

**ASIGNACIÓN DE FUNCIONES JUDICIALES
A LOS NOTARIOS PÚBLICOS.
CASO DE LA DECLARACIÓN DE POSESIÓN
REGULAR Y DE LA DECLARATORIA
DE PRESCRIPCIÓN DE VIVIENDA
DE INTERÉS SOCIAL
DE LA LEY 1.183 DE 2008*.**

*Paola Franco-Rodríguez**
Rafael E. Wilches-Durán****

RESUMEN

A partir de las funciones asignadas por el legislador a los notarios públicos en materia de declaración de posesión regular y de declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio de vivienda de interés social, los autores realizan un estudio de la figura de los notarios y de la institución notarial como tal, para analizar el rol que cumplen dichas personas en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de poder determinar cuáles funciones judiciales pueden asignársele a los mismos y cuáles no, todo como un producto del proyecto Interpretación y aplicación del Derecho Privado del Grupo de Investigación en Derecho

*Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2008
Fecha de aceptación: 6 de octubre de 2008*

* El presente artículo es un producto del proyecto Interpretación y aplicación del Derecho Privado del Grupo de Investigación en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** PAOLA FRANCO RODRÍGUEZ es Abogada y Especialista en Derecho de la Comunicación de la Pontificia Universidad Javeriana y Especialista en Derecho Notarial y Registral de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeña como Asesora Jurídica de la Notaría Décima del Círculo de Bogotá. Contacto: pafraro@hotmail.com

*** RAFAEL E. WILCHES DURÁN es Abogado y Magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como Profesor Investigador del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: rwilches@javeriana.edu.co

Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Palabras clave: Notario público, posesión, prescripción, funciones judiciales, jurisdicción voluntaria, jurisdicción contenciosa.

NOTA DE LOS AUTORES:

El presente artículo fue recibido y aceptado con anterioridad al proferimiento de la sentencia C-1142-08 de 19 de noviembre de 2008, la cual declaró la inexecutable de los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 de la ley 1183 de 2008, en consonancia con varios de los argumentos expuestos en este artículo, de conformidad con lo manifestado en el comunicado de prensa N° 51 de 19 de noviembre de 2008 de la Corte Constitucional de la República de Colombia.

JUDICIAL FUNCTIONS ASSIGNED TO THE NOTARIES PUBLIC IN COLOMBIA. CASE OF THE DECLARATION OF LEGAL POSSESSION AND THE DECLARATION OF POSITIVE PRESCRIPTION IN THE LAW 1.183 OF 2008

ABSTRACT

Due to the new functions assigned to the notaries public in Colombia, relating to the declaration of legal possession and the declaration of positive prescription, the authors analyze the nature of the notary public role, to conclude which judicial functions can be assigned to them. This is a product of the Interpretation and application of Private Law investigation project, which is one of the projects of the Civil and Commercial Law Investigation Group of the Faculty of Law in Pontificia Universidad Javeriana.

Key Words: *Notary public, legal possession, positive prescription, judicial functions, contentious jurisdiction, voluntary jurisdiction.*

1. INTRODUCCIÓN

Los orígenes, características y funciones de la figura de los notarios públicos son desconocidos por el común de la gente, independientemente que día a día se vean obligados a acudir a notarías públicas a realizar actos que exigen el cumplimiento de determinada formalidad asignada por ley a los notarios. Lo anterior ha llevado a que se conciba erróneamente al notario como un servidor público, cuyas funciones no se ubican con claridad dentro de la rama ejecutiva o la rama judicial del poder público o a que, simplemente, no se comprenda cuál es el papel de un notario en la sociedad.

Quizás, debido a ese error bastante frecuente, el legislador ha pretendido asignar a los notarios cada vez más funciones que riñen con la naturaleza de dicha institución, como puede apreciarse en el caso de la Ley 1.183 de 2.008, en virtud de la cual se le asignaron funciones a los notarios públicos para la declaración de la posesión regular y para la declaratoria de la prescripción adquisitiva de viviendas de interés social.

A través del presente artículo presentamos los resultados del estudio adelantado sobre la figura de los notarios públicos, con miras a determinar claramente su papel dentro del ordenamiento jurídico y la sociedad colombianos. El punto de partida que hemos escogido es el de la Ley 1.183 de 2.008, como referente para colegir a partir de un caso particular las características mínimas que rodean a la figura de los notarios públicos y las incompatibilidades que presenta la misma respecto de ciertas funciones judiciales que le ha asignado el legislador colombiano.

El esquema que vamos a seguir para efectos de la exposición del trabajo adelantado, es el siguiente:

- a) A manera de introducción, realizaremos una exposición sobre las generalidades de la institución del notariado, para luego exponer las generalidades de la figura de la posesión, de manera que estén dados los elementos básicos para abordar con claridad la exposición sobre el tema objeto de estudio.
- b) Posteriormente, expondremos la metodología utilizada para realizar la reflexión objeto del presente artículo.
- c) A continuación, expondremos los resultados del estudio adelantado, los cuales se concretan en el análisis de las principales disposiciones de la Ley 1.183 de 2.008 y su Decreto reglamentario, No. 2742 de 2.008, junto con el análisis de las implicaciones de tales normas respecto de la figura de los notarios públicos.
- d) Por último, presentaremos nuestras conclusiones sobre el tema objeto del presente artículo.

1.1. La institución del notariado

1.1.1. Breve aproximación histórica

Desde el momento en que nació la escritura como medio de comunicación de los seres humanos, se designó a una persona que supiera escribir, para cumplir variadas funciones religiosas, contables, administrativas y tributarias, entre otras, relacionadas con su habilidad para expresarse por escrito. A esa persona se le denominó “escriba” y puede ser el antecedente de las funciones notariales que conocemos actualmente. Cabe resaltar que en el ejercicio de sus funciones, le eran entregados documentos en los que constaban diversos contratos o relaciones jurídicas nacidos entre los particulares, y que dicha persona era un funcionario del Estado y no un particular en ejercicio de funciones públicas, calidad actual de los notarios en la mayoría de sistemas jurídicos.

En Roma, estos funcionarios fueron denominados de diversas formas, según las funciones que desempeñaran. Así, surgieron figuras como los “Scribae”, los “Tabularii”, los “Numerarii”, los “Notarii” y los “Epistolares”, entre otros. Estas personas cumplían algunas funciones similares a las del notario actual, por cuanto guardaban o redactaban documentos y realizaban asesoría jurídica a los particulares. No obstante, la diferencia fundamental entre tales personas y los notarios actuales reside en que eran escribanos, funcionarios del Estado, que carecían de autonomía en sus funciones.

Con posterioridad surgió la figura del “Tabelión” romano, quien era un particular y no un funcionario del Estado, a quien le fueron encomendados la guarda y la elaboración de documentos realizados por los particulares, lo cual evidenció la necesidad de expedir una normatividad destinada a regular la actividad de estas personas, para que pudieran desarrollar adecuadamente dichas funciones. Por ello, se ha establecido al “Tabelión” romano como el antecesor del notario actual, ya que fue el primer particular encargado de funciones similares a las de los notarios actuales.

En la Edad Media se dio un gran impulso y desarrollo a la figura del notariado bajo el imperio del Emperador León VI El Sabio o El Filósofo, ya que bajo su mandato se produjo la gran compilación oficial de los “Libri Basilicorum”, en cuyo Libro del Prefecto se especificaron con mayor detalle cuáles eran las funciones del notario, las condiciones de su nombramiento, posesión y remuneración por los servicios prestados, y las reglas de funcionamiento de los colegios de notarios, entre otros aspectos.

A partir de esa época, y con el surgimiento de los Glosadores, la figura del notariado evolucionó cada vez más, llegando actualmente a hablarse, por parte de algunos autores, de una rama del derecho en sí misma, la del derecho notarial, que si bien estaría íntimamente ligada directamente al derecho civil y al derecho comercial, gozaría de autonomía propia.

