20042, C.P. Hernán Andrade Rincón. Esta posición fue reiterada en la sentencia del mismo ponente del 29 de enero de 2014, exp. 24579. En el mismo sentido se puede ver, entre otras, Subsección “B”, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 29795, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Así por ejemplo, en el hecho 13 del libelo expuso: “Los hechos anteriores indican que el servicio notarial prestado por la notarías 63 y 33 del Círculo de Bogotá, falló al extender las escrituras Nos. 538 del 10 de septiembre de 1997 y la 2857 del 23 de septiembre de 1997, respectivamente, y por ello, debe condenarse a la responsabilidad de la Nación y condenarse al pago de los daños sufridos por esa falla” (fl. 8, c. 1).

A manera de cuestión previa y, para efectos de determinar la legitimación por pasiva, la Sala hará distinción entre quién es el llamado a responder en los casos de falla registral y quién en los casos de falla notarial. La Sala comenzará por la legitimación en los eventos de falla registral por tratarse de un aspecto jurisprudencialmente decantado.

1.2.1. Legitimación pasiva en los eventos de falla registral. Para empezar, la denominada falla registral comprende, de manera específica, aquellos casos en que se discute una omisión o irregularidad en la función de anotación y registro de los instrumentos que contienen afectaciones o modificaciones en la titularidad de los bienes inmuebles y que tiene una finalidad “*esencialmente publicitaria, como que produce efectos respecto de terceros (art. 44 decreto 1250 de 1970), de ahí que las inscripciones deben adelantarse en forma cuidadosa respetando el viejo principio de los derechos reales conforme al cual el primero en el tiempo, ha de prevalecer en el derecho (prius in tempore, potior iure)*”¹². En tal sentido, ha dicho esta Corporación:

*El registro de instrumentos públicos es la institución a través de la cual se realiza la tradición de los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, mediante la inscripción del título documental en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria¹³ (art. 756 CC). Está concebido también para darle publicidad a los actos jurídicos que se produzcan respecto de los bienes inmuebles y para que los mismos sean oponibles frente a terceros (arts. 2 y 44 decreto ley 1250 de 1970). Para informar respecto de la situación jurídica de un bien inmueble, la autoridad encargada del registro de instrumentos públicos tiene también la función de expedir los correspondientes certificados que deben reflejar el estado real del inmueble de que se trata (art. 54 decreto ley 1250 de 1970).*¹⁴

Como se sabe, la actividad de registro es independiente y sucedánea a la conformación del instrumento o escritura que incorpora la afectación, gravamen o cambio de titularidad del inmueble¹⁵, por cualquiera de los actos y modos

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, exp. 16055, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Sin perjuicio de lo relativo a la entrega material del inmueble.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp.4438. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Cit, sentencia del 8 de marzo de 2007, *ob.cit.*

¹⁵ “Se denomina INSTRUMENTO PUBLICO cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario; se denomina ESCRITURA PUBLICA cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo”. Corte Constitucional, sentencia T-473 del 14 de julio de 1992, M.P. Ciro

previstos por la legislación para la alteración de la situación jurídica de un bien inmueble¹⁶.

El registro, por ser público, se expone a la ciudadanía a través del folio de matrícula inmobiliaria que es el documento que, bajo la metodología de anotaciones consecutivas, detalla y presenta de manera cronológica la historia jurídica de un inmueble. La función de anotación y registro le corresponde, por exclusivo, a la Superintendencia de Notariado y Registro, de ahí que cualquier falla que se presente en dicha actividad es atribuible a esta entidad que, pese a que se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia y de Derecho (antes Ministerio del Interior y de Justicia), tiene capacidad para representarse a sí misma, teniendo en cuenta que goza de autonomía administrativa y financiera, con personería jurídica y patrimonio independiente¹⁷.

Algunas de las irregularidades que han dado lugar a la declaratoria de responsabilidad de la mencionada Superintendencia, han sido, entre otras, la asignación de doble matrícula inmobiliaria a un mismo bien; la afectación en el orden de inscripción de los actos, escrituras y providencias; la omisión de algún registro o su anotación tardía; anotaciones erróneas y, en general, todas aquellas que se comprendan dentro del objeto y la función registral¹⁸.

Contrario *sensu*, la Superintendencia de Notariado y Registro no es la llamada a responder por los eventos que tipifican una falla notarial (proveniente de las funciones de las notarías expuestas en el art. 3º del Decreto 960/70), claro está,

Angarita Barón. Así mismo, aunque no aplicable al caso concreto, respecto de los objetivos del registro, puede verse, el art. 2 de la Ley 579 de 2012 (Estatuto de registro de instrumentos públicos).

¹⁶ Actos, contratos o providencias, en los cuales se contenga la tradición, gravámenes, limitaciones y afectaciones, medidas cautelares, tenencia, falsa tradición, cancelaciones y otros. (cfr. Estatuto registral, art. 4 que aunque no vigente para la época, no introdujo cambios en este aspecto).

¹⁷ Cfr. art. 1 Decreto 302 de 2004, vigente para la época.

¹⁸ Al respecto y, entre otras, pueden verse las siguientes sentencias en las cuales la Corporación ha declarado la responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro por fallas registrales: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2012, exp. 14.518, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencias del 21 de marzo de 2012, exps. 22933 y 22368, C.P. Mauricio Fajardo, sentencia del 8 de noviembre de 2012, exp. 26.691, C.P. Danilo Rojas Betancourt y, sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 19858, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

a menos que aquello que constituye la mencionada falla, a la vez, afecte ostensiblemente alguno de los requisitos formales que respecto del instrumento a inscribir debe verificar la Oficina de Instrumentos. Aquí es importante señalar que el Registrador no tiene el deber u obligación de determinar la validez de los títulos sometidos a registro y, en cambio, su labor se circunscribe al ámbito de las formalidades del instrumento a registrar y anotar en el correspondiente folio, tal como lo ha venido reiterando la Corporación.¹⁹

Aparte de esta excepción (desatención de los requisitos formales que debe tener el instrumento para que adquiera mérito registral), para que una falla estrictamente notarial pueda comprometer la responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro, se requiere que, existiendo una presunta irregularidad notarial, ya sea que la conozca oficiosamente o, a través de denuncias, omita los deberes de vigilancia y control que la ley le ha confiado²⁰.

De lo dicho hasta aquí, con relación a la legitimación de la Superintendencia de Notariado y Registro se extrae como regla general, la siguiente:

R: Siempre que la falla recaiga en una omisión o irregularidad en la función de anotación y registro de los instrumentos que contienen afectaciones o modificaciones en la titularidad de los bienes inmuebles, esto es, en la formación y alimentación de la matrícula inmobiliaria que lleva la historia jurídica de un inmueble, la Superintendencia de Notariado y Registro estará legitimada en la causa por pasiva.

Además, existen otros dos eventos que aunque no se enmarcan en la regla general, también pueden comprometer la responsabilidad de la mencionada Superintendencia y, en consecuencia, legitimarla en causa frente a las posibles reclamaciones:

¹⁹ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 29 de enero de 2014, exp. 24759, Hernán Andrade Rincón, de la Subsección “C”, sentencia del 9 de septiembre de 2013, exp. 26918, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁰ Sobre los deberes de inspección y vigilancia, puede verse, entre otros, Decreto 960/70 (art. 209) y Decretos 2158/98 (art. 2), 302 de 2004 (art. 2) vigentes para la época.

R¹ Siempre que la falla provenga de la desatención y falta de verificación de cualquiera de los requisitos formales del instrumento que se presente para registro, la Superintendencia de Notariado y Registro será la legitimada en la causa por pasiva, sin perjuicio de la legitimación que, según el caso, también le asista a quien deba responder por la falla notarial.

