

La función registral y la sentencia que juzgó una anotación en el registro*

Registry functions and the sentence that imposed a statutory annotation

SARA MARLÉN MOLINA WALTEROS¹

sara.mol.2@hotmail.com

RESUMEN

Para cumplir los fines estatales es necesario no solo la tridivisión del poder sino el reparto de competencias y funciones entre sus diferentes ramas. El legislativo legisla, el ejecutivo ejecuta y el judicial interpreta y aplica la ley. Así se evita la invasión en competencias ajenas y el desbordamiento o exceso de poder, que fácilmente pueden conducir a la anarquía cuando se actúa a espaldas de la ley, entendida esta en sentido amplio² de derechos protegidos y de normativa para disponer de ellos se realiza. En este trabajo el análisis crítico racional normativo de una sentencia, proferida en la jurisdicción contencioso administrativa, y bajo un esquema integracionista se emite una estudiada opinión sobre los actos administrativos expedidos por el Registrador de instrumentos públicos, quien desbordando sus funciones y so pretexto de “interpretación”, transfirió el dominio de un bien inmueble a un municipio mediante una “anotación registral” que llamó “cesión de bienes obligatoria”.

PALABRAS CLAVES: nulidad. Teoría de móviles y finalidades, función registral, interpretación.

ABSTRACT

To meet government purposes, it's necessary not only the three-way division of power, but the distribution of powers and functions between its different branches. The legislative legislates, the executive executes, and the judiciary interprets and applies the law. This prevents the intrusion of remote concerns and overflow or excess of power, which can easily lead to anarchy when acting behind the law (broadly understood)², of protected rights and regulations for their use. From a normative and rational point of view, and considered under a “three dimensional and integrationalist” sheme, the judgement is solved on the administrative acts issued by the Registrar's office controller, exceeding his duties and who under the guise of “interpretation” decided to transferred the control of a real estate property to a municipal entity with a so called “Record Annotation” entry which he called “compulsatory surrender of property”.

KEYWORDS: nullity. Motives and Purposes Theory, search function, interpretation.

Fecha de recepción: marzo 8 de 2013

Fecha de aceptación: abril 11 de 2013

* Artículo de reflexión producto de la investigación realizada por la autora en el marco del proyecto de investigación para optar al título de doctorado en derecho de la Universidad del Rosario (Argentina).

1. Profesional en Relaciones Internacionales de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá, abogada de la Universidad Libre, especializada en Derecho Procesal Civil de la Universidad del Rosario de Bogotá; magíster en Derecho Procesal y aspirante al título de doctorado por la Universidad de Rosario (Argentina), abogada litigante independiente y docente universitaria.
2. Entendida la ley como los tratados internacionales o normas supranacionales, la Constitución, la ley, los acuerdos, etc.

Introducción

Desde el ángulo crítico argumentativo a una sentencia judicial proferida por la jurisdicción contencioso administrativa, contextualizando previamente al lector en el caso particular analizado, se busca mostrar con la mayor claridad posible tanto los excesos de la actividad de la administración en la rama ejecutiva del poder público como la permisividad de los jueces frente a tales excesos que, por reiterados y consentidos, se vuelven más que costumbre, ley, dentro del marco de una sociedad que no reclama por su falta de fe en la administración y en la misma justicia.

No es novedoso encontrar con cierta asiduidad en el esquema democrático³ una acentuada tendencia al ejercicio excesivo del poder, especialmente en la rama ejecutiva, sin que tal especialidad necesariamente excluya a las demás, que en no pocas ocasiones también exceden sus funciones. Añade a lo anterior el pensamiento de los ejecutores quienes sin conciencia plena de su rol de servicio en el Estado, mal entienden que en lugar de su membresía y obligación de servicio en él son dueños de lo que ejecutan, mucho más si involucra recursos económicos, y que los usuarios interesados en tal o cual servicio deben estar bajo la sujeción del más o menos encumbrado funcionario en el poder, sin miramiento de los excesos que en cada estanco se van generando, a partir de la celaduría

del edificio hasta su director o gerente, según el organigrama o jerarquización que se maneje en la entidad.

Son tantos, tan diversos, y en ocasiones habituales, los excesos que se producen, que los usuarios se van acostumbrando, poco a poco, a esas dictaduras que sutilmente se van gestando hasta convertirse en “el código”⁴ de cada entidad y que, con mucha frecuencia, vulneran los derechos más elementales de los usuarios e incluso hasta su propia dignidad. Tales excesos se materializan de diversas maneras, dependiendo del organismo al que los usuarios deban acudir, desde la más humilde entidad de servicios generales hasta la más encumbrada entidad estatal, llámese superintendencia, ministerio o cercanía presidencial. Similar es la situación en los estrados judiciales, con algunos escribientes que atienden baranda, secretarios, oficiales mayores y jueces.