En conclusión, pues, la institución del notariado surgió debido a las necesidades de los particulares, que en su interrelación social requerían de una persona que los asesorara en los negocios, dejara plasmado en papel cuáles eran los términos y efectos jurídicos que generaban sus contratos y relaciones jurídicas, y diera fe pública de ello¹.

1 Cfr. CUBIDES ROMERO, MANUEL, *Derecho Notarial Colombiano*. Págs. 7-43. (1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1.978).

1.1.2. Funciones de los notarios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano

Actualmente, en el derecho colombiano, el notario es una particular que realiza funciones públicas atribuidas por el Estado, las cuales están determinadas y reguladas en la ley. El notario ejerce funciones que son trascendentes en el mundo del Derecho y que la doctrina divide en tres grupos, a saber: a) la función fedante; b) la función de jurisdicción voluntaria y otros trámites; y c) las nuevas funciones². Nos parece acertada la anterior división, aunque puede resumirse en los dos primeros grupos, es decir, el de la función fedante y el de la función de jurisdicción voluntaria y otros trámites.

1.1.2.1. La función fedante

Los notarios deben dar fe de hechos y/o actos y, en general, se caracterizan por dar fe de algo. MANUEL CUBIDES ROMERO expone sobre el concepto de fe pública, lo siguiente:

“(…) La aceptación de verdad de los hechos no percibidos puede emanar de la autoridad de quien la afirma, o de la confianza que nos inspira la fama pública de quien la dice, o en la virtud demostrativa que en sí mismos tienen los hechos afirmados, o el medio de la afirmación. Se trata del testimonio que los hombres dan de los hechos conocidos, es decir, de una fe humana. Puede estar revestida de la fuerza o convicción que le infundan las calidades personales de quien afirma los hechos, o a las circunstancias específicas en que ellos hayan ocurrido, etc., y así tendremos una fe privada. O puede tratarse de la investidura que el Estado confiere a ciertas personas o entidades para establecer la verdad de los hechos y comunicarlos con fuerza de convicción, por razones del orden social en que ellos se desenvuelven, y tendremos la fe pública”³. (Subrayas fuera de texto).

Esta fe pública que da el notario lleva implícita la confianza, creencia, convicción y certeza que tiene la sociedad frente a los hechos o actos certificados por el notario. Eso sí, vale la pena anotar que aunque el otorgamiento de fe pública sea una facultad que ha sido otorgada por el Estado a este funcionario, no implica ello que el notario sea el que realice dichos actos o hechos. Simplemente, los particulares y la sociedad han depositado esa confianza especial, esa fe en el notario, con el fin

2 Cfr. PEÑA QUIÑONES, ERNESTO y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL ERNESTO, *El Derecho de Bienes*. Págs. 761-768. (2ª. edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2.006).

3 CUBIDES ROMERO, MANUEL, *Derecho Notarial Colombiano*. Pág. 139. (1ª. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1.978).

de que sus actuaciones y negocios sean auténticos y tengan la certeza y formalidades requeridas para que sean válidos jurídicamente.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la fe pública notarial está definida o caracterizada, principalmente, en el artículo 1° del Decreto 2148 de 1.983⁴. Por su parte, el artículo 3° del Estatuto del Notariado (Decreto 960 de 1.970)⁵, que consagra las funciones notariales, es una muestra de la gran importancia que tiene el otorgamiento de la fe pública o función fedante dentro del cúmulo de funciones a cargo de los notarios.

1.1.2.2. Función de jurisdicción voluntaria y otros trámites

Dentro de este acápite se incluyen todas aquellas funciones que no corresponden a la noción de función fedante. Así, se encuentran aquí recogidas las funciones otorgadas a los notarios con el fin de ayudar a la descongestión judicial y a colaborar de esta forma con la administración de justicia, así como funciones que persiguen fines distintos a los de la función fedante. Tales funciones son, por ejemplo: la de protocolo, correspondiente a la guarda de documentos; las funciones que han sido delegadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil en cuanto a la elaboración del registro civil y guarda en el protocolo del registro civil; los procesos de los

4 Artículo 1° El notariado es un servicio público e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo expresado por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece.

5 Artículo 3°. 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.

cuales tiene conocimiento el notario, como son los procesos de liquidación de herencia, de disolución y liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, de declaración de unión marital de hecho, de conciliación, y de divorcios, entre otros varios que le han sido delegados.

Igualmente, no podemos dejar de lado otra de las funciones esenciales que cumple el notario, consistente en otorgar asesoría jurídica a los particulares que la requieran. Aunque de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Notarial, para ejercer el cargo de notario de ciertas categorías, no es necesario que la persona escogida tenga el grado de abogado, sí es claro que debe ser una persona que reúna las características necesarias para asesorar a las partes como un abogado, es decir, que tenga los conocimientos necesarios para identificar cuál es el negocio jurídico que tienen las partes y proceder a transcribirlo. Esta función es de gran trascendencia para la sociedad, ya que los particulares, al acudir a la notaría, confían en que el notario, de manera imparcial, los asesorará de la mejor forma posible en el acto que van a realizar, pues estará al servicio del Derecho, tal como lo estipula el artículo 7° del Decreto 960 de 1.970⁶.

Ahora bien, gran parte de la doctrina ha estado de acuerdo en que el notario tiene una función de jurisdicción voluntaria que, como lo mencionamos anteriormente, tiene la finalidad de contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, siendo igualmente clasificada por algunos autores como una función “antiprocesal”, expresión que fue utilizada por CARNELUTTI, quien expresó:

“(...) El notario, como el juez y el abogado, es un obrero, o, si se prefiere, un operador del derecho; cada uno de los nombrados hace el derecho en diversa manera: el juez dirime una controversia ya surgida, y por lo tanto, obra dentro del proceso; el notario interviene antes y precisamente para que no surja la litis, y por tanto, fuera del proceso y en función preventiva de él. El primero es un patólogo, y por lo mismo hace terapia; el segundo hace higiene; entre los dos se coloca el abogado. (...) Cuanto más notario, tanto menos juez”⁷.

Es claro, entonces, que para CARNELUTTI existe una gran diferencia entre las funciones que ejercen los notarios y los jueces. Nosotros nos identificamos con la misma, ya que la función de los jueces es ejercida cuando existe un conflicto entre

6 Artículo 7°. El notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliadora.

7 CARNELUTTI, FRANCESCO, *La figura jurídica del notario*, en Rivista di Diritto Processuale. Citado por CARO ESCALLÓN, JOAQUÍN en *Estatuto Notarial Colombiano - Derecho Comparado*. Pág. 38. (1ª. Edición, Editorial Temis Ltda., Bogotá D.C., 1.980).

las partes y, por lo tanto, ya se ha iniciado o es necesario iniciar un proceso para resolver ese conflicto, debido a que las partes no lo pudieron resolver directamente, entre ellas mismas. Por el contrario, la función del notario es ejercida antes del conflicto, incluso con facultad preventiva del mismo, pues como lo manifestamos previamente, el notario viene a realizar una labor de asesor jurídico de las partes y, por lo tanto, su función consiste en evitar que entre ellas se desarrolle el conflicto.

Debe quedar claro, por lo tanto, que las partes acuden al notario voluntariamente y por mutuo acuerdo, con el fin de ser asesorados objetivamente ante un tema jurídico que le compete, sin que exista un conflicto entre ellas, puesto que frente al notario prima la autonomía de la libertad de los particulares y él debe respetarla y no involucrarse ni tomar parte en dicho asesoramiento. Cosa muy diferente sucede respecto del juez, ya que por medio de él, el Estado se involucra en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los particulares, con el fin de solucionar en Derecho un problema en que no hubo acuerdo entre las partes, quedando ambas obligadas a acatar la decisión tomada por el juez.