R² Siempre que la falla provenga de la omisión a los deberes de vigilancia y control que la Superintendencia de Notariado y Registro ejerce oficiosamente o por medio de denuncias respecto de las notarías, la Superintendencia de Notariado y Registro será la legitimada en la causa por pasiva, sin perjuicio de la legitimación que, según el caso, también le asista a quien deba responder por la falla notarial objeto de la queja o irregularidad.

1.2.2. Legitimación pasiva en los eventos de falla notarial. El objeto de la falla notarial comprende aquellas irregularidades que se presenten en el marco de las funciones que tienen las notarías en su condición de fedatarios públicos, consagradas en el Decreto 960 de 1970, art. 3²¹, dentro de las que se destacan, el otorgamiento y protocolización de escrituras públicas y la fe que se extiende sobre la autenticidad de firmas y documentos. Actuaciones que, en ocasiones, se ven afectados por actos ilícitos de suplantación y falsedad.

²¹ ARTICULO 3o. <FUNCIONES DE LOS NOTARIOS>. Compete a los Notarios:

1. 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.
2. Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados.
3. Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios o particulares y de otros Notarios que las tengan registradas ante ellos.
4. Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal.
5. Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la correspondiente fe de vida.
6. 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.
7. Expedir copias o certificaciones según el caso, de los documentos que reposen en sus archivos.
8. Dar testimonio escrito con fines jurídico - probatorios de los hechos percibidos por ellos dentro del ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en sus archivos.
9. Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la Ley civil deban otorgarse ante ellos.
10. Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados.

Ahora bien, en punto de la legitimación por los eventos de falla notarial, esto es, de quién es el llamado a responder en tales casos, el asunto no es pacífico, si se tiene en cuenta que, por lo menos, existen tres criterios.

1.2.2.1 El legitimado o llamado a responder es directamente el Notario²².

Este criterio se sustenta en que, si bien la función notarial es pública, quien la presta es un particular con autonomía que, conforme a los arts. 195-197 del Decreto 960 de 1970²³ es civilmente responsable por los daños y perjuicios que pueda causar a los usuarios del servicio, ya sea por dolo o culpa grave en la prestación del mismo.

Aunque a nivel de la jurisprudencia del Consejo de Estado, puede decirse que esta tesis no ha tenido acogida, se trae a colación porque jurisdiccionalmente si tiene antecedentes²⁴ e, inclusive, existe una sentencia de esta Corporación que, de alguna manera parece suscribirla, pese a que reconoce que el servicio notarial, en tanto público, se dispensa a cargo de la Nación. Se trata de la sentencia 11.464 del 22 de octubre de 1997, en la cual se dijo: *“En el evento de falla o deficiencia del servicio ésta sería imputable al notario y no a la Superintendencia de Notariado y Registro, teniendo en cuenta que en principio, la función de vigilancia de ésta no tiene injerencia en la prestación del servicio*

²² Se precisa que como las notarías carecen de personería jurídica, la vinculación, en tal supuesto, recae en la persona del notario.

²³ RTICULO 195. <RESPONSABILIDAD CIVIL>. Los Notarios son responsables civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo de la prestación del mismo.

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

ARTICULO 197. <INDEMNIZACIÓN>. La indemnización que tuviere que pagar el Notario por causas que aprovechen a otra persona, podrá ser repetida contra ésta hasta concurrencia del monto del provecho que reciba y si éste se hubiere producido con malicia o dolo de ella, el Notario será resarcido de todo perjuicio.

²⁴ De conformidad con lo expuesto en los antecedentes de una sentencia de tutela, esta parece fue la tesis esgrimida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Pasto, en un caso donde se discutía una presunta falla registral. Al respecto, se puede ver en: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 24 de noviembre de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-02865-00, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

*notarial directo al usuario*²⁵.

Esta decisión tuvo un salvamento de voto en el sentido de indicar, de un lado, que en casos de falla notarial responde institucionalmente la Nación Colombiana y, por otro, que no existe acción directa contra el notario: En tal sentido dijo:

La Nación Colombiana responde institucionalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión indebidas de los encargados de la prestación del servicio público notarial, pues estos son agentes suyos que la comprometen patrimonialmente; el damnificado con los daños originados en la actividad notarial no tiene acción directa o personal contra el notario, sino contra el Estado Colombiano; lo que el Estado resultare obligado a pagar, por el dolo o culpa grave de los servidores del notariado, y solamente cuando esté presente el dolo o culpa grave, deberá intentar repetirlo; y, la vía procesal mediante la cual la víctima o damnificado puede hacer valer sus derechos es la prevista por los artículos 86 y 207 y ss., del CCA, vale decir, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa a través del procedimiento ordinario (se resalta)²⁶.

De vuelta a la tesis, salvo por lo aludido en la sentencia 11.464, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corporación no ha seguido este criterio y, por el contrario, lo que se ha dicho siempre es que como la función notarial es pública²⁷, la administración está llamada a responder en los casos de falla notarial, sin perjuicio de las divergencias que existen sobre quien representa para tales eventos a la Nación como más adelante se verá.

De esta forma, la Sala hace suyas las palabras de la Corte Constitucional respecto de la función del notario, por cuanto, “*difícil sería entender el conjunto de tareas que les han sido asignadas si actos de tanta trascendencia como aquellos en los que se vierte el ejercicio de su función no estuvieran amparados por el poder que, en nombre del Estado, les imprimen los notarios en su calidad de autoridades*”²⁸; es decir, actúan en ejercicio de una función pública delegada

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de octubre de 1997, exp. 11.464, C.P. Jesús María Carrillo, citada en sentencia de la Sub SECCIÓN “C” del 19 de octubre de 2011, exp. 20222, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

²⁶ Salvamento expuesto por el Consejero Daniel Suárez Hernández.

²⁷ Cfr. art. 131 de la Constitución, con la salvedad que desde el acto Legislativo 1 de 1931, artículo 1º, se le dio a la actividad notarial el carácter de servicio público.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-181 del 10 de abril de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

por el Estado, a partir de lo cual se puede concluir que este primer criterio que prevé una legitimidad directa del notario en los eventos de falla notarial, difícilmente se sostiene.

Con lo anterior, de ninguna manera se quiere indicar que los notarios no están llamados a responder por sus fallas en la prestación de la función pública que les ha sido delegada, sino que no están legitimados en la causa dentro de la acción de reparación directa que se intente y, por tanto, para vincularlos existen otros mecanismos procesales (llamamiento en garantía y acción de repetición) a los que deberá acudir la entidad que represente a la Nación en tales casos²⁹.

1.2.2.2. La legitimada es la Nación (sin precisar quién la representa) o, **aquella conjuntamente con el Notario**. Así por ejemplo, en sentencia 10592 del 30 de agosto de 2007, se dijo que *“como consecuencia que por la función de “fe pública” que es propia de las notarías y el vínculo de ésta con las finalidades del Estado, en caso de presentarse una falla del servicio por acción u omisión de tales dependencias, debía demandarse a la Nación o a ésta y a la notaría y en caso de que se hiciera lo primero, siempre existiría la posibilidad de repetir contra la notaría infractora”*³⁰.

En este punto, es necesario aclarar que no resulta acertado decir que en caso de condena se puede repetir contra la notaría infractora, primero, porque las notarías no tienen personería jurídica y, segundo, porque la acción de repetición es de carácter personal.