Para frenar esos abusos, desde luego, está concebida la vía gubernativa o control gubernativo de legalidad, entendida ella como ese “conjunto de actuaciones que deben cumplirse ante la administración misma, con el fin de obtener su sometimiento a la ley”⁵; y la jurisdicción contencioso administrativa cuando aquella no ha sido útil para esos fines, pues allá las decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada material⁶, mientras que en esta sí.

3. Esquema de tridivisión para el equilibrio del Poder Público planteado por Montesquieu.

4. Listado de imposiciones que cada entidad genera caprichosamente a través de funcionario.

5. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Citado por GIRALDO CASTAÑO, Oscar A. Comentarios al Código Contencioso Administrativo. Medellín, Colombia: Ed. Colegas, 1985, p. 47.

6. La decisión no cierra el debate ni otorga la seguridad jurídica, que es la que procura la convivencia pacífica, perturbada por el conflicto.

Sin embargo, tampoco la jurisdicción, hoy por hoy desentendida de su rol esencial en la construcción de la paz social y en la recta administración de justicia, es respuesta al anhelo del usuario, especialmente porque en sus pronunciamientos, los jueces, en lugar de otorgar la seguridad jurídica que de ellos se busca, siembran inseguridad con las formas que emplean para sus análisis hermenéuticos, muchas veces alejados de la Constitución y la ley, propiciando el desorden ante la falta de unificación de criterios jurídicos sobre el tema del que se trate.

En un intento por evitar que todo ello continúe sucediendo y propiciando anarquía, desorden e injusticia, se estudió el caso para obtener varias conclusiones que bien podrían subsumirse en la vieja reflexión, tan olvidada hoy, de Luis Legaz y Lacambra: *“Solo sobre la base de un orden se puede hablar de justicia o injusticia en la sociedad; si ese orden no existe, entonces se puede hablar de ideas de justicia, pero no de justicia existente en las relaciones de la vida, pues desde el momento que se admite que la vida social está regida por la justicia, se presupone que existe un orden establecido precisamente por el Derecho en cuanto que es Derecho”*⁷ (se resalta).

El presente trabajo fue adelantado por y para el programa de doctorado en derecho que curso en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), como parte del proyecto de investigación.

Metodología

Con fundamento en los hechos aquí denominados “antecedentes”, que originaron el trámite de un proceso, y en la decisión judicial que se produjo, se hace una revisión temática de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, de la teoría de los móviles y finalidades, de la interpretación de la demanda y de la función registral.

El objetivo de esta tarea es, bajo una orientación tridimensional, analizar algunas normas sustanciales y procesales para cotejarlas con valores como la fe y confianza propias de la información registral, a partir de los hechos descritos. De la misma manera, con los valores justicia, responsabilidad, respeto, orden y paz, poner en relieve los frecuentes yerros y excesos en los que, por igual, incurren funcionarios de las ramas ejecutiva y jurisdiccional del Poder Público, ocasionando evidentes perjuicios a particulares. En suma, se pretende evidenciar la forma, muchas veces superficial y facilista, en que se desempeñan ciertas funciones estatales sin sujeción a la Constitución y la ley sino a espaldas de ellas, especialmente hoy, en cuanto toca a la función de interpretación bien sea de normas jurídicas o bien de actos procesales. De igual forma, se coloca en perspectiva la invasión de competencias de algunos funcionarios públicos, con la mirada puesta en el Ejecutivo a

7. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: 5ª ed, Bosch Casa Editorial, 1979, p. 604.

través del registrador y, en el Judicial, a través de la Corporación que profirió el fallo que nos convoca a este análisis.

Y finalmente, este ensayo se realizó en línea con el marco programático del doctorado en derecho, que adelanto en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Es invitación a la reflexión, a partir de la crítica frontal que se hace a la decisión judicial, respecto de los servidores del Estado y especialmente del rol del juez, determinante del orden y la paz social; para que tanto registradores como operadores judiciales, conscientes de ello, asuman la necesaria responsabilidad que demanda el ejercicio de sus funciones, bajo el marco de derecho y no por fuera de él; a efectos de no provocar el desorden que, de suyo, conlleva anarquía e injusticia, tan peligrosas en un Estado como el nuestro, que ha soslayado durante tantas décadas una silente guerra, a punto de estallar en medio de tanta corrupción.