Retomando el tema de la función de jurisdicción voluntaria de los notarios, debemos aclarar, en primera instancia, cuál es la diferencia existente entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa. En relación con este tema se han dado diversos pronunciamientos doctrinarios, ya que algunos autores consideran que la diferencia

-
- 8 “La diferencia tradicional entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria consiste en que la primera, tal como su nombre lo indica, lleva envuelta por lo menos potencialmente, la posibilidad de una controversia, de un choque de pretensiones, en fin, del derecho de acción del demandante enfrentado al derecho de acción del demandado, denominado excepción; mientras que la jurisdicción voluntaria no implica ese choque de pretensiones, y se trata tan sólo de pronunciamientos que competen a los funcionarios del órgano jurisdiccional, pero sin que exista controversia.

“Otra diferencia que anotan los autores es la de que en los procesos de jurisdicción voluntaria no existen partes demandante y demandada, ya que por la índole de los asuntos que se tramitan en esas actuaciones sólo se puede hablar de interesados. “Se dice, igualmente, que en la jurisdicción voluntaria se busca un pronunciamiento del juez con efectos jurídicos para los interesados, en tanto que en la contenciosa se busca efectos obligatorios respecto de los demandados; también se anota que en los procesos de jurisdicción voluntaria la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada, al paso que las dictadas en los procesos de jurisdicción contenciosa, siempre y cuando que no sean inhibitorias, si hacen tránsito a cosa juzgada, criterio este que, como lo veremos, acoge nuestro Código y, por último, se advierte que en la jurisdicción contenciosa el demandado acude contra su voluntad y en la voluntaria no.

“Autores tan respetados como Ugo Rocco y Couture sostienen que las anteriores son apenas diferencias accidentales, pues, en esencia, lo que distingue una jurisdicción de la otra es que la contenciosa es verdaderamente jurisdicción, en tanto que la voluntaria constituye una actividad administrativa, porque “en la jurisdicción voluntaria el juez cumple una función sustancial idéntica a la que cumple el notario u otro oficial público cuando autoriza un acto público, traducido a signos gráficos la voluntad privada que las partes declaran ... Y de todo ello se infiere que la jurisdicción voluntaria es propiamente actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales”. LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, I, Págs. 99-100 (7ª. edición, Dupré Editores Ltda., Bogotá D.C., 1.997).

esencial consiste en que en la jurisdicción voluntaria no existe conflicto y ni siquiera contraparte, mientras que en la contenciosa se presenta todo lo contrario⁸. Nosotros acogemos la tesis de Hernán Fabio López Blanco, quien explica que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 649 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone cuáles son los asuntos que se deben adelantar ante ese tipo de jurisdicción, dicha tesis carece de fundamento, ya que en los procesos de licencias para enajenar o gravar bienes de menores de edad, o de declaración de interdicción, se puede presentar oposición y, por lo tanto, se presenta conflicto y contraparte, con lo cual la única diferencia realmente existente entre los conceptos de jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa es la siguiente:

“(...) el art. 649 del Código de Procedimiento Civil, que regula el proceso de jurisdicción voluntaria, que se caracteriza porque en la mayoría de los casos sus sentencias no hacen tránsito a cosa juzgada material, pues las mismas peticiones son susceptibles de volver a plantearse ante la autoridad judicial (C. de P. C., art. 652). Es esta diferencia la única que hoy se admite entre el proceso de jurisdicción voluntaria y el proceso contencioso”⁹.

Teniendo clara la diferencia, encontramos que las funciones de jurisdicción voluntaria que han sido asignadas al notario, son aquellas que le han sido otorgadas por mandato legal, tales como las establecidas por los numerales 10 y 11 del artículo 649 del C. de P. C., referentes a la insinuación de la donación y a las correcciones que se realizan en las partidas de registro civil, teniendo como base lo establecido en el Decreto 1.260 de 1.970.

No obstante, siempre ha primado como una característica esencial en las llamadas funciones de jurisdicción voluntaria asignadas a los notarios, el hecho que estos procesos no tienen controversia ni contraparte, lo cual no significa que no exista más de una parte, sino que no se presenta conflicto entre las partes, pues para que el asunto sea de competencia y conocimiento del notario, las partes deben acudir a él por mutuo acuerdo. Cabe anotar que en caso que exista desacuerdo entre las partes, el notario deberá dar por terminado el proceso y entregar los documentos a los interesados, quienes tendrán que acudir al juez para que dirima la diferencia. Esta característica la podemos ver plasmada en los procesos de liquidación de herencia que se pueden surtir ante notario, tal como lo establece el artículo 1º y el numeral 7º del artículo 3º del Decreto 902 de 1.988¹⁰. Igual situación se presenta

9 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, II, Pág. 13 (7ª edición, Dupré Editores Ltda., Bogotá D.C., 1.999).

10 Artículo 1º. Podrán liquidarse ante notario público las herencias de cualquier cuantía y las sociedades conyugales cuando fuere el caso, siempre que los herederos, legatarios y el cónyuge sobreviviente, sean plenamente capaces, **procedan de común acuerdo** y lo soliciten por escrito, mediante apoderado que sea abogado inscrito y esté especialmente facultado para el efecto. (Negrillas fuera de texto).

respecto de los trámites notariales de divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio católico (artículo 1º del Decreto 4436 de 2.005)¹¹, de declaración de la unión marital de hecho (numeral 1º del artículo 2º de la Ley 979 de 2.005)¹² y de constitución de patrimonio de familia inembargable (inciso segundo del artículo 5º del Decreto 2.817 de 2.006)¹³, entre otros.

En el caso de la conciliación, que es un método alternativo de solución de conflictos, el notario actúa como un tercero facultado por ley para ayudar a dirimir las diferencias que frente a algún asunto tengan las partes. Así, si bien en este evento puede hablarse de la existencia de una contraparte, no significa esto que el notario vaya a decidir sobre el asunto, ni mucho menos a imponer soluciones a los particulares sino, por el contrario, y en razón de su función, debe estar al servicio del Derecho y prestar su asesoría en actitud conciliatoria, tal como la estipula el previamente citado artículo 7º del Decreto 960 de 1.970. El notario interviene única y exclusivamente como un tercero que asistirá y guiará a las partes para que ellas mismas solucionen su conflicto y se produzcan los efectos establecidos en la ley y, de no llegarse a ningún acuerdo, simplemente levantará las constancias respectivas, sin entrar a decidir la controversia.

Teniendo en cuenta las normas transcritas, y que todos los contratos que se firmen por escritura pública ante notario deben tener como elemento primordial el consentimiento de las partes, es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano los asuntos respecto de los cuales tiene competencia el notario para su conocimiento, deben ser aquellos en que las partes obren por mutuo acuerdo y, por lo tanto, no hay lugar a que exista contraparte que reclame algún derecho, ya que esto saldría de la órbita de conocimiento del notario y entraría a ser competencia de un juez de la República. Es por ello que nos llama enormemente la atención cómo un procedimiento de carácter exclusivamente judicial, por su naturaleza eminentemente contenciosa,

Artículo 3º. (...) 7. Si durante el trámite de la liquidación sugiere desacuerdo entre los interesados que hayan concurrido a solicitarla o intervenido posteriormente, el notario dará por terminada la actuación y les devolverá el expediente.

- 11 Artículo 1º. El Divorcio ante Notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. El divorcio del matrimonio civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, **por mutuo acuerdo de los cónyuges**, podrá tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante escritura pública. (Negrillas fuera de texto).
- 12 Artículo 2º. (...) 1. **Por mutuo consentimiento** declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo. (Negrillas fuera de texto).
- 13 Artículo 5º. (...) Practicadas las diligencias anteriores y desfijado el edicto, **si hay oposición de uno o más acreedores, y no se obtuviere consentimiento de parte de éste**, para la constitución del patrimonio, el Notario dejará constancia de ello en un acta y dará por terminada la actuación. (Negrillas fuera de texto).

como lo es la declaración de posesión y declaración de la prescripción adquisitiva de dominio, sea un tema cuyo conocimiento el legislador haya adjudicado a los notarios, contrariando la esencia de la institución notarial.

1.2. La posesión

1.2.1. Definición, elementos y efectos

Para poder analizar y comprender la Ley 1.183 de 2.008 y su Decreto reglamentario número 2742 del 25 de julio de 2.008, debemos dar un muy breve repaso al concepto de posesión y sus principales características y efectos.