Por demás, este criterio no es muy útil, en primer término, porque deja sin precisar quién representa a la Nación en tales casos y, en segundo término,

²⁹ Y claro, el notario condenado al pago, que no hubiere actuado con culpa grave o dolo, podrá repetir mediante un proceso civil contra quien haya cometido el ilícito de suplantación o falsedad, conforme a lo dispuesto en el art. 197 del Decreto 960 *ejusdem*, en consonancia con los arts. 1525, 2313 y 2315 del Código Civil y/o a través de la acción civil (Ley 600 de 2000) o del incidente de reparación integral (Ley 906 de 2004) si se promueve dentro del proceso penal.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2007, exp. 10592, C.P. Mauricio Fajardo Gómez (E), citada en sentencia de la Subsección “C” del 9 de mayo de 2012, exp. 21692, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

porque al margen de la discusión de si el notario es un funcionario público o un particular,³¹ se presenta la duda de si se puede vincular de manera directa o no, ya que respecto de los funcionarios públicos y su vinculación en la demanda, esta Subsección ha dicho:

[L]a interpretación evolutiva y consolidada, lleva a la Sala a sostener que el criterio vigente y conforme desde el cual se interpreta el art. 78 del C.C.A., se delinea a partir de las siguientes reglas: (i) Antes de la Constitución de 1991 la legitimación por pasiva derivada del art. 78 del C.C.A. se integraba a partir de cualquiera de estas tres posibilidades: a) demandando solamente a la entidad pública, b) demandando solamente al funcionario público y, c) demandando conjuntamente a la entidad y al funcionario. (ii) Desde la Constitución de 1991, en los términos de la sentencia C-430 del 12 de abril de 2000 y hasta la entrada en vigencia de la ley 678 de 2001 la legitimación por pasiva derivada del art. 78 del C.C.A. se redujo a dos posibilidades: a) demandando solamente a la entidad pública, b) demandando conjuntamente a la entidad y al funcionario y (iii) a partir de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001 solamente es posible trabar la relación jurídico-procesal entre la víctima y la entidad demandada como partes originales del proceso. Por tanto, la única posibilidad actual de convocar al funcionario dentro del proceso corre por cuenta de la entidad demandada, quien podrá llamarlo en garantía o, en su defecto, ejercitar la acción de repetición con posterioridad a la sentencia condenatoria, siendo ésta última forma ya no una mera opción, sino un deber ineluctable. Este trazado explicativo conecta y armoniza plenamente con la teleología del art. 90 superior, en sus dos postulados³²³³.

Por estas razones, la Sala considera que este criterio carece de sustento normativo y utilidad práctica.

1.2.2.3. La legitimada es la Nación. Esta tesis, a su vez, tiene dos posturas jurisprudenciales:

1.2.2.3.1. La Nación representada por el Notario. De este criterio, se encuentran varios antecedentes jurisprudenciales, en los que se ha dicho:

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

³¹ Sobre esta discusión puede verse, entre otras, en: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. (1748-07), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

³² Es decir, la cláusula de la responsabilidad y la cláusula de la repetición.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 30 de marzo de 2007, exp. 38372, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En este caso, la Sala reiterará la jurisprudencia que sobre el tema ha edificado la Corporación, con la aclaración de que en los eventos en los cuales se pretenda declarar la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial, resulta indispensable llamara (sic) a la Nación representada a través del Notario³⁴.

Esta postura, sin embargo, la primera dificultad que encuentra es que no está prevista dentro de las posibilidades que contempla el art. 149 del C.C.A.³⁵, a ello se le pueden añadir otras razones que la hacen inviable, de conformidad con lo que esta Corporación ya ha dicho:

Ahora bien, en criterio de la Sala en los casos en que se cuestione la responsabilidad del Estado por las conductas de los notarios que hubieren causado un daño antijurídico con ocasión del ejercicio de las funciones que el ordenamiento jurídico les ha atribuido, no resulta dable acudir, como alguna jurisprudencia lo pudo insinuar, a la fórmula “Nación-Notario” con el fin de configurar la parte demandada sino que se debe demandar en representación de la persona jurídica Nación al Ministerio de Justicia y del Derecho, estructura administrativa que tiene a su cargo la reglamentación y gestión del servicio notarial cuya titularidad se ha radicado en la Nación, esta postura se encuentra plenamente sustentada en los siguientes argumentos:

i) Los notarios, a pesar de encontrarse plenamente habilitados para el ejercicio de la función fedante, no tienen dentro de sus competencias la de representar judicialmente a la Nación;

ii) En relación con lo anterior, si bien es cierto que la conducta de los notarios puede comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, tal y como lo ha reconocido en la jurisprudencia ya transcrita y consolidada, no lo es menos que, desde el punto de vista procesal, los notarios no tienen la capacidad de comprometer el presupuesto de la Nación;

iii) Si se tiene en cuenta que la responsabilidad del Estado es de carácter anónimo, institucional, el hecho de que se pueda demandar directamente la

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 20222, C.P. Jaime Orlando Santofimio. Esta postura ha sido reiterada por la misma Subsección, como puede verse, entre otras, en la sentencia del 10 de agosto de 2015, exp. 34248, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

³⁵ ARTÍCULO 149. (...). En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-rama judicial estará representada por el director ejecutivo de administración judicial. En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el director general de impuestos y aduanas nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

conducta de los notarios y que se les permita responder autónomamente en los procesos de reparación directa, puede tener la virtud de desnaturalizar esta elemental característica, al confundirse la responsabilidad patrimonial del Estado con la personal de los notarios; y,

iv) En virtud de la regla general contenida en el artículo 86 C.C.A., y la especial del artículo 120 del Decreto 2148 de 1983, la Nación deberá, si se configuran las condiciones para ello, repetir contra el notario cuya conducta causó la declaratoria de responsabilidad y la consecuente imposición de la condena³⁶.

Inclusive, se podría agregar que como los notarios ejercen su función dentro de un círculo notarial dado³⁷, no estarían en capacidad de representar a la Nación que, como persona jurídica y centro de imputación genérico, comprende todo el territorio nacional. De ahí, que esta postura no tenga respaldo normativo evidente.

1.2.2.3.1. La Nación representada por el Ministerio del Interior y de Justicia – Hoy de Justicia y del Derecho. Esta postura, fue expuesta en 2014, exp. 26.580 y, se acuñó con los siguientes argumentos:

De esta manera, atendiendo el hecho de que el centro de imputación de la responsabilidad por la actividad de los notarios lo constituye la Nación colombiana como persona jurídica y que en la estructura de la Administración el organismo encargado de cumplir las funciones relacionadas con la función notarial es el Ministerio de Justicia y del Derecho, éste sería el legitimado en la causa por pasiva para actuar en un proceso judicial en el cual se ventile la hipotética responsabilidad patrimonial del Estado por las conductas realizadas por los notarios si llegaren a causar daños antijurídicos (...)³⁸.

Este criterio, no solo estriba en el reconocimiento que la fe notarial es un servicio público que, aunque prestado por particulares, está a cargo del Estado, sino que tiene pleno respaldo normativo en las disposiciones que regulan el servicio notarial, tanto así, que se encuentran incorporadas en el Decreto Único 1069 de 2015 (Título 6, Capítulo I) que reglamenta el sector Justicia y del Derecho, a partir del cual cobra cabal sentido que sea dicho Ministerio quien represente a la

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 23 de julio de 2014, exp. 26580, C.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁷ Decreto 960 *ejusdem*, artículo 2o. <INCOMPATIBILIDAD CON EJERCICIO DE AUTORIDAD O JURISDICCIÓN>. 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.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, exp. 26580, *op.cit.*

Nación, en aquellos casos en que se discuta la responsabilidad del Estado por las fallas notariales y, además, esta representación se adecúa a lo previsto en el art. 149 del C.C.A. Por tanto, esta es la postura que acoge la Sala.

1.2.3. Hipótesis de legitimación concurrente (falla notarial y registral)

En aquellos casos en que se demande tanto por falla notarial como registral, es claro que, respecto de la falla registral la legitimada en la causa material será la Superintendencia de Notariado y Registro y, respecto de la falla notarial la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, con fundamento en todo lo que hasta aquí se ha expuesto.