Antecedentes

1. Por razones de normas urbanísticas⁸, para desarrollar en Colombia un proyecto de construcción, parcelación o urbanización, además de las licencias respectivas, de los permisos y del pago

de los correspondientes impuestos, el urbanizador debe hacer una cesión voluntaria y gratuita de bienes a la Alcaldía del lugar donde va a desarrollar el proyecto. Esa cesión consiste en entregar, por **una sola vez**, el porcentaje de área de terreno que el Plan de Ordenamiento Territorial (POT)⁹ señale en cada caso, generalmente un porcentaje que oscila entre el 10 y el 15% del área total del terreno por construir. La cesión de terreno debe hacerse antes de iniciar las ventas del proyecto y bajo el modo y título que las normas sustanciales civiles imponen, esto es, por el modo de la tradición para la transferencia del derecho de dominio e indicando EXPRESAMENTE en la escritura de constitución de la urbanización, que se tiene la voluntad de ceder y se cede o que el acto que se determine implica cesión gratuita, para satisfacer la exigencia del título. Sin tal cesión, la oficina de Planeación del lugar no otorga las licencias y el proyecto aunque puede desarrollarse no puede venderse¹⁰, que es lo que le interesa al constructor y a la economía de un país.

2. En el caso objeto de análisis, la Sociedad Constructora XXX, para desarrollar el proyecto YYY en el municipio de Dosquebradas, ubicado en el departamento de Risaralda (Colombia), adquirió el “Lote No. —”¹¹, que hizo parte de un lote de mayor extensión —”, con un área de 163.090

8. Decreto 564 de 2006, Ley 9ª de 1989, Ley 3ª de 1991, Ley 388 de 1997, Decreto 1600 de 2005.

9. Es la norma local emitida por el Concejo de cada municipio (“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales...”, art. 1 de la Constitución), bajo los lineamientos de la norma nacional referida al desarrollo urbanístico.

10. Artículos 50 a 53 del Decreto 564 de 2006.

11. Así denominado en la correspondiente escritura de venta. Se reservan los datos particulares, por no ser de interés para este análisis.

m². En el año 2005 obtuvo todas las licencias de construcción exigidas para adelantar el proyecto urbanístico, en una de las cuales se lee: “Que las áreas de cesión correspondientes al predio fueron entregadas al municipio Dosquebradas según consta en la Escritura No. — de fecha... de 1999”. En la escritura correspondiente, que obra en fotocopia auténtica en el proceso como la licencia, se indica en la Cláusula Tercera que los antiguos propietarios del predio ceden en forma gratuita al municipio de Dosquebradas tres (3) lotes detalladamente descritos y desglosados, con un área total de 16.309 m²., que corresponde al diez por ciento (10%) del área total del inmueble de mayor extensión.

propietario no transfirió el dominio de los bienes al municipio en la escritura correspondiente, sino que se limitó en ella a fijar el reglamento de la copropiedad, porque para esa fecha ya había comprobado el cumplimiento de la obligación de cesión obligatoria por parte de los antiguos propietarios.

4. Únicamente prevalido de los certificados de tradición de los inmuebles, el municipio solicitó a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos inscribir las propiedades como suyas, por supuesta cesión voluntaria y gratuita de la Constructora XXX. El municipio entendió erradamente¹² que con el envío de los certificados de tradición la Constructora le había transferido y entregado los terrenos. Sin reparo ninguno (sin exigir el modo y el título, y asumiendo con total equívoco, que el envío de los certificados de tradición podían reemplazar la entrega y tradición de los terrenos), la oficina de Registro procedió a levantar la anotación n.º 04 en los respectivos certificados de tradición, señalando en ellos como nuevo propietario al municipio de Dosquebradas (Risaralda), presuntamente por virtud de una cesión efectuada por la Constructora. La anotación referida dice textualmente “CESIÓN DE BIENES OBLIGATORIA—...”

5. Advertida del error la Constructora, y verificado el cumplimiento de su obligación de ceder por una sola vez, presentó contra esa anotación registral todos los recursos existentes en la vía

174 3. Finalizado el proyecto de construcción e iniciadas las ventas del primer tramo, la oficina de Planeación del municipio comenzó a presionar a la sociedad Constructora XXX para que realizara la cesión voluntaria y gratuita exigida por el POT, que ya habían realizado los antiguos propietarios del lote. Por esos días, la Constructora había cambiado a algunos funcionarios del proyecto, y los nuevos no tuvieron la precaución de revisar los antecedentes del caso; por lo tanto, creyeron que la Compañía realmente estaba obligada a realizar una nueva cesión en el lote. De este lote desglosaron dos, a los que denominaron “lote y de afectaciones—” y “Lote de Uso —”, cuyos certificados de tradición enviaron al municipio de Dosquebradas. No obstante el desglose, el

12. El Código Civil, define la tradición en su artículo 740 y ss. como **la entrega** voluntaria y sin vicios que el dueño capaz hace de la cosa a otro con la intención de transferir el dominio. Requiere del modo y del título.