Según ERNESTO PEÑA QUIÑONES y GABRIEL ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, la posesión es:

“(...) el acto jurídico de señorío de un sujeto sobre una cosa, por ser su dueño, por tenerse por tal o por pretender serlo frente a su verdadero dueño”¹⁴.

Por su parte, ARTURO VALENCIA ZEA manifiesta que la posesión es un derecho real provisional, cuando afirma:

“(...) En derecho moderno, es derecho subjetivo real todo poder o voluntad que se ejerza sobre cosas, y que mediante acciones pueden hacerse valer frente a todos. La posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre cosas, poder que se encuentra protegido con acciones reales, pues las acciones posesorias se refieren a cosas y pueden ejercerse contra todos”¹⁵.

Finalmente, el Código Civil Colombiano, en su artículo 762, define la posesión así:

“ARTICULO 762. La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

“El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”

14 PEÑA QUIÑONES, ERNESTO y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL ERNESTO, *El Derecho de Bienes*. Pág. 327. (2ª edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2.006).

15 VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO, *Derecho Civil, II (Derechos Reales)*, Pág. 88. (11ª edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2.007).

Así, la naturaleza jurídica de la posesión ha generado las más diversas teorías, pues algunos sostienen que es un derecho, otros sostienen que es un hecho y algunos otros afirman que es un acto jurídico. No entraremos a debatir tal aspecto, pues lo que nos interesa es comprender el fenómeno y la regulación que sobre el particular tiene el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, sí parece haber mayor consenso en la necesidad de la existencia de dos elementos fundamentales para que se configure el concepto de posesión, los cuales son: a) la “tenencia o el goce, o actos de señorío” sobre un bien (sea corporal o incorporal) o cosa, lo que ha dado en llamarse el elemento real, material o “corpus”, y b) el “ánimo” de ser el titular del derecho sobre ese bien o cosa, lo que se ha denominado como el elemento volitivo o psíquico, y que en nuestro Código Civil se identifica con la calidad “de señor y dueño”.

En cuanto a los efectos de la posesión, se mencionan, principalmente, los de explotación lícita de la cosa, de expresión del derecho de dominio, de la facultad para convertir al poseedor en propietario a través del modo de usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, y el efecto de protección de la posesión a través de diversas acciones judiciales¹⁶. Sin duda, el efecto más importante es el de permitirle a una persona, que no detenta el derecho de dominio sobre un bien, adquirir el mismo, a través de un modo originario, es decir, sin ningún tipo de gravámenes o limitaciones.

1.2.2. Clases de posesión

Igualmente, hay diversas clasificaciones o modalidades del concepto de posesión, pero por ahora nos interesa entender los conceptos de posesión regular, posesión irregular y posesión inscrita.

Sobre el particular, la norma a consultar en primera medida es el artículo 764 del Código Civil¹⁷. Con base en la misma, es claro que la posesión regular es aquella

16 Cfr. PEÑA QUIÑONES, ERNESTO y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL ERNESTO, *El Derecho de Bienes*. Págs. 345-355. (2ª. edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2.006).

17 “Artículo 764. La posesión puede ser regular o irregular.

Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión.

Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición.

La posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título.”

en la que el poseedor detenta un **justo título** (que de acuerdo con el artículo 765 del C.C. podrá ser constitutivo, como la ocupación, la accesión y la prescripción; o traslativo de dominio, como la venta, la permuta, la donación entre vivos), y **buena fe** (definida por el artículo 768 del C.C. como “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio”), mientras que la posesión irregular es aquella en que el poseedor carece de alguno de estos dos elementos o de ambos. En la posesión irregular se distinguen dos tipos, que son la posesión irregular justa y la posesión irregular injusta, siendo esta última aquella que se inició de manera violenta o clandestina y que, por tanto, sólo genera protección jurídica una vez cese tal vicio. La importancia de esta clasificación radica, fundamentalmente, en el tiempo que otorga la ley al poseedor para interponer las acciones legales que le permitan modificar su estado de mero poseedor a propietario. Es así que la posesión regular no interrumpida conlleva la usucapión o prescripción ordinaria, mientras que la posesión irregular conlleva la usucapión o prescripción extraordinaria, cuyos términos de prescripción han sido reducidos sustancialmente en favor del poseedor de acuerdo con lo establecido en los artículos 4º y 6º de la Ley 791 de 2.002, siendo el término actual para la ordinaria de tres años para bienes muebles y cinco años para inmuebles, y para la extraordinaria de diez años.

Por su parte, la posesión inscrita es una clasificación de la posesión que no atiende a la forma cómo que se ejerce, sino al tipo de bienes sobre los que recae, pues es un tipo de posesión que recae sobre bienes inmuebles y que atiende a la evolución histórica de la figura del registro, pues en Austria, en el Código Civil de 1.811, se le dio,

“(…) una exorbitante importancia al registro de la propiedad inmueble en los libros de registro, otorgándole a dicha inscripción las facultades de anunciar no solamente la titularidad del inmueble sino también la relación de hecho del hombre con la cosa inmueble. Es así como la posesión en dicho Código se hacía pública mediante la inscripción; por eso se llamó tabular o inscrita. (...) Bello, por unificar en el registro la relación hombre - inmueble y establecer un régimen unitario de la propiedad y la posesión, prácticamente las identifica, acabando con la posesión material que es la verdadera posesión”¹⁸.

Como lo explican Peña Quiñones y Peña Rodríguez, la posesión inscrita del Código Civil no ha tenido vigencia, gracias a la reiterada jurisprudencia y doctrina, pues las mismas permiten dos tipos de posesión de bienes inmuebles, que son la posesión inscrita y la posesión material, por lo cual hoy en día no es posible afirmar

18 PEÑA QUIÑONES, ERNESTO y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL ERNESTO, *El Derecho de Bienes*. Págs. 391-392. (2ª edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2.006).

que además del apoderamiento del bien y del ánimo de señor y dueño, también se requiera, para que exista la posesión, inscribirla en el registro de instrumentos públicos, pues sólo la posesión que va acompañada de dominio es la que se inscribe, ya que sólo a ella aplican las reglas sobre posesión inscrita y, por lo tanto, puede haber posesión regular de un bien, así tal posesión no haya sido inscrita, pues para que la posesión sea regular sólo se requiere justo título y buena fe¹⁹.

1.2.3. La función social de la posesión

Por último, es necesario hacer referencia al concepto de función social de la posesión. Si bien tradicionalmente el concepto que se ha estudiado en el mundo del Derecho es el de la función social de la propiedad, como vía para explicar las limitaciones e implicaciones sociales del derecho de propiedad, también es necesario comprender el concepto de la función social de la posesión, pues es el que nos sirve como base para comprender por qué el ordenamiento jurídico protege un fenómeno como la posesión.

Palabras más, palabras menos, lo que se puede decir sobre el particular es que si el Derecho no protegiera el fenómeno de la posesión, en un sistema capitalista como el nuestro la propiedad no tendría un contrapeso que frenara, en cierta medida, su concentración en unas pocas manos. En efecto, se dice que:

“(…) la principal función de la posesión consiste en ser el mecanismo expedito en la renovación jurídica de la propiedad, que se presenta por conducto de dos medios: uno, cuando el poseedor, de conformidad con la ley, se hace dueño de los frutos que produce el bien poseído; (...) y dos, el efecto que se presenta con la posibilidad de adquirir el bien que ocupa mediante la aprehensión o sometimiento de dicho bien a la voluntad del poseedor; es decir, si la usucapión no fuese un modo de adquirir dominio, la propiedad de los bienes físicos en los tiempos modernos sólo se podría adquirir por medio de la tradición y de la sucesión”²⁰.

Se dice, así, que mientras en un sistema capitalista la posesión sirve de freno al monopolio de la riqueza a través de la propiedad privada de los económicamente poderosos, en un sistema comunista la posesión actúa como único reducto de la libertad personal y como correctivo del exceso de la propiedad estatizada²¹.