Sin embargo, es importante esta reiteración si se tiene en cuenta que en algunas oportunidades en que se ha demandado tanto a la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia como a la Superintendencia de Notariado y Registro, se ha entendido que la convocatoria al Ministerio se hace como representante de la Superintendencia y, en esa medida se ha declarado en favor de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho la falta de legitimación pasiva³⁹. En tales casos, el cuidado radica en apreciar bien las pretensiones, porque si el accionante está demandando tanto por falla notarial como registral, el Ministerio se encuentra legitimado en relación con la falla notarial.

1.2.4. La legitimación en el caso concreto. De conformidad con lo expuesto anteriormente:

Por activa, se encuentra legitimada la señora Nohora Inés Fonseca Ospina, en virtud de las posibles afectaciones que le pudo ocasionar la cancelación en los folios de matrícula inmobiliaria n° 50N-528397 y 50N-528402 de la anotación n° 17 correspondiente a la inscripción y registro de la escritura pública n° 2857 otorgada ante la Notaría 33 del Círculo de Bogotá, mediante la cual se constituyó hipoteca en su favor, como garantía del crédito de mutuo otorgado por ella a quien dijo llamarse Uriel Castro Nieto.

³⁹ El tal sentido, pueden verse, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, exps. 11.464 y 10.592, *op.cit.*

Por pasiva, se encuentra legitimada la Superintendencia de Notariado y Registro, comoquiera que el daño que se invoca en la demanda proviene de las presuntas omisiones en que, a voces de la parte actora, incurrió dicha entidad.

Aun cuando en la demanda no se señala expresamente la razón por la que se le convoca la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia⁴⁰, pero se enrostra tanto una falla notarial como registral, entiende la Sala que dicha demandada se encuentra igualmente legitimada.

1.3. La caducidad

Tratándose de la acción de reparación directa, conforme lo prescribe el art. 136 n° 8 del C.C.A. el término para demandar es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho propulsor del daño.

En el presente caso, se toma en consideración que el actor hace prevalecer el daño a partir de lo decidido en la Sentencia del 24 de septiembre de 2004 por el Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá y que quedó ejecutoriada el 13 de octubre de 2004, conforme consta a fl. 206, c. 7 de pruebas). Asimismo, se sabe que el oficio dando cumplimiento a la cancelación de las anotaciones nos. 16 y 17 del folio de matrícula inmobiliaria 50 N-528397 y 50 N-528402 quedó registrado el 17 de marzo de 2005, conforme obra a fl. 227, c. 7 de pruebas) y en las anotaciones 23 y 24 del folio 528397 (fls. 228, c. 7 de pruebas), principalmente, la anotación 24 que canceló la anotación del registro de la hipoteca de Castro Nieto Uriel a Fonseca Ospina Nohora Inés, previsto en la anotación 17. De otro lado se sabe que la demanda se presentó el 22 de septiembre de 2006 (fl. 19, c. 1), de lo cual se infiere que la parte demandante acudió en tiempo a formular el reclamo.

2. HECHOS PROBADOS

⁴⁰Hoy, Ministerio de Justicia y del Derecho, si se tiene en cuenta que para la fecha de presentación de la demanda (22 de septiembre de 2006), en virtud de lo dispuesto por la Ley 790 de 2002, art. 3º, dicha cartera se encontraba integrada por la fusión entre el Ministerio del Interior y el de Justicia, que, posteriormente, conforme a la Ley 1444 de 2011 y el Decreto 2897 del mismo año, se volvió a escindir.

Conforme a las pruebas legalmente aportadas, algunas de ellas en copia simple, pasibles de valoración conforme al actual criterio de la jurisprudencia⁴¹, se encuentran demostrados los siguientes hechos relevantes:

2.1 Mediante Escritura pública no. 538 del 10 de septiembre de 199, otorgada por la Notaría Sesenta y Tres (63) del Círculo de Bogotá (fls. 55-82, (c. 2 de pruebas), se protocolizó la venta del apartamento 101 y garaje 2 del Edificio Tulane, ubicado en la Transversal 18 No. 102-76 de la ciudad de Bogotá y distinguido con los folios de matrícula inmobiliaria nº 050-0528397 (apartamento) y 050-0528402 (garaje). Como vendedor compareció, a través de apoderado, el señor JOSÉ **LEONIR** AGUILAR DUARTE, identificado con la cédula de ciudadanía nº. 79.265.614 de Bogotá y, como comprador el señor URIEL CASTRO NIETO, identificado con la cédula de ciudadanía nº. 86.048.379 de Villavicencio. Los comparecientes suscribieron la precitada escritura de compraventa.

2.1.1. Para dicho acto, el vendedor JOSÉ **LEONIR** AGUILAR DUARTE, otorgó poder al señor Luis Norberto Ordóñez Galvis para la enajenación del mencionado inmueble, documento que fue protocolizado junto con la escritura nº 538 de que trata el numeral anterior.

2.1.2. No obstante, en los folios de matrícula inmobiliaria de los inmuebles objeto de la venta (apartamento y garaje), que sirvieron de base para el otorgamiento de la escritura nº 538, quien figuraba como propietario inscrito era el señor JOSÉ **LENOIR** AGUILAR DUARTE⁴². Sin embargo, la notaría en la cual se protocolizó la escritura de venta pasó por alto que el nombre del otorgante del poder (**LEONIR**) y el nombre del propietario inscrito (**LENOIR**) presentaban una sutil diferencia, aunque el número de cédula era el mismo. Sin percatarse de ello,

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, C.P. Enrique Gil Botero. En dicha oportunidad, se dijo: “*a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.)*”.

⁴² A su vez, José Lenoir Aguilar Duarte, había adquirido de Hilario Esguerra Real, tal como aparece en anotación 14 de los respectivos folios de matrícula inmobiliaria.

autorizó la mencionada escritura de venta. Ese mismo error lo pasó por alto el Notario Once de Bogotá que fue donde se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento del mencionado poder⁴³.

2.1.2.3. La escritura n° 038 fue registrada por la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Norte, en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria en la anotación n° 16⁴⁴ el 15 de septiembre de 1997 (fls. 31-36, c. 2 de pruebas).

2.2. Posteriormente, el 23 de septiembre de 1997, en la Notaría Treinta y Tres (33) del Círculo de Bogotá y, con relación a los mismos inmuebles (apartamento y garaje), mediante escritura pública n° 2857 se protocolizó la constitución de hipoteca abierta por parte del señor Uriel Castro Nieto, identificado con la cédula n° 86.048.379 de Villavicencio, en favor de la señora Nohra⁴⁵ Inés Fonseca Ospina, identificada con la cédula de ciudadanía n° 41.515.787 de Bogotá (fls. 23-29, c. 2 de pruebas). Dicha escritura fue registrada en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria en la anotación n° 17.

2.2.1 Con la anterior hipoteca se garantizó un préstamo de mutuo otorgado por la señora Nohra Inés Fonseca (acreedora hipotecaria) al recién propietario Uriel Castro Nieto (deudor hipotecario) por valor de \$110.000.000.00, suma que a su vez se respaldó mediante cinco pagarés, cada uno por valor de \$20.000.000.00 y uno por valor de \$ 10.000.000.00.

2.3. Ante el incumplimiento del deudor hipotecario, la señora Nohra Inés Fonseca Ospina inició proceso ejecutivo, el cual se tramitó ante el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, despacho que el 4 de marzo de 1998 libró mandamiento ejecutivo (fls. 61-67, c.8), decretó el embargo y secuestro del bien hipotecado y ofició a Registro de Instrumentos Públicos (oficio n° 824 del 10 de marzo de

⁴³ Poder otorgado el 9 de abril de 1997, visible a folio 60 c, 2.