En el caso objeto de análisis, la Sociedad Constructora XXX, para desarrollar el proyecto YYY en el municipio de Dosquebradas, ubicado en el departamento de Risaralda (Colombia), adquirió el “Lote No. —”, que hizo parte de un lote de mayor extensión —”, con un área de 163.090 m².

175

gubernativa o control gubernativo de legalidad (“conjunto de actuaciones que deben cumplirse ante la administración misma, con el fin de obtener su sometimiento a la ley”¹³), para obtener la anulación de la citada anotación. Su solicitud de anulación la fundamentó en la falta de consentimiento¹⁴ por parte del propietario, para transferir el dominio de esos terrenos al municipio. Todos ellos resultaron infructuosos, incluida la acción revocatoria directa¹⁵ que también intentó con similar propósito la Constructora afectada.

5.1. El 28 de junio de 2007, mediante resolución No. 4334 en que el superior¹⁶ resolvió el recurso

de apelación contra la negativa de la Oficina de Registro, la Superintendencia de Notariado y Registro afirmó que aunque no esté en forma expresa la cesión en la escritura (tampoco lo está en forma tácita), **lo importante era el ánimo del funcionario calificador de interpretar como cesión lo estipulado en el acto escriturario.** En otros términos, que NO SE REQUIERE DEL CONSENTIMIENTO DEL PROPIETARIO DE UN INMUEBLE PARA TRANSFERIR LA PROPIEDAD, sino que apenas es necesario el ánimo del funcionario calificador de “interpretarlo” como tal (como cesión). Dijo textualmente en algunos apartes:

13. BETANCURT JARAMILLO, Carlos, citado por GIRALDO CASTAÑO, Óscar A. Comentarios al Código Contencioso Administrativo, Medellín: Colegas, 1985, p. 47.

14. En todas las legislaciones conocidas, la falta de consentimiento y el consentimiento viciado son causales de nulidad, inexistencia o invalidez de un negocio jurídico. En Colombia está consagrado en el art. 1502 del C. C.

15. Solicitud excepcional y condicionada por la ley (art. 69 del Código Contencioso Administrativo) que puede elevar el afectado contra un acto administrativo, ante el mismo funcionario que lo expidió, cuando su contenido se oponga manifiestamente a la Constitución, atente contra el interés público o social u ocasione un agravio injustificado.

16. Para el caso, la Superintendencia de Notariado y Registro.

Que “en el caso concreto lo que (sic) concluye esta dirección es el ánimo del funcionario calificador de interpretar lo estipulado en el acto escriturario en mención y de esta forma establecer lo mejor para la comunidad y que cause los menores traumatismos a los interesados y a la sociedad en general aunque no esté (sic) de forma expresa en la escritura, por eso su proceder en el acto de cesión del lote de afectaciones viales y el cual coloca al municipio de Dosquebradas como propietario va en concordancia con lo antes expresado y pone en práctica el principio constitucional que prima el interés general sobre el particular” (negritillas fuera de texto).

Que el proceder de la Oficina de Registro fue adecuado ya que “...por el contrario se efectuó la incorporación del espacio público... a pesar de no contenerse la cláusula de incorporación de áreas de cesión, requisito omitido por el notario, pero ratificado por el Urbanizador, es decir la misma Fiduciaria Central al hacer entrega de dicha área al Municipio de Dosquebradas...” (negritillas fuera de texto).

6. Ante el fracaso por la vía gubernativa, la Constructora acudió a la jurisdicción contencioso administrativa a demandar la NULIDAD ABSOLUTA de la anotación No. 04 en el certificado de tradición correspondiente, tanto por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos que produjo la anotación y se negó a anularla; como a la Superintendencia de Notariado y Registro que resolvió negando el recurso de apelación contra su negativa a declarar la nulidad de la decisión registral y coadyuvó expresamente la conducta de la oficina de Registro, de transferir

una propiedad sin el consentimiento del titular del inmueble.

6.1. La demanda inicial incluyó, además de la pretensión principal (de nulidad absoluta), la pretensión Tercera de impartir la orden a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para que restableciera el *statu quo* en el término máximo de cinco días desde la ejecutoria de la sentencia, es decir, la orden de adoptar las medidas necesarias para que en el folio de matrícula de los inmuebles quedara registrado como única propietaria la Constructora demandante. Esa era la situación jurídica de los bienes antes de la anotación registral acusada.