19 PEÑA QUIÑONES, ERNESTO y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL ERNESTO, *El Derecho de Bienes*. Págs. 392-393. (2ª edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2.006).

20 PEÑA QUIÑONES, ERNESTO y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL ERNESTO, *El Derecho de Bienes*. Pág. 385. (2ª edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2.006).

21 Cfr. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *La posesión*. Págs. 826-829. (Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 1.987). Citado por PEÑA QUIÑONES, ERNESTO y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL ERNESTO, *El Derecho de Bienes*. Pág. 387. (2ª edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2.006).

2. METODOLOGÍA

Como metodología para el desarrollo del presente estudio se realizó, en primera medida, un análisis de las motivaciones del legislador para la expedición de la Ley 1.183 de 2.008. Posteriormente, se analizaron una a una las principales disposiciones de dicha norma y de su decreto reglamentario, con miras a determinar los efectos prácticos de las disposiciones expedidas. Por último, en las conclusiones, se analizaron las implicaciones de las disposiciones de la ley y del decreto en comento frente a la institución del notariado, para poder determinar si las nuevas funciones asignadas por la ley son compatibles o no con las funciones y naturaleza del cargo de notario público y, en consecuencia, poder inferir de un caso particular como el de la Ley 1.183 de 2.008 cuáles son las funciones que el legislador puede asignar, en general, a los notarios públicos. El marco de referencia utilizado para el desarrollo del presente estudio está dado por los referentes doctrinales existentes a nivel nacional e internacional sobre las figuras de la posesión y del notariado y por las principales normas jurídicas existentes sobre el particular en el ordenamiento jurídico colombiano.

3. RESULTADOS

Teniendo claros los principales aspectos de los conceptos de la institución notarial y de la posesión, se percibe fácilmente la trascendencia social que lleva implícita el tema de la declaración de la posesión regular y la declaratoria de prescripción adquisitiva de vivienda de interés social, reguladas por la Ley 1.183 de 2.008 y el Decreto 2742 de 2.008, surgiendo cuestionamientos a responder, como, por ejemplo, si al asignársele dicha competencia a los notarios, el Estado está dando menor protección al propietario frente al poseedor y por qué ocurre ello.

3.1. Motivaciones del legislador para la expedición de la Ley 1.183 de 2.008

La primera inquietud que surge al leer la Ley 1.183 de 2.008 recae sobre la motivación que tuvo el legislador para expedir la misma. Por lo tanto, es necesario acudir a lo expresado en los debates de discusión y aprobación de dicha norma, de los cuales se pueden obtener las siguientes conclusiones²²:

22 Cfr. Gacetas del Congreso Nos. 355 de 8 de septiembre de 2.006, 526 de 9 de noviembre de 2.006, 30 de 7 de febrero de 2.007, 58 de 1º de marzo de 2.007, 168 de 9 de mayo de 2.007, 651 de 11 de diciembre de 2.007 y 60 de 26 de febrero de 2.008.

- a) El ponente originario del proyecto fue el senador GERMÁN VARGAS LLERAS, quien expuso, en primera instancia, como objetivos del proyecto de ley:

“i) (...) facilitar la constitución de poseedores regulares de los inmuebles de estratos 1 y 2 a través de un trámite expedito ante notario, con el fin de generar para estos ciudadanos la aptitud jurídica para adquirir el dominio a través del modo de prescripción adquisitiva ordinaria”; ii) “(...) se establece la posibilidad de que los notarios, por solicitud del poseedor y sin perjuicio de la competencia atribuida a los Jueces de la República, emitan la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio, siempre que no se presente oposición de terceros” y iii) “(...) adicionalmente, y teniendo en cuenta que algunas personas no legalizan sus títulos por carecer de los recursos necesarios para cancelar el impuesto de registro se les exime del pago del mismo y de los derechos de registro”.

- b) Posteriormente, el senador VARGAS LLERAS expuso como objetivos del proyecto de ley:

“i) (...) regular la posesión inscrita para que la prescripción ordinaria sea una realidad en nuestro ordenamiento colombiano” y ii) “(...) facilitar a través de un trámite expedito ante notario dicha declaratoria, garantizando el derecho de defensa”.

- c) El principal fundamento normativo constitucional que se citó para la expedición de la norma es el derecho a la vivienda digna, consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política.

- d) El proyecto de ley está enmarcado dentro de la política de establecer un país de propietarios, consagrada en el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 812 de 2.003), y como complemento de lo consagrado por la Ley 791 de 2.002, de la cual también fue ponente el senador VARGAS LLERAS, sobre reducción de los términos de prescripción en materia civil, toda vez que, según lo manifestado por dicho senador:

“(...) las normas que se han expedido sobre la materia se han dirigido a regular la cesión de bienes fiscales invadidos, pero muy poco se ha regulado en relación con la ocupación de predios de particulares, y sobre la forma de hacer más expeditos los trámites para adquirir el dominio por el modo de la prescripción”.

- e) Expuso el mencionado congresista que para adquirir el dominio por prescripción ordinaria se requiere ser poseedor regular, noción que ha sido definida por el Código Civil como aquella que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe. Sin embargo, debido a la posición que, según él, ha adoptado la jurisprudencia, la prescripción ordinaria de bienes inmuebles se ha tornado inaplicable en la práctica, pues la posesión inscrita nunca ha tenido aplicación,

ya que en Colombia no se acepta la inscripción de títulos de propiedad con alcance posesorio.

f) Según el ponente del proyecto,

“(…) por último, y en relación con posibles cuestionamientos de exequibilidad que pudiese generar el otorgamiento de dichas funciones a los notarios, resulta pertinente resaltar que la Corte Constitucional ya avaló la constitucionalidad de transferir mediante ley la toma de este tipo de decisiones a autoridades no judiciales”.

Sobre el particular vale la pena reiterar lo ya expuesto, en el sentido que los notarios no tienen la calidad de “autoridad”, pues es claro de tiempo atrás que son simples particulares que desempeñan funciones públicas. .

g) En el fondo, pues, lo que se perseguía con dicho proyecto, lo resume el doctor VARGAS LLERAS cuando afirmó:

“(…) Redujimos los términos de prescripción adquisitiva de dominio, pero no logramos el objetivo porque realmente el cuello de botella no estaba en el tiempo de la posesión ordinaria, que se ejerce sobre el bien, la dificultad grande se encontraba en la imposibilidad de que una persona estrato 1 y 2, contrate un abogado para cursar un proceso ordinario ante Juez de la República y haga valer su derecho (...) pero más importante que la posibilidad que los Notarios expidan la escritura es la posibilidad de que se acumulen procesos, de manera que un barrio entero que está en esa situación, podría acumularse en un solo proceso a través del impulso que hagan las autoridades locales y territoriales para que se expidan, digámoslo, masivamente las escrituras que reconocen el derecho, creemos que en esa forma y de aprobarse esta iniciativa que deberá ir a Cámara, no menos de 300 mil predios urbanos estratos 1 y 2 podrán acceder a su título de propiedad”.

3.2. Análisis de las principales disposiciones de la Ley 1.183 de 2.008 y del Decreto 2742 de 2.008

3.2.1. Declaración de posesión regular

En relación con lo regulado por la Ley 1.183 de 2.008 en esta materia, puede decirse lo siguiente:

a) De acuerdo con lo consagrado en el artículo 1º de la ley, este procedimiento sólo lo podrán realizar poseedores materiales de inmuebles urbanos, de estratos uno y dos, en el círculo notarial en el que se encuentre ubicado el inmueble. Por lo tanto, se deduce que este procedimiento no aplica respecto de bienes

rurales, ni de bienes inmuebles que pertenezcan a un estrato diferente al uno y dos, de lo cual se desprende que deberán presentar el certificado de catastro o de la autoridad que haga sus veces, en el que conste la estratificación del inmueble respecto del cual se pretende obtener la declaración. Cabe anotar que con esta condición establecida en la ley, se genera una desigualdad entre los diferentes poseedores materiales, generándose el interrogante de ¿por qué el legislador favoreció con esta norma a los poseedores de estratos uno y dos y dejó por fuera a los poseedores de otros estratos? Es comprensible que exista diferencia en el trato fiscal que le otorga la ley a personas de diferentes estratos por su capacidad económica, pero en materia de posesión, ¿cuál es el fundamento jurídico que explica la desigualdad en el procedimiento para que sea declarado su derecho entre los poseedores regulares? Creemos que la supuesta imposibilidad de contratar los servicios de un abogado para acudir ante un juez de la República, como se expuso en el trámite legislativo, no es argumento suficiente para negar la misma posibilidad a los demás poseedores que existen en el país.