⁴⁴ Tanto en el folio del apartamento como del garaje el número de anotaciones es idéntico.

⁴⁵ Aun cuando en el poder conferido para la presente demanda, el nombre de la poderdante aparece como Nohora Inés Fonseca Ospina (fl. 1, c. 1), todo parece indicar que el nombre correcto es Nohra Inés Fonseca Ospina, como quedó consignado en la escritura n° 2857, lo anterior, teniendo en cuenta que al momento de la presentación personal del poder, en el sello autenticador aparece Nohra Inés Fonseca Ospina (fl. 1, c. 1, anverso). Asimismo, en la anotación n° 17 de los folios de matrícula inmobiliaria n° 050-0528397 (apartamento) y 050-0528402 (garaje), también figura como “Nohra Inés Fonseca Ospina” (fls. 31-36, c. 2 de pruebas).

1998, fl. 68, c. 8), para que se efectuara la inscripción de la medida cautelar. Asimismo, el 4 de mayo de 1998 se practicó diligencia de secuestro al inmueble que se encontraba desocupado (fl. 80, c. 8). Ante la imposibilidad de notificar al señor Uriel Castro, se procedió a emplazarlo (fl. 105, c. 8) y se continuó el proceso.

2.4 Por otro lado, el señor José Lenoir Aguilar Duarte, en su calidad de propietario inscrito del inmueble embargado, formuló denuncia penal ante la Fiscalía, aduciendo que en ningún momento había enajenado su inmueble ya que se encontraba detenido en la cárcel Modelo de Bogotá y al salir de dicho centro, se enteró que mediante escritura pública n° 538 de la Notaría 63 de Bogotá habían transferido su inmueble (fls. 1-3, c. 4 de pruebas).

2.4.1 A partir de dicha denuncia, el 24 de abril de 2002 la Fiscalía Seccional 109 de la Unidad Tercera de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico profirió resolución de acusación en contra de Uriel Castro Nieto⁴⁶ por el presunto delito de falsedad material de particular en documento público agravado por el uso, en concurso con falsedad en documento privado y estafa agravada (fls. 146-167, c.4 de pruebas).

2.4.2. El 24 de septiembre de 2004, el Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá, absolvió por *indubio pro reo* al señor Uriel Castro Nieto, identificado con la c.c. n° 86.048.379 de Villavicencio (204-217, C. 4), a efectos de lo cual dijo:

Se conoce que el inmueble ubicado en la Transversal 18 N 102-76 aparece a nombre del señor JOSE LENOIR AGUILAR DUARTE, y que obra en el infolio un poder presuntamente firmado por este para la enajenación del mismo.-

Poder que tiene la calidad de documento privado y que fuere otorgado presuntamente al Doctor LUIS NORBERTO ORDOÑEZ GALVIS.-

Se conoce igualmente que el señor AGUILAR DUARTE, niega haber firmado dicho documento, sin embargo el investigativo muestra como a través del poder en cita, presuntamente se enajenó el bien de propiedad de éste elevándose así la escritura pública número 00538 ante la Notaría Sesenta y Tres (ver anexos), la cual fue registrada ante la oficina de instrumentos públicos el 10-09-97.

Así y una vez sometidos a estudio, el poder y la escritura pública número 538 protocolizada el 10 de septiembre de 1997, el grafólogo concluyó:

⁴⁶ Durante el proceso penal tampoco se pudo localizar al señor Uriel Castro Nieto y, por tanto transcurrió representado por un defensor de oficio y su identificación se dio a partir de la cartilla que con dicho nombre y cédula figuraba en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Las dos firmas ilegibles.....como del señor José Leonir Aguilar Duarte....visibles en el poder especial para la venta de un inmueble... al señor Luis Norberto Ordóñez.... obrante dentro de la Escritura protocolizada en la Notaría 63 del Círculo de Santafé de Bogotá no tienen uniprocedencia con las muestras tomadas a José Lenoir Duarte...

Las anteriores pruebas permiten establecer la ocurrencia de los punibles de falsedad en documento público. Agravada por el uso, en concurso con falsedad en documento privado.-

Frente a la estafa se tiene que una vez el presunto señor URIEL CASTRO NIETO, logra el registro del bien inmueble de la Transversal 18 N 102 – 76 y del garaje número 2 del edificio TULANE, acude a solicitar un préstamo al señor RENÉ TORRES⁴⁷, quien a través de la prensa ofrece este servicio bajo garantía hipotecaria.

Así se conoce que el señor RENÉ TORRES, al observar la escritura 538, que acreditaba como propietario a quien dijo llamarse URIEL CASTRO NIETO, procede junto con el ofendido JAIRO MANRIQUE PARRA⁴⁸, a inspeccionar el inmueble, el cual se encontraba ocupado por el solicitante del préstamo, hecho que generó más confianza y credibilidad en cuanto a la garantía de la hipoteca.

Se conoce entonces que la persona que dijo llamarse URIEL CASTRO NIETO, realizó un despliegue encaminado a suscitar error en la víctima, pues se conoce que al firmarse la hipoteca que fuere presuntamente legalizada a través de la escritura pública número 2857 del 23-09-97 registrada ante la Oficina de Instrumentos Públicos, bajo la anotación 17 el 24-09-97, este habiendo concebido un juicio errado no dudó en desembolsar la suma de \$110.000.- (sic). (...).

Sin embargo, en la etapa del juicio, no obstante de conocerse la individualización del señor URIEL CASTRO NIETO, teniéndose en cuenta los datos visibles en los documentos espurios, se dispuso al estudio dactiloscópico y cotejos respectivos, situación por la que el perito adscrito al área de Lofoscopia de la Fiscalía general de la Nación, concluyó:

...Mediante cotejo técnico dactiloscópico se logró establecer que la impresión dactilar obrante a pie de quien firma como LUIS NORBERTO ORDOÑEZ, en la página 10 de la escritura pública 0538, corresponde al índice derecho de la tarjeta decadactilar de preparación de cédula a nombre de ORDOÑEZ GALVIS LUIS NORBERTO, con cupo numérico 79.151.616de Usaquén Cundinamarca.

Debido a que las impresiones obrantes en las páginas 5 y 10 de las escrituras públicas número 0538 y 2857 como de URIEL CASTRO NIETO, NO son aptas

⁴⁷ El intermediario que contactó a Nohra Inés Fonseca.

⁴⁸ Esposo de Nohra Inés Fonseca, quien había puesto parte del dinero para el préstamo. Aunque dentro del proceso penal Nohra Inés Fonseca dijo primero que todo el dinero prestado era de ella, posteriormente cuando el Juzgado le preguntó de dónde había obtenido todo ese dinero, dijo que de la venta de una casa en el Barrio Santa Matilde (\$40.000.000) y que el resto del dinero lo había puesto su esposo que era comerciante (fl. 118, c, 7).

para realizar un cotejo dactiloscópico, y teniendo en cuenta la fundamentación técnico científica... con estas imprecisiones dactilares no se pudo realizar

Así mismo, bajo gravedad de juramento los señores RENÉ TORRES y JAIME MANRIQUE, quienes hicieron el préstamo a la persona que dijo llamarse URIEL CASTRO NIETO, manifestaron una vez observaron la fotografía de este visible en la tarjeta decadactilar (...) que esta no es la misma que para la época de los hechos solicitó el préstamo.

Luego advirtiendo, la duda, pues no se logró determinar que las huellas que se le atribuyen a CASTRO NIETO, y que obran en los documentos espurios, sean las mismas que aparecen en la tarjeta decadactilar pues no se logró realizar el cotejo, y conociéndose además que el ofendido al igual que el comisionista, bajo la gravedad de juramento señalaron que la persona que muestra el infolio como URIEL CASTRO NIETO, no fue la misma que para la época de los hechos solicitó el crédito, este fallador no tiene más alternativa que la de proferir sentencia absolutoria:

(...).