6.2. La demanda fue inadmitida para que “se precise la acción interpuesta”¹⁷. Dentro de la oportunidad de ley, mediante apoderado, la Constructora manifestó textualmente: “...Preciso que la acción interpuesta...es una acción de nulidad instaurada con fundamento en el artículo 84 del C.C.A¹⁸, porque la anotación No. 04 realizada... violó abiertamente la Constitución (Art. 58) y la Ley (artículos 740... 1502 ..., del Código Civil, entre otros...), en cuanto el acto jurídico de cesión que fue inscrito nunca se celebró y porque el único titular del dominio de los inmuebles nunca otorgó su consentimiento ni su voluntad de ceder al municipio ni a persona distinta... (...) En otros términos...se persigue exclusivamente el CONTROL DE LEGALIDAD de las decisiones contenidas en los actos administrativos acusados...”¹⁹. La Constructora además, DESISTIÓ, en el acto

17. Términos empleados literalmente en el auto inadmisorio del proceso radicado bajo el No. 2008-516.01, de fecha 6 de mayo de 2009, adelantado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en la ciudad de Bogotá (Colombia).

18. Código Contencioso Administrativo.

19. Folio 116 del proceso.

subsanatorio, de la pretensión “Tercera” referida a la recuperación del statu quo, a efectos, según dijo, de limitar el pronunciamiento al “Control de legalidad de los actos administrativos acusados” y no obstante ser la recuperación del statu quo, una consecuencia lógica de la nulidad.

7. Rituado durante tres años y siete largos meses el trámite del proceso²⁰ y agotadas las etapas del mismo, se definió la primera instancia mediante sentencia calendada 6 de agosto de 2012, que declaró: a) Probada la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por la Superintendencia; b) “...probada **de oficio** la excepción de indebida escogencia de la acción respecto de la acción de nulidad” (resalto y subrayo); c) Inhibida para fallar el fondo de la demanda, no obstante reconocer expresamente que la pretensión elevada por el actor fue de “nulidad simple” o nulidad absoluta. Dijo la Sala de Decisión:

“...En el sentir de la Sala tal acción no debió intentarse en el sub-lite, toda vez que su procedencia contra actos particulares está admitida cuando se pretenda la integridad del orden jurídico, sin restablecimiento del derecho y en el sublite la pretensión está dirigida a obtener la nulidad de la anotación No. 4 inscrita como CESIÓN DE BIENES OBLIGATORIA...y como consecuencia obvia la declaratoria de prosperidad de la pretensión tercera, así se haya desistido de ella.

*“Es así que al examinar la **naturaleza** del presente asunto basado en la anulación de una anotación registral, no es posible suponer que tales circunstancias conlleven la restauración de orden jurídico, pues las*

acusaciones realizadas a los actos demandados solo buscan amparar situaciones subjetivas y la protección de derechos privados”²¹ (resalto y subrayo).

7.1. Añadió la Sala de Decisión, que por esa razón “la acción correcta” era la de nulidad y restablecimiento de derecho y no la de “nulidad simple”; aquella a la que, por virtud de su facultad de interpretación, de prevalencia del derecho sustancial y de acceso a la justicia, le da impulso para declarar la prosperidad de la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada, por encontrarse vencido el término de ley para instaurar la acción. Ese es el *súmmum* de la sentencia.

Soporte de la sentencia judicial

La decisión condensada en el numeral siete del acápite anterior tiene, principalmente, dos basamentos:

1. Afirmó la Sala de Decisión que solicitar la “nulidad simple” de la anotación No. 4 es equivocado, de conformidad con la teoría de los móviles y las finalidades, por tratarse de un acto eminentemente particular que no atenta contra la integridad del orden jurídico, que no afecta a la comunidad en general y que no amenaza el orden público, social o económico del país. Añadió que el actor en realidad lo que buscaba era recuperar el terreno utilizado por el municipio para construir en parte la denominada “Autopista del Café”, y que como tal pretensión es eminentemente particular y privada, la solicitud adecuada no era la de nuli-

20. La demanda que dio inicio al proceso fue presentada el 16 de diciembre de 2008.

21. Folio 17 de la sentencia, párrafo segundo.

dad absoluta que fue la que elevó el demandante, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término legal de caducidad es de cuatro (4) meses a partir de la notificación del acto con el que se agota la vía gubernativa. Que como en el caso estudiado, la notificación de dicho acto aconteció el 16 de julio de 2007, el término de caducidad vencía el 16 de noviembre de 2008. Que presentada la demanda únicamente el 16 de diciembre de 2008, estaba superado en un mes el fenómeno de la caducidad que declaró, según adujo, “dando impulso oficioso a la acción de nulidad y restablecimiento”, que no fue la presentada por La Constructora, pero que la Sala de Decisión dijo haber interpretado con base en la prevalencia del derecho sustancial.