- b) Igualmente, en el artículo 1º se establece que este procedimiento se realizará para declarar

“(...) la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes, a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción ordinaria (...)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, este procedimiento sólo se aplica para efectos de obtener la declaración de la posesión regular y realizar su respectiva inscripción, quedando excluida de este procedimiento la posesión irregular, lo cual no tiene justificación alguna.

- c) Este es un trámite que no permite oposición de ninguna clase, ya que si ésta se da en cualquier etapa, el notario debe ordenar el archivo de la diligencia.
- d) Igualmente, como la ley se refiere únicamente a la posesión regular, el poseedor siempre deberá anexar un título aparente, el cual puede consistir en la promesa de compraventa u otro documento público o privado con el que demuestre que la posesión que él detenta es regular y no fue obtenida por medios clandestinos o por violencia, engaño, testaferrato, desplazamiento forzado, o en inmuebles situados en zonas de protección ambiental o de alto riesgo, o a través de desarrollos no autorizados por las autoridades de planeación, tal como lo estipula el artículo 9º de la Ley.

- e) El artículo 4º de la ley establece que se debe probar la posesión material conforme lo establece el artículo 981 del Código Civil y, adicionalmente, con pago de obligaciones fiscales de carácter distrital, municipal o departamental. Es decir, que el notario debe remitirse a verificar el corte de maderas, la construcción de edificios, cerramientos, las plantaciones o sementeras u otros actos similares que hayan sido realizados sin el consentimiento del que disputa la posesión. Podemos inferir, entonces, que el notario en este evento deberá entrar a examinar pruebas, como si fuera un juez. Adicionalmente, se requiere, para poder realizar el procedimiento, que el poseedor tenga la posesión regular *“en nombre propio en forma continua y exclusiva”* durante un año continuo o más, y que acredite que no existen procesos en que se discuta el dominio o posesión.
- f) Una vez realizada la solicitud al notario, de acuerdo con lo establecido en los artículos 5º y 6º de la Ley, se procederá a realizar el registro de la escritura pública en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en el folio de matrícula del inmueble, bajo el código *“Inscripción de Declaración de Posesión Regular”*.

Por su parte, sobre lo regulado por el Decreto 2742 de 2.008, podemos afirmar:

- a) En el tercer inciso del artículo 2º podemos apreciar una inconsistencia en el Decreto, ya que en el primer inciso de dicho artículo se manifiesta que los interesados deben presentar ciertos documentos con la solicitud de declaración de posesión regular, por lo que dichos documentos deben ser presentados desde un inicio por parte del interesado, pero en el inciso tercero se dispone que la entidad respectiva (Planeación Municipal o Distrital, Corporaciones Autónomas Regionales y/o demás entidades competentes) tiene un término de veinte días hábiles *“contados a partir de la fecha de la solicitud”* para pronunciarse sobre si el inmueble cumple las condiciones técnicas y urbanísticas para proseguir con el trámite. De lo anterior surge el interrogante sobre cuál es el momento procesal en que se deben solicitar los anteriores documentos, pues no hay certeza sobre si es desde el momento de presentar la solicitud ó veinte días hábiles contados desde el momento en que se radicó la misma. En principio, entonces, cualquiera de los dos momentos sería válido, pero el interesado debe tener en cuenta que, si no aporta los mencionados documentos al momento de realizar la solicitud, asume el riesgo que el tiempo corra en su contra, ya que en los círculos en los que existe más de una notaría y se somete este asunto a reparto, como lo exige la ley para el presente trámite, el notario está facultado para solicitar la restitución del turno, en los términos de la Resolución No. 2.277 de 2.006 de la Superintendencia de Notariado y Registro, si no se ha producido la firma de la escritura en un término máximo de tres meses a partir de la fecha del acta en la cual consta la diligencia de reparto correspondiente. Es decir, si el notario

restituye el turno de reparto, el interesado tendría que empezar el procedimiento nuevamente.

- b) En el inciso cuarto (4°) del artículo 2°. encontramos una inconsistencia de mayor interés, cuando se dispone:

“Si la autoridad de planeación no se pronuncia dentro del plazo fijado, el notario dejará constancia de tal circunstancia y podrá seguir adelante con el trámite de declaratoria de posesión, pero se abstendrá de autorizar la escritura de declaración de posesión hasta tanto, no se pronuncie al respecto la Secretaría de Planeación o la entidad municipal o distrital competente”..

En principio, esta norma le dice al notario que si la autoridad de planeación no se pronuncia dentro del término de los veinte días hábiles, debe dejar constancia de ello y seguir el trámite, con lo cual se infiere que el notario, si los demás documentos están conforme con lo establecido en la ley, proseguiría a la firma de la correspondiente escritura pública que declara la posesión. No obstante, inmediatamente a continuación, la norma establece que el notario debe abstenerse de firmar la escritura pública hasta que la respectiva autoridad de planeación o la autoridad competente no se pronuncie sobre este asunto, quedando de esta forma suspendida la autorización de la respectiva escritura pública en forma indeterminada, puesto que si la autoridad respectiva no se pronuncia nunca, el notario no podrá firmar nunca la escritura pública. Entonces ¿qué sentido tiene dejar constancia de la falta de pronunciación de la respectiva autoridad en el término fijado por la ley, si no se podrá autorizar la escritura hasta que esta autoridad no se pronuncie?

- c) De acuerdo con el artículo 4° del Decreto, el efecto sustancial de la solicitud de declaración de la posesión regular consiste en que ésta es el fundamento que tiene el poseedor para solicitar la declaración de prescripción ordinaria del bien, cuyo término de prescripción se contará desde el momento en que se realice la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la escritura de declaración de posesión regular, que para este caso será de 5 años, tal como lo consagra la Ley 791 de 2.002.
- d) Para este tipo de proceso de declaración de posesión regular, se evidencia como una de las inconsistencias más graves, la ausencia de traslado a la persona que figura como titular del bien, en una flagrante violación al derecho de contradicción de tales propietarios y, en consecuencia, al derecho al debido proceso.

3.2.2. Declaratoria de prescripción de vivienda de interés social

Empecemos, al igual que en el supuesto de hecho anteriormente descrito, por las observaciones al régimen de la Ley 1.183 de 2.008, así:

- a) El artículo 10 de la Ley consagra que podrán solicitar este procedimiento los poseedores regulares de bienes inmuebles urbanos vivienda de interés social de estratos uno y dos de municipios de categoría especial, primera y segunda, ante el notario del círculo en donde se encuentre ubicado el bien. Para este efecto, no puede existir oposición por parte de terceros que se crean tener igual o mejor derecho. Se reiteran los mismos comentarios sobre violación del derecho de igualdad, realizados previamente.
- b) Igualmente, la Ley, en el mencionado artículo, no especifica si el trámite está destinado a la prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, sino que manifiesta en forma global que se podrá solicitar “*la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio*”, por lo que se interpreta que se podrá declarar cualquiera de los dos tipos de prescripciones a través de este trámite. Incluso, el numeral 9° del mismo artículo pareciera dar a entender lo anterior.
- c) Este trámite debe ser realizado obligatoriamente a través de abogado, con lo cual se desvirtúa uno de los supuestos fines perseguidos por la Ley de facilitar estos trámites a personas que no tienen dinero suficiente para contratar los servicios de un abogado.
- d) En el artículo 10° se establecen cuáles son los documentos que se deben anexar con la solicitud, entre los cuales resaltamos, para el caso de la prescripción ordinaria del bien, la respectiva copia auténtica de la escritura pública en la que se realizó la declaración de la posesión regular debidamente registrada, con lo cual el numeral 9° de este artículo sólo tendrá aplicación a partir del año 2.013, momento en el cual se cumplirán cinco años de la entrada en vigencia de la Ley. En efecto, debido a que el término de prescripción (cinco años para la posesión regular) se empezará a contabilizar una vez sea inscrita la respectiva escritura pública, la cual sólo podrá ser posible a partir del 14 de enero de 2.008, fecha en que se expidió la nueva ley, podemos concluir que este numeral sólo tendrá efecto a partir del año 2.013 en adelante, fecha en que se terminará de contabilizar el plazo de cinco años de prescripción de la primera escritura que declare la posesión regular y que haya sido inscrita en el año 2.008.
- e) Una vez verificado por el notario que la solicitud cumple los requisitos señalados en la ley, deberá ordenar la citación de personas determinadas e indeterminadas que aleguen derechos o se crean con derechos sobre el bien (art. 407 C. de P.

C.). Para estas citaciones, el notario se remitirá a lo establecido por los artículos 315 y 320 del Código de Procedimiento Civil. Igualmente podrá conformar el litisconsorcio necesario y la integración del contradictorio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del C. de P. C. Acá se evidencia la ausencia de regulación sobre la designación de curador de personas indeterminadas, en los términos del numeral 8° del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil.

- f) Debe el notario, igualmente, dar aviso a la Secretaría de Planeación Distrital o Municipal para que en un término de veinte días hábiles contados desde la fecha de radicación, se pronuncie sobre si dichos inmuebles *“no se encuentren en zonas que sean objeto de protección ambiental o que sean consideradas de alto riesgo.”* .

No obstante, si la autoridad no se pronuncia al respecto, nuevamente la ley faculta al notario para deje la respectiva constancia y prosiga con el trámite. Acá se adoptó una solución un poco más acertada respecto de la omisión en el pronunciamiento de las autoridades de planeación, pues la misma no estanca el trámite, como si lo hizo el Decreto 2742 de 2.008 para el caso de la declaración de posesión regular, sino que simplemente el silencio no desvirtúa la naturaleza jurídica de las zonas o bienes protegidos por la ley.

- g) En este proceso la ley permite que se presente oposición por una persona que alegue tener derechos sobre el bien. No obstante, de acuerdo con la facultad conciliadora que tiene el notario, se realizará audiencia de conciliación con el fin de llegar a un acuerdo entre las partes. Si no existe conciliación, el notario archivará la solicitud, y las partes tendrán como única vía para la solución de su conflicto la de acudir a un juez.
- h) En Disposiciones generales, la Ley establece que los inmuebles que sean adquiridos por prescripción adquisitiva, cuyo titular sea casado o soltero con unión marital de hecho, quedarán afectados a vivienda familiar por ministerio de la ley, de acuerdo con lo establecido por la Ley 258 de 1.996 y la Ley 854 de 2.003. Sin embargo, y a pesar de que el inmueble se encuentre limitado con la afectación, las cooperativas y entidades del sector financiero podrán otorgar créditos para la construcción y mejora de tales bienes, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 3° de la Ley 258 de 1.996.

Por su parte, sobre lo regulado por el Decreto 2742 de 2.008, podemos afirmar:

- a) El notario debe verificar que haya sido aportada la totalidad de los documentos exigidos por el artículo 10 de la Ley 1.183 de 2.008 y el interesado tendrá dos meses desde el requerimiento del notario para completar la documentación, ya

que en caso contrario, se archiva el expediente y se notifica la decisión al interesado.

- b) Un tema innovador y bastante curioso que incorpora este Decreto es la inspección ocular establecida en el artículo 7º, diligencia que debe ser practicada *“forzosamente”* por el notario *“(…) con el fin de verificar los hechos relacionados en la solicitud de declaratoria de prescripción y constitutivos de la posesión alegada por el peticionario. De no encontrarse probada la posesión material del inmueble, se procederá a archivar la respectiva solicitud”*. Podemos ver, entonces, que el legislador le ha otorgado al notario la facultad y obligación de apreciar pruebas, tal como lo hace un juez de la República en un proceso de naturaleza contenciosa, la cual ya se había mencionado tímidamente en el artículo 3º del mismo Decreto y que se reitera en el párrafo primero del artículo 8º. Una de las características esenciales de la función notarial es que se rige por un derecho formal, es decir, que el notario debe velar por la *“regularidad formal de los instrumentos que autorizan, pero no de la veracidad de las declaraciones de los interesados”*, tal como lo manifiesta el artículo 9º de Estatuto de Notariado (Decreto 960 de 1.970). Es por ello que es muy extraño al derecho notarial e, incluso, excedería lo dispuesto por la Ley 1.183 de 2.008, que el notario deba ahora responder adicionalmente por la veracidad de las declaraciones, ya que él debe verificar los hechos que se relacionaron en la solicitud, siendo esto contrario a la función notarial, y generando una gran inseguridad jurídica para los propietarios, así como una gran responsabilidad legal para el notario, pues siendo este una persona que nunca ha ejercido este tipo de funciones, ¿cómo puede determinar con una simple inspección ocular que lo que dice el poseedor es cierto?. No podemos olvidar que el juez tiene todas las herramientas probatorias que le otorga la ley para declarar la prescripción, pues la ley lo faculta para acudir a los medios de pruebas que considere adecuados para el efecto, pero un notario no cuenta con tales medios ni con las destrezas necesarias para valorar pruebas. ¿Qué es lo que debe ver específicamente el notario? El vacío que deja la norma sobre este tema es muy amplio. Consideramos que la Ley 1.183 de 2.008 genera gran confusión sobre la materia, pues no sólo se debe tener en cuenta que el notario está realizando funciones de juez dentro de un proceso contencioso, lo cual es ajeno a la naturaleza de la institución notarial, sino la gravísima consecuencia que le generaría al notario, en caso de que se equivoque en su apreciación en la *“inspección ocular”*, pues en este caso podría tener consecuencias de responsabilidad civil, disciplinaria e, incluso, penal.
- c) El artículo 8º del Decreto exige la presentación de unos documentos y certificaciones junto con la solicitud, pero a pesar de lo anterior, el notario está obligado a solicitarle a Secretaría de Planeación o la entidad distrital o municipal

competente que haga sus veces, que la misma, en un término de veinte días hábiles contados desde la radicación de la comunicación, se pronuncie sobre si el inmueble no se encuentra en zonas de protección ambiental, o que sean consideradas de alto riesgo no mitigable, ni que se trate de bienes de uso público o bienes fiscales. Finalmente, la norma vuelve a dejarnos en la misma confusión que ya planteamos en el tema de la declaración de posesión regular, en cuanto a que el decreto autoriza al notario a seguir con un trámite que no podrá terminar, al consagrar que si la entidad respectiva no se pronuncia en el término legal,

“(…) el notario dejará constancia de tal circunstancia y podrá seguir adelante con el trámite de declaratoria de pertenencia de conformidad con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 1183 de 2008, pero se abstendrá de autorizar la escritura de declaración de prescripción hasta tanto, no se pronuncie al respecto la Secretaría de Planeación o la entidad municipal o distrital competente”,

lo cual contradice flagrantemente el espíritu del inciso tercero del artículo 11 de la Ley 1.183 de 2.008.

d) El artículo 9º establece que:

“las personas que pretendan adelantar el proceso al que hace referencia el Capítulo II de la Ley 1183 de 2008, deberán estar registrados (sic) catastralmente y las divisiones de los predios de mayor extensión sobre los que se constituyen las ocupaciones, deben estar protocolizadas mediante escritura pública con anterioridad a la expedición de la Ley 810 de 2.003, tal y como lo establece el Parágrafo 5º del artículo 6º del Decreto 564 de 2006, a fin de tomarse como válidas, en caso contrario, el Notario archivará el expediente y procederá a notificar esta decisión al solicitante.”

En primer lugar, entendemos que la norma se refiere a bienes y no a personas, pues sólo los inmuebles pueden ser objeto de registro catastral, lo que significa que al momento de radicar los documentos, deben tener asignado un número de cédula catastral individual. En segundo lugar, analizamos el aparte correspondiente a las divisiones de los predios de mayor extensión sobre los que se constituyen ocupaciones. Este tema tiene relevancia en la práctica, ya que en las ciudades, especialmente en Bogotá, encontramos bienes que aunque existen como determinados en los planos urbanísticos de manzanas de barrios de la oficina de Planeación, carecen de folios de matrícula inmobiliarias individuales y, por lo tanto, existen urbanizaciones completas en que cada inmueble catastralmente está identificado con su dirección, incluso con cédula catastral individual, pero que en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos no han sido individualizados, sino que dicho inmueble hace parte de un folio de matrícula en mayor extensión cuya división material nunca se ha realizado. La Ley 1.183 de 2.008, en su artículo 15, establece que el Registrador de

Instrumentos Públicos debe asignar folio de matrícula al inmueble objeto de posesión o prescripción, cuando no tenga asignado uno, tomando como fundamento el plano y certificación catastral correspondiente. Con esta norma, quedaría claro que si el inmueble existe en los planos radicados en Planeación o la entidad respectiva, y posee cédula catastral individual, aunque no posea la matrícula individual por no haberse realizado una división material o desenglobe con el que se le hubiese asignado una matrícula en la oficina de registro, el trámite sería muy sencillo, ya que simplemente se le solicitaría al registrador en la escritura de posesión o prescripción que le asignara un folio de matrícula inmobiliaria individual. Sin embargo, el Decreto 2.742 de 2.008 parece contradecir, o dejar sin efecto, la norma establecida en la Ley, ya que establece como requisito para que el notario continúe con el proceso, que las divisiones de los predios en mayor extensión sobre los cuales se constituyen ocupaciones, deben estar protocolizadas mediante escritura pública con anterioridad a la expedición de la Ley 810 de 2.003. Con base en lo anterior, podemos inferir que si el inmueble hace parte de uno de mayor extensión respecto del cual no ha sido realizada la división, no podrá realizar este procedimiento ante notario, y quedaría de esta forma sin aplicabilidad lo establecido en la parte general de la Ley. Incluso, si sobre el inmueble ya se realizó la división material y tiene adjudicado folio de matrícula inmobiliaria individual, pero la escritura de división fue protocolizada con posterioridad a la expedición de la Ley 810 de 2.003, tampoco podrá realizarse ante notario este procedimiento, sino por vía judicial.

4. CONCLUSIONES

En relación con la asignación de funciones judiciales a los notarios públicos, es evidente que no se puede hablar de una incompatibilidad absoluta, pues como se ha explicado a lo largo del presente artículo, es necesario distinguir la naturaleza del asunto objeto de la asignación.

En esencia, el criterio a tener en cuenta debe ser el de asignar a los notarios públicos solamente funciones respecto de aquellos asuntos en que no exista controversia entre las partes involucradas, pues la naturaleza misma de la institución notarial es incompatible con la decisión de controversias entre particulares.

Así, si bien la intención del legislador de la Ley 1.183 de 2.008 es loable, pues persigue dar aplicación práctica al concepto de función social de la propiedad y de la posesión, la misma adolece de una falla conceptual grave, pues desconoce la estructura del Estado y de la función pública.

En efecto, la asignación de funciones de la Ley 1.183 de 2.008 viola lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Política, pues la asignación de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas no puede predicarse en el presente evento, ya que los notarios no tienen la calidad de autoridad administrativa, sino de particulares. Por su parte, si bien el mencionado artículo 116 de la Constitución Política permite la asignación de la función de administrar justicia en cabeza de particulares, la norma constitucional exige que tal asignación sea transitoria, y que se realice exclusivamente en condición de jurados en las causas criminales, de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, lo cual no ocurre en el presente evento, pues evidentemente los notarios no están actuando como jurados de una causa criminal, no están actuando como conciliadores, pues no son facilitadores de un acuerdo entre las partes, ni están actuando en calidad de árbitros habilitados por las partes, pues no hay ningún pacto entre el poseedor y el propietario sobre su voluntad de acudir a la justicia arbitral.

Hay que tener presente que el hecho que la ley disponga el archivo del trámite notarial cuando se presente oposición a la solicitud de declaración de posesión regular o de declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio, no implica que el asunto deje de ser contencioso, pues siempre habrá una parte afectada, que no es persona distinta del propietario, y que si bien es posible que durante el trámite notarial no se presente ninguna oposición, posteriormente puede dicha persona iniciar acciones contra el notario y el solicitante. En conclusión, pues, a los notarios no pueden asignárseles trámites en los que no haya acuerdo entre los solicitantes y exista una contraparte, independientemente que el asunto esté clasificado en la legislación procesal como de jurisdicción voluntaria o contenciosa.

Por lo tanto, se debe buscar una solución distinta a la planteada por la Ley 1.183 de 2.008 como mecanismo para agilizar y facilitar los procesos de declaración de posesión y de declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio, como sería la de asignar tal función en cabeza de una autoridad administrativa, tales como el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y las alcaldías municipales, apoyados a su vez en instituciones como el Fondo Nacional de Vivienda y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, pero no a un particular que no está facultado por la Constitución Política para el efecto.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGARITA GÓMEZ, JORGE, *Lecciones de Derecho Civil, II (Bienes)*. (4ª edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2.004).
- CARO ESCALLÓN, JOAQUÍN, *Estatuto Notarial Colombiano - Derecho Comparado*. (1ª. Edición, Editorial Temis Ltda., Bogotá D.C., 1.980).
- CUBIDES ROMERO, MANUEL, *Derecho Notarial Colombiano*. (1ª. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1.978).
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, I (Parte General)*. (7ª. edición, Dupré Editores Ltda., Bogotá D.C., 1.997).
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, II, (Parte Especial)*. (7ª. edición, Dupré Editores Ltda., Bogotá D.C., 1.999).
- MUÑOZ NERY, ROBERTO, *Introducción al Estudio del Derecho Notarial*. (8ª edición, Nery Roberto Muñoz, Guatemala, 2.001).
- MUÑOZ NERY, ROBERTO, *Jurisdicción voluntaria notarial. Introducción al Estudio del Derecho Notarial*. (6ª edición, Infoconsult Editores, Guatemala, 2.001).
- PEÑA QUIÑONES, ERNESTO y PEÑA RODRÍGUEZ GABRIEL ERNESTO, *El Derecho de Bienes*. (2ª. edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2.006).
- VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE ÁLVARO, *Derecho Civil, II (Derechos Reales)*. (11ª. edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2.007).
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO, *Bienes*. (1ª edición, Librería Señal Editora, Medellín, 1.987).

Normas

Constitución Política

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Gacetas del Congreso Nos. 355 de 8 de septiembre de 2.006, 526 de 9 de noviembre de 2.006, 30 de 7 de febrero de 2.007, 58 de 1º de marzo de 2.007, 168 de 9 de mayo de 2.007, 651 de 11 de diciembre de 2.007 y 60 de 26 de febrero de 2.008.

Ley 979 de 2.005

Ley 1.183 de 2.008

Decreto 960 de 1.970

Decreto 1.260 de 1.970

Decreto 2.148 de 1.983

Decreto 902 de 1.988

Decreto 4.436 de 2.005

Decreto 2.817 de 2.006

Decreto 2.742 de 2.008

Resolución No. 2.277 de 2.006 de la Superintendencia de Notariado y Registro

Resolución No. 1.078 de 2.008 de la Superintendencia de Notariado y Registro

Copyright of Universitas is the property of Pontificia Universidad Javeriana and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.