COPIAS.

Como quiera que el caudal probatorio muestra la participación del señor LUIS NORMBERTO ORDÓÑEZ GALVIS, abogado titulado, quien recibió el presunto poder para enajenar el bien inmueble (...), se dispone compulsar copias ante la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía para que investigue la conducta en que pudo incurrir.

CANCELACIÓN DE ANOTACIONES

Como quiera que se conoce que de manera fraudulenta se logró el registro de la escritura de venta e hipoteca, dado que se conoce que los documentos son espurios, se dispone conforme a lo establecido en el artículo 66 el C.P. Penal, CANCELAR ante la Oficina de Instrumentos Públicos:

Anotación número 16 de fecha 15-09-97, por medio de la cual se registra la venta de JOSÉ LENOIR AGUILAR DUARTE a CASTRO NIETO URIEL, a través de la Escritura Pública número 538 del 10-09-97 de la Notaría 63 de esta ciudad.

La anotación número 17 de fecha 24-09-97, de HIPOTECA ABIERTA, a favor de NOHORA INÉS FONSECA OSPINA, que mediante escritura 2857 elevada ante el Notario 33 de esta ciudad se elevó.

Así mismo se dispone levantar la medida de embargo ordenada por este Despacho.

Por lo tanto líbrese las comunicaciones respectivas a las notarías donde se elevaron los instrumentos espurios y a la Oficina de Instrumentos Públicos respectivamente y también al Juzgado Octavo Civil del Circuito.

2.4.3 La anterior sentencia quedó ejecutoriada el 13 de octubre de 2004 (fl. 222, c. 4), ante lo cual, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá procedió a la

entrega del inmueble al señor José Lenoir Aguilar Duarte, el día 23 de marzo de 2006 (fls. 291-293, c. 4).

2.4.4. El 17 de marzo de 2005 con radicado 2005-20142, en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá, la Oficina de Registro de instrumentos públicos, mediante anotación 24⁴⁹ canceló la hipoteca de Uriel Castro Nieto en favor de Nohra Inés Fonseca Ospina, correspondiente a la anotación 17 antecedente (fls. 258-253, c. 4 de pruebas).

2.5 Al proceso contencioso comparecieron a declarar los señores María Edila Panqueva Panqueva y el señor René Torres. La primera manifestó que le constaba el préstamo hecho por Nohra Inés Fonseca porque ella era la persona que había diligenciado los cheques del Banco Uconal y, el señor René Torres depuso sobre lo que lo constaba a partir de su labor de intermediario para el préstamo hipotecario (fls. 52-53, c. 2).

3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si con ocasión de los hechos descritos en la demanda y de las pruebas allegadas al proceso se le causó un daño antijurídico a la señora Nohra Inés Fonseca Ospina proveniente de una presunta falla notarial y registral y, de serlo, si el mismo es imputable a las entidades demandadas.

4. ANÁLISIS DE LA SALA

4.1. Del caso concreto. Comoquiera que está plenamente demostrado que la señora Nohra Inés Fonseca Ospina padeció una afectación económica representada en el préstamo que hizo a quien se identificó como Uriel Castro Nieto y, teniendo en cuenta que la garantía hipotecaria que respaldaba la negociación del mutuo fue cancelada mediante orden judicial, para la Sala es claro que la demandante sufrió un **daño antijurídico**, máxime cuando quedó en imposibilidad de perseguir el bien dado en garantía y, más allá de eso, de perseguir ejecutivamente el crédito en tanto quedó comprobado que la demandante hizo el negocio con quien a la postre resultó ser un suplantador.

⁴⁹ Como es lógico, la anotación 23 correspondió a la cancelación del registro de la venta de José Lenoir Aguilar Duarte a Uriel Castro Nieto (fls. 31-36, c. 2).

4.1.1 La imputación. Para el análisis de la imputación, la Sala retomará los supuestos de falla que el demandante le achaca a cada una de las entidades demandadas.

De esta forma, en lo atinente a la presunta falla notarial, el demandante básicamente alega que se ocasionó por la aceptación de autenticidad de un poder, sin contar con las medidas necesarias para identificar al otorgante. Aunque el demandante no menciona por ningún lado a la Notaría Once de Bogotá, es claro que el error que rotula tuvo su origen en la labor de reconocimiento del poder que hizo la mencionada notaría.

Asimismo, aduce que al momento de otorgar las escrituras en cuestión, pero sobre todo la 538, la Notaría 63 de Bogotá omitió verificar el poder confuso en relación con el propietario inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria y los documentos de identificación que presentaron los otorgantes y, en esa medida, sostiene que se presentó una irregularidad en el proceso de perfeccionamiento de la escritura, más exactamente en la etapa de autorización por corresponder al momento en que el notario imprime fe sobre el cumplimiento de todos los requisitos.

En lo que respecta a la Superintendencia de Notariado y Registro, aunque al principio solo circunscribió la falla a la presunta omisión de los deberes de vigilancia y control que debía cumplir dicha entidad conforme a sus propias directrices o instructivos, así como también, que debió tener vigilancia sobre las actuaciones de las notarías cuestionadas e imponer sanciones; posteriormente agregó otro argumento, en el sentido de indicar que si la Superintendencia hubiera hecho una revisión minuciosa de los documentos se hubiera dado cuenta de la inconsistencia del poder y hubiera devuelto el trámite sin regístralo.

En consecuencia, sobre tales aspectos concentrará la Sala el estudio de la imputación.

Como el argumento común entre el predicamento de falla notarial y registral, de manera basilar lo constituye la presunta omisión en la verificación de la inconsistencia que había entre el nombre de quien otorgaba el poder para la venta (José Leonir Aguilar Duarte) y quien estaba inscrito como propietario del inmueble (José Lenoir Aguilar Duarte), la Sala comenzará por elucidar este

aspecto, para lo cual acudirá a lo dicho por la Corporación previamente sobre el alcance de la falla notarial y registral. Respecto de la primera, se ha expuesto:

El Decreto 960 de 1970, regula lo concerniente a la actividad de los notarios y en sus artículos 18 a 23 se establecen los requisitos de forma que deben reunir las escrituras públicas y los pasos que deben ser observados, a saber, recepción de los documentos, extensión, otorgamiento y la autorización, fase en que el notario da fe pública al instrumento, cuando se han cumplido los requisitos exigidos, pero se entiende que en esta labor el notario se circunscribe a la constatación de dichos elementos y no se le exige que llegue hasta verificar la autenticidad de aquellos que soportan el trámite de protocolización puesto que esta labor el ordenamiento jurídico la ha deferido a las autoridades judiciales quienes son las competentes para declarar la falsedad de los documentos.

Lo antes consignado es relevante en primer lugar porque cuando se predica la existencia de una falla por omisión, debe establecerse previamente cuáles son las funciones que la ley le asigna y si hubo incumplimiento de los deberes funcionales por parte del agente o funcionario de la administración.

Por otra parte, el señalamiento de cuáles son los deberes exigibles a los notarios de cara a la labor escrituración resulta importante porque en el sub judice el problema no se presentó en los documentos entregados en la notaria para otorgar la escritura pública cuyo examen es del resorte del notario, lo ocurrido fue que se suplantó la propietaria del bien, valiéndose de la presentación de una cédula falsa, circunstancia que escapaba a la verificación y control del notario, quien al no tener conocimiento anterior de la otorgante, no podía determinar que se trataba de una persona diferente y tampoco pudo detectarlo en la firma utilizada por la usurpadora puesto que, como se indicó en el fallo objeto de apelación, en el proceso penal hubo que recurrir a expertos grafólogos para determinar la falsedad de la misma, razón por la cual esta falacia no pudo ser detectada por quienes la autorizaron y mucho menos por aquellos que se encargaron de su registro en la matrícula inmobiliaria.