178

1.1 Que elevada la pretensión “Tercera”, aunque de ella se haya desistido; de una parte, no puede entenderse que la actora haya limitado su motivación a impugnar la legalidad del acto administrativo, porque, si así hubiera sido, la pretensión de simple nulidad sobre ese acto “particular” habría podido prosperar en salvaguarda del ordenamiento jurídico en abstracto; y de otra parte, que de declararse la nulidad de la anotación registral solicitada, se obtendría automáticamente la pretensión tercera aunque de ella se hubiere desistido. Dijo al respecto:

“...En el sentir de la Sala tal acción no debió intentarse en el sub-lite, toda vez que su procedencia contra actos particulares está admitida cuando se pretenda la integridad del orden jurídico, sin restablecimiento

del derecho y en el sublite la pretensión está dirigida a obtener la nulidad de la anotación No. 4 inscrita como CESIÓN DE BIENES OBLIGATORIA... y como consecuencia obvia la declaratoria de prosperidad de la pretensión tercera, así se haya desistido de ella

*“Es así que al examinar la **naturaleza** del presente asunto basado en la anulación de una anotación registral, no es posible suponer que tales circunstancias conlleven la restauración de orden jurídico, pues las acusaciones realizadas a los actos demandados solo buscan amparar situaciones subjetivas y la protección de derechos privados”²² (resalto).*

2. Que por esa razón, añadió la Sala, “la acción correcta”²³ era la de nulidad y restablecimiento de derecho a la que, por virtud de su facultad de interpretación, de prevalencia del derecho sustancial y de acceso a la justicia, le da impulso oficioso para declarar la prosperidad de la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada, por encontrarse vencido el término de ley para instaurar la acción.

“Nulidad” y “nulidad y restablecimiento del derecho”

1. El código contencioso administrativo colombiano que rigió hasta el año 2012²⁴, consagraba, en su artículo 84 la “Acción de nulidad”, con el siguiente tenor: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

22. Folio 17 del fallo, párrafo segundo.

23. Ibidem, folio 17 párrafo tercero in fine.

24. Decreto 01 de 1984 (Enero 2) vigente hasta Julio 2 de 2012, reemplazado hoy por la Ley 1437 de 2011.

Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y **registro**". (se resalta).

Y en su artículo siguiente (artículo 85) la "Acción de nulidad y restablecimiento del derecho", antes de "plena jurisdicción", con el siguiente tenor: "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

2. Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia nacional²⁵, se diferencian las dos acciones, entre otras, por las siguientes razones:

2.1. Por su naturaleza. La primera, es una "acción"²⁶ pública, consagrada para toda persona

que considere que con un acto administrativo se vulnera el orden establecido en la Constitución, los Tratados Internacionales o las leyes, bien sea por infracción al contenido de la norma en cualesquiera de sus formas, por incompetencia del funcionario que expidió el acto, o por desviación de funciones del autor del acto administrativo. La segunda, es una acción de naturaleza privada, en cuanto su ejercicio lo condiciona la norma a que un derecho particular haya sido lesionado.

2.2. Por el término de caducidad. La primera, por ser de interés general y público, la ley²⁷ no previó término de caducidad, luego puede proponerse la demanda en cualquier tiempo. Para la segunda, la ley previó el término de 2 años si se trata de una reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho respecto de actos de adjudicación de terrenos baldíos o contratos. En los demás casos (en los que está incluida la acción de nulidad y restablecimiento del derecho), el término de caducidad es de cuatro meses.

2.3. Por los efectos de la sentencia. En la primera, son erga omnes²⁸. En la segunda, sus efectos son interpartes y frente a terceros interesados.

2.4. Por la posibilidad de desistimiento. La primera no es desistible dada su naturaleza y la posibilidad de coadyuvancia e impugnación por parte de cualquier interesado en el control de

25. Ver sentencias 11001-03-27-000-2012-00010-00 de Abril 20/2012, Secc 4ª, C.P. Hugo Bastidas y sentencia 11001-03-27-000-2012 del 4 de marzo de 2003, Sala Plena, C.P. Manuel Santiago Urueta.

26. Mal llamada acción. La nulidad es la pretensión que concreta el derecho de acción.

27. Los términos de caducidad, los contemplaba el artículo 126 de la misma codificación.

28. Voz latina que significa frente a todos o respecto de todos, según el diccionario jurídico.

legalidad. La segunda si lo es, por tratarse de un interés particular.

2.5. Por su procedencia o procedibilidad. Sobre el tema, hizo carrera la “Teoría de los Motivos y Finalidades”; que utilizó la Sala de Decisión para edificar la sentencia en estudio y a la que nos referiremos en el acápite siguiente.