Ahora bien, según el precedente de la Sección, los daños ocurridos por la falsificación de documentos en principio resultan imputables a quienes efectuaron la adulteración de los instrumentos, sobre todo cuando las falsedades pueden resultar imperceptibles para la administración, pero si se demuestra que no se verifican los elementos formales exigidos para el otorgamiento de escrituras o el registro de instrumentos públicos, si puede configurarse una falla del servicio⁵⁰.

En relación con los requisitos que deben observar los notarios en el trámite de otorgamiento de una escritura pública y que atañen al presente caso, el Decreto 960 de 1970 dispone:

ARTICULO 17. <EXAMEN FORMAL>. El Notario revisará las declaraciones que le presenten las partes, redactadas por ellas o a su nombre, para establecer si se acomodan a la finalidad de los comparecientes, a las normas legales, a la clara

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 26214, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

expresión idiomática; en consecuencia, podrá sugerir las correcciones que juzgue necesarias.

ARTICULO 24. <IDENTIFICACIÓN DE COMPARECIENTES>. La identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes, dejando testimonio de cuáles son éstos. Sin embargo, en caso de urgencia a falta del documento especial de identificación, podrá el Notario identificarlos con otros documentos auténticos, o mediante la fe de conocimientos por parte suya. Y cuando fuere el caso, exigirá también la tarjeta militar.

ARTICULO 25. <GENERALES DE LEY>. En la escritura se consignarán el nombre, apellido, estado civil, edad y domicilio de los comparecientes. En caso de representación se expresará, además, la clase de ésta y los datos de las personas naturales representadas como si comparecieran directamente, o de las personas jurídicas tal como corresponda según la Ley o los estatutos, indicando su domicilio y naturaleza.

ARTICULO 28. <REPRESENTACIÓN>. <Artículo modificado por el artículo 36 del Decreto 2163 de 1970. En caso de representación, el representante dirá la clase de representación que ejerce y presentará para su protocolización los documentos que la acrediten.

ARTICULO 68. <RECONOCIMIENTO DE FIRMAS Y DEL CONTENIDO DE DOCUMENTO PRIVADO>. Quienes hayan suscrito un documento privado podrán acudir ante el Notario para que este autorice el reconocimiento que hagan de sus firmas y del contenido de aquel. En este caso se procederá a extender una diligencia en el mismo documento o en hoja adicional, en que se expresen el nombre y descripción del cargo del Notario ante quien comparecen; el nombre e identificaciones de los comparecientes; la declaración de estos de que las firmas son suyas y el contenido del documento es cierto, y el lugar y fecha de la diligencia, que terminará con las firmas de los declarantes y del Notario quien, además estampará el sello de la Notaría.

ARTÍCULO 72. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO>. El reconocimiento practicado en la forma dispuesta en este Capítulo da plena autenticidad y fecha cierta al documento y procede respecto del otorgado para pactar expresamente obligaciones.

De las pruebas allegadas, principalmente del poder genitor del presunto error, observa la Sala que en el momento que comparece quien dice llamarse José Leonir Aguilar Duarte a la Notaría Once de Bogotá, lo hace portando la cédula que lo identifica como tal. Es evidente que ninguna anomalía o irregularidad podía advertir el notario pese a que todo parece indicar que la cédula que se le presentó era falsa, frente a lo cual, se insiste, él no tenía por qué saber ni tenía cómo comprobar la mendacidad del documento, menos aún, tenía por qué presumir o suponer lo que se fraguaba a partir de ese poder, razón por la cual practicó sin contratiempos la labor de reconocimiento.

Ahora bien, ese poder otorgado por José Leonir Duarte Aguilar fue llevado a la Notaría 63 de Bogotá con el objeto de protocolizar la venta del inmueble de propiedad de José Lenoir Aguilar Duarte, quien aparentemente comparecía representado por Luis Norberto Ordoñez Galvis para llevar a cabo la enajenación frente al presunto adquirente que dijo llamarse Uriel Castro Nieto.

Es cierto que en dicha notaría se pasó por alto que quien figuraba otorgando el poder era José Leonir y que era el propietario inscrito se llamaba José Lenoir, pero el error pasaba desapercibido si se tiene en cuenta, por un lado, que coincidía el número de cédula del otorgante del poder con el número de cédula del propietario inscrito y, de otro, que se trataba de un poder que gozaba del reconocimiento que ya se le había dado en la Notaría Once, sin dejar de mencionar que el traslado de puesto de una de las letras del nombre para alterarlo, puede entenderse dentro del contexto de un ardid que visualmente confunde y que indujo en un error invencible e irresistible, es decir, que por más cuidado que se hubiera desplegado y, ayudado por la buena fe el notario que debía presumir de quienes concurren a celebrar el negocio, era perfectamente viable, como en efecto lo fue, caer en la bien urdida añagaza.

Es decir que ese error, al tenor de lo dispuesto en el art. 24 del Decreto 960 *ejusdem*, no tiene la capacidad de constituir una falla en la labor de identificación de los comparecientes, porque se itera, se hizo acompañar de el documento de identidad falseado en que coincidía plenamente el número de identificación del vendedor apócrifo con el del titular inscrito.

Esto viene a comprobar que el error era tan inocuo que, si en gracia de discusión, el poder no lo contuviera, también se había producido el mismo resultado porque lo que realmente determinó la ilegalidad fue la cédula falsa que presentó el suplantador. En este punto conviene recordar, tal como ya se ha expuesto en anteriores ocasiones, que no basta con demostrar la falla en la prestación del servicio público, en este caso, el servicio notarial, pues adicionalmente se requiere que el daño que se reclama tenga como causa directa la acción u omisión de la autoridad⁵¹ y, como se dijo, este no es el caso.

En esa medida, el error en el nombre que la demandante asume que de manera evidente mostraba a todas luces la falta de coherencia en los otorgantes, ni era

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 29795, *op.cit.*

tan evidente ni por sí mismo da para calificar la falta de coherencia en la identificación, al punto que la primera que lo pasó desapercibido fue la propia demandante, ya fuera por sí misma o por conducto de quien hizo el estudio de títulos, es decir, su intermediario en la negociación.

Nótese que si se habla de estudio de títulos es porque más allá de la confianza que inspire el registro público, los interesados en adquirir un inmueble son los primeros llamados a hacer la indagación de sus títulos, máxime, cuando a tan solo escasos días de haberse adquirido ya se estaba ofreciendo en hipoteca y, cuando, según consta en la anotación 16 de los precitados folios de matrícula inmobiliaria, el señor Uriel Castro Nieto había adquirido de José Lenoir Aguilar Duarte el inmueble en cuestión por valor de \$78.200.000.00, el 10 de septiembre de 1997 (E.P. 538 registrada el 15 de septiembre de 1997) y a exactos ocho (8) días, esto es, el 23 de septiembre de 1997 la demandante recibe el inmueble en garantía hipotecaria por un préstamo de \$110.000.000.00⁵².