“Teoría de los móviles²⁹ y finalidades”

1. Pese a las diferencias de las dos acciones caracterizadas en el apartado anterior, hoy ya suficientemente decantadas con el paso del tiempo y por ello fáciles de identificar, era frecuente confundirlas, recién entronizadas³⁰ en la codificación contencioso administrativa.

1.1. Podría afirmarse en línea jurisprudencial³¹, que antes del año 1961, la procedibilidad de estas dos “acciones” dependía del contenido material del acto. De manera que si el acto administrativo generaba situaciones jurídicas de carácter general, abstracto e impersonal, la acción a iniciar era la de nulidad; pero si el acto era de contenido particular, concreto y subjetivo, la acción pertinente era la de “plena jurisdicción”. A partir de

1961, por virtud de la sentencia calendada 10 de agosto, con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta Alandete se generó la que hoy se denomina “Teoría de los Móviles y Finalidades”, mediante la cual la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo cambió de postura, precisando que no era el carácter general de la norma el que determinaba la procedibilidad de una u otra acción, sino “los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley...”, los elementos que permitían identificar la acción para calificar su procedencia. En el año 1972, reiterando esa misma teoría, la Corporación se refirió ya no a acción sino a “pretensión litigiosa”³², distinguiéndolas en el sentido de que la primera buscaba la tutela del orden jurídico abstractamente considerado, por razón de la jerarquía normativa; lo cual, en estricto sentido, no enfrentaba las pretensiones y descartaba la existencia de las litis propiamente dicha. En la segunda pretensión, su objeto siempre apuntaba a la protección o tutela de un derecho privado, vulnerado por un acto de la administración, que podía lograrse, bien por el restablecimiento del derecho ora por el resarcimiento del daño. La teoría hizo carrera en el Consejo de Estado, hasta que su Sala Plena en 1996³³ amplió la cobertura de la mal llamada acción de nulidad, haciéndola

29. Móviles o motivos.

30. Las dos acciones fueron creadas con nombres distintos, por el Código Contencioso Administrativo de 1941 (Ley 167) como acción de Nulidad y de Plena Jurisdicción.

31. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, “Extractos de Jurisprudencia”, Contraloría de Santafé de Bogotá, Publicaciones Colección Documentos, año 1994 – Primer Semestre, pag. 76, 315-321.

32. Consejo de Estado, auto de agosto 8 de 1972, Consejero Ponente (C.P.) Humberto Mora Osejo.

33. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 29 de Octubre de 1996, C.P. Daniel Suárez Hernández.

procedente también frente a actos creadores de situaciones jurídicas individuales.

1.2. La teoría resultaba explicable inicialmente, desde el punto de vista de la formación y actividad abogadil, por la confusión suscitada con su denominación (nulidad en ambos casos). Empero, cotejada su argumentación con el contenido normativo, especialmente con el contenido del Art. 84 del C.C.A., evidentemente la interpretación del Consejo de Estado en la “Teoría de los Móviles y finalidades” recortó su alcance y trastocó el querer del legislador, que hizo posible su procedencia frente a todo acto contrario no solo a la Constitución sino a la ley, entendido que la nulidad está regulada por la norma matriz del código contencioso administrativo, que lo es el código civil (C.C.).

La norma civil, matriz de la contenciosa, consagra la nulidad en su artículo 1740 y ss. para “todo acto o contrato” que carezca de cualquiera de los requisitos que la ley exige para su validez. Y es válido un acto o contrato, al tenor del artículo 1502, cuando procede de persona legalmente capaz; en presencia de consentimiento libre de vicios y de causa y objeto lícitos. La norma civil, aunque se refiere a los actos y declaraciones de voluntad de los particulares, es perfectamente aplicable y se aplica a los actos del Estado o actos

administrativos respecto de los cuales se exigen similares condiciones, en el bien entendido que el Estado es una ficción jurídica con personalidad y capacidad.

2. La citada teoría de los móviles y finalidades hizo carrera y tuvo vigencia hasta el año 2002 cuando la Corte Constitucional³⁴, en sentencia C-426 de 2002³⁵, declaró la exequibilidad del artículo 84 del C.C.A.; pero en su parte considerativa, precisó que: a) La procedencia de las acciones está determinada por la naturaleza de la pretensión y no por el contenido del acto ni sus efectos; b) La interpretación dada por el Consejo de Estado en relación con la procedencia de las acciones e nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, contraría el querer del legislador y restringe ostensiblemente los derechos de acción o acceso a la justicia y debido proceso, en cuanto que el intérprete no puede hacer decir a la norma lo que no dice, máxime si ello se opone a la Constitución; y c) En un Estado de derecho no son de recibo los órganos que pretenden competencias ilimitadas aunque sean de superior jerarquía, porque la Constitución y la ley distribuyen las órbitas de competencias, sin que un operador pueda abarcar las de otros. Dijo, la Corte:

“7.15. Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos,

34. Máximo Órgano en materia constitucional creado por la Carta Política de 1991, cuyas funciones principales son, de una parte, ser el órgano de cierre en materia de tutelas (mecanismo breve y sumario para la protección de derechos fundamentales, decreto 2591 de 1991) y, de otra, ser el órgano encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, artículo 241 de la Carta.

35. Sentencia C-426, 29 de Mayo de 2002. Magistrado Ponente (M.P.) Rodrigo Escobar Gil.

Por razones de normas urbanísticas, para desarrollar en Colombia un proyecto de construcción, parcelación o urbanización, además de las licencias respectivas, de los permisos y del pago de los correspondientes impuestos, el urbanizador debe hacer una cesión voluntaria y gratuita de bienes a la Alcaldía del lugar donde va a desarrollar el proyecto. Esa cesión consiste, en entregar por una sola vez el porcentaje de área de terreno que el “Plan de Ordenamiento Territorial” (P.O.T) señale en cada caso.



182

generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o a terceros. Siguiendo este mismo razonamiento, si lo que persigue el demandante es un pronunciamiento anulatorio y la consecuente reparación de los daños antijurídicos causados, lo que cabe es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a ejercitarse dentro del término de caducidad a que hace expresa referencia el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., para que el juez proceda no solo a decretar la nulidad del acto sino también al reconocimiento de la situación jurídica individual que ha resultado afectada.

*“7.16. Así las cosas, **independientemente de las tesis que hayan sido expuestas en el seno del máximo órgano de la jurisdicción administrativa para delimitar la procedencia de la acción de nulidad contra actos de contenido particular**, la formulación y exigencia de requisitos adicionales no contenidos en el texto de la norma acusada ni derivados de su verdadero espíritu*

y alcance, representan, sin lugar a dudas, una carga ilegítima para los administrados que afecta y restringe de manera grave el ejercicio de sus derechos fundamentales de acceso a la justicia y al debido proceso, pues, lo ha dicho la Corte [Cfr: la sentencia C-011/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero], el intérprete no puede hacer decir a las normas lo que estas no dicen, mucho menos si el sentido que les atribuye excede su verdadero contenido y no se ajusta al texto de la Constitución Política (se resalta)

“7.17. Establecer como orientación jurisprudencial dominante, que la acción de nulidad solo procede contra los actos de contenido particular cuando lo indique la ley o cuando estos representen un interés para la comunidad, no solo comporta una interpretación inexacta del contenido del artículo 84 del C.C.A., cuyo texto permite demandar por vía de la simple nulidad todos los actos de la Administración, sino también, una inversión de la regla allí establecida, en cuanto que la citada orientación lleva a la conclusión de que solo por excepción los actos administrativos de contenido particular son demandables a través de la acción de simple nulidad, sentido que jamás po-

dría extraerse del texto de la preceptiva impugnada ni del alcance que la propia Constitución y la ley le han fijado a la acción Pública de nulidad”. (subrayo).

3. Por manera que desde el año 2002, perdió vigencia la denominada teoría de los móviles y finalidades, expuesta por el máximo órgano de lo contencioso administrativo y, en adelante, estaba precisado por el máximo órgano constitucional, que la nulidad procedía contra todo acto administrativo, tanto de naturaleza pública como privada proferido contra el orden jurídico, siempre que con la demanda se persiguiera únicamente control de legalidad. Cualquier otra interpretación no consulta el verdadero contenido de la norma pero si restringe los fundamentales derechos de acceso a la justicia y debido proceso.

Interpretación de la demanda

1. En el sistema mixto que en materia procesal rige al Estado colombiano, efectivamente es pacífica la jurisprudencia según la cual es deber del juez más que facultad, desentrañar el querer de quienes acuden al aparato jurisdiccional³⁶ para evitar denegación de justicia, especialmente en el acto introductorio o demanda, cuando su redacción conlleva confusión. Y frente a la aplicación de las normas, es claro que esa es la función del

Operador judicial, intérprete de la norma en casos concretos. Pero, pese a la independencia que constitucionalmente les ha sido otorgada a los jueces³⁷, ello no les garantiza posibilidad ninguna de un actuar caprichoso al interpretar. Por el contrario, la Ley 153 de 1887 que no ha perdido vigencia, en sus 327 artículos enseña con claridad la forma en que un juez debe realizar la interpretación sistémica y las condiciones que hacen posible esa interpretación. Con una lente panorámica, para que el juez pueda desplegar su facultad interpretativa, necesariamente debe haber confusión o duda razonable bien