De otro lado, no desconoce la Sala que la huella dactilar que se plasmó en las escrituras 538 y 2857 de quien se hizo pasar por Uriel Castro Nieto, según se dijo en el informe rendido por el experto, no sirvió como muestra para el examen pericial. No obstante, para la época de los hechos la imposición de la huella dactilar era únicamente obligatoria en los trámites previstos en los arts. 39 y 78 del precitado Decreto 960 y del art. 37 del Decreto 2148 de 1983 relativos a la firma a ruego y a las fe de supervivencia. Si bien, desde la Circular 015 de 1991 la Superintendencia de Notariado y Registro instruyó a los Notarios para que incluyeran la impronta dactilar en el trámite escritural, lo cierto es que se trató de una recomendación sin carácter obligatorio y, aun así, en el presente caso se exigieron las huellas, es decir, no hubo omisión al respecto. Si estas no cumplieron a nivel pericial con los trazos para el comparativo, tal circunstancia no constituye falla del servicio por las razones ya dadas. No puede perderse de vista, igualmente, que la obligación de implantar un sistema de identificación

⁵² Al respecto, por ejemplo, se ha dicho: “los adquirentes debían demostrar que ese yerro estuvo exento de toda culpa, o sea, que verificaron la legalidad del inmueble que pretendían adquirir, lo que no sucedió en el sub lite, pues los actores dejaron de cotejar, con una simple constatación en el protocolo, la legitimidad del instrumento público que sustentaba el dominio anterior que buscaban adquirir, diligencia mínima razonable que de haberse cumplido habría roto el error común configurado”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 22539, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

biométrica es muy posterior a los hechos de esta demanda⁵³, luego entonces, mal podría exigírsele a los notarios de la época cotejo y verificación de huellas, cuando ni siquiera era obligatorio que se tomaran en el trámite de escrituras.

De esta forma, no encuentra la Sala razones para tener por probada la existencia de una falla del servicio por parte de los notarios otorgantes de las escrituras públicas 538 y 2857, objeto de la demanda.

Siendo así, más entendible resulta, respecto de la Superintendencia de Notariado y Registro, que tampoco advierta la Sala la falla del servicio en que se dice por parte de la demandante, incurrió esta entidad. Tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, la mencionada Superintendencia solo está obligada a confrontar los requisitos formales de los actos o instrumentos a registrar y, si el aludido error fue irresistible para la demandante, también para la Notaría como ya se dijo, con mayor razón para la Oficina de Registro, si se tiene en cuenta que el mentado error estaba plasmado en un documento anexo y las escrituras a registrar no tenían ninguna clase de equívoco o irregularidad a la vista. En otras palabras, la oficina de Registro ni siquiera tenía porqué explorar documentos distintos a las escrituras. Sobre lo que atañe verificar a la Superintendencia, se ha dicho:

*Nótese pues que el Registrador no tiene el deber u obligación respecto de determinar la validez de los títulos sometidos a registro, pues su labor se circunscribe a la verificación de los requisitos formales; en efecto, tal y como lo ha manifestado la doctrina especializada:
(...)*

Con fundamento en todo lo anterior se concluye que para la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ibagué, las maniobras fraudulentas, ilegales e ilícitas, que llevaron a la inscripción de las escrituras públicas 1853 de 24 de octubre de 1995 y 1215 de abril 21 de 1998 resultaron imperceptibles, por lo cual se procedió a su registro, no obstante, una vez se detectó el fraude se procedió a la cancelación de los mismos.

Por consiguiente, se impone concluir que tanto ese hecho delictual, como las consecuencias que del mismo se derivaron, resultaron imprevisibles para la Administración Pública demandada, a la cual no resultaría jurídicamente admisible exigirle la constatación exhaustiva de todos los títulos y/o documentos que les son presentados para registro, puesto que –bueno es reiterarlo-, en todas las actuaciones adelantadas por los particulares debe presumirse la buena fe (artículo 83 C. P.); en torno al elemento consistente en la irresistibilidad, a juicio de la Sala, también se encuentra presente en el caso

⁵³ Data de 2012 con la expedición de la ley anti trámites. Cfr. Del Decreto 19 de 2012, art. 18.

*objeto de estudio, habida consideración de que tales actuaciones ilegales y fraudulentas indujeron al error a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ibagué, conclusión que se acompasa también con aquella a la cual llegó el juez penal de conocimiento, (...)*⁵⁴.

Mal hubiera hecho el Registrador de Instrumentos, en el caso particular, negar la inscripción y/o rechazar el trámite como es el parecer del demandante, pues aun en el hipotético caso que se hubiera percatado del error, esto tampoco afectaba la validez del acto ni incumbía a los requisitos de forma.

Respecto a la presunta falta de vigilancia y control y, la omisión de imponer sanciones a las notarías involucradas, ninguna prueba indica que la demandante haya acudido a poner en conocimiento de dicha entidad la irregularidad que aludió en la demanda. Ahora bien, el deber de vigilancia genérico no puede entenderse incumplido sin más, sino que corresponde a quien lo alega demostrar de qué forma se concretó la desatención, ya que por muy genérico que sea no basta su mera enunciación para consolidar la omisión. Sobre este aspecto, la Corporación ha indicado:

*14.3. Al respecto, es pertinente precisar que según los artículos 209 y siguientes del mismo decreto, se fija en cabeza de la entidad hoy demandada la función de inspeccionar y vigilar la actividad de los notarios, sin que ello implique que todas y cada una de las acciones por ellos desplegadas tengan que llevar la refrendación por parte de la Superintendencia, cuyas competencias entran en operación sólo cuando se tenga conocimiento de irregularidades, ya sea mediante quejas presentadas por los ciudadanos, o por virtud de los hallazgos que se hagan en las visitas que rutinariamente se realizan en las sedes de las notarías*⁵⁵.

Finalmente, hay que decir que tampoco fue su decisión cancelar arbitrariamente las anotaciones, pues lo hizo en cumplimiento de una orden judicial del Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá, como quedó demostrado.

Este plexo de razones llevan a la Sala al convencimiento que no están dados los elementos para atribuir el daño padecido por la parte actora a las entidades demandadas, como tampoco, para imputar bajo el título de daño especial como

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 29 de enero de 2014, exp. 25.579, C.P. Hernán Andrade Rincón. En el mismo sentido se puede ver de la Subsección “C”, sentencia del 9 de septiembre de 2013, exp. 26.918, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección “B”, sentencia del 30 de marzo de 2017, exp. 36972, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

lo sugiere el apelante⁵⁶, pues tal como ya lo ha dicho en otras oportunidades la Corporación en relación con casos similares, cuando la fuente del daño se incardina en la suplantación y falsificación, y no se evidencia participación u omisión de la administración pública, no puede concluirse nada distinto a que el hecho lesivo proviene del actuar de terceros, a guisa de lo cual se trae a colación el siguiente aparte:

De igual forma, se encuentra probada la exterioridad de dicha conducta delictual respecto del servicio prestado por la Oficina de Registro, habida cuenta de que ese hecho ilícito fue un hecho efectuado exclusivamente por un tercero, respecto del cual quedó establecida su responsabilidad por los delitos de estafa, fraude procesal y uso de documento público falso; por lo demás el proceder de la Oficina de Registro de Ibagué, tal y como se consideró anteriormente, estuvo ajustado al ordenamiento jurídico.

*Así las cosas, para la Sala se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación del hecho dañoso a la demandada, comoquiera que éste, **sólo puede ser atribuido al hecho determinante y exclusivo de un tercero**, lo cual impide estructurar la imputación jurídica en contra de la entidad demandada, elemento éste indispensable para deducir responsabilidad extracontractual al Estado⁵⁷.*

Sobre la base de los anteriores razonamientos, la Sala confirmará la sentencia apelada, aunque por los argumentos expuestos en precedencia.

5. COSTAS PROCESALES

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 prevé la condena en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa un comportamiento que amerite ser calificado de tal manera, razón por la cual no se impondrá condena alguna por este concepto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

⁵⁶ Evidentemente si al final lo que se concluye es que el daño proviene del hecho del tercero, es evidente que no puede acudir a dicho título. Al respecto puede ahondarse en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 29795, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 25.579, *op.cit.* En el mismo sentido y de la misma Corporación se pueden ver; exp. 29795, *op.cit.*

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, aunque por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Subsección

Salva voto
STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada

Aclara voto
DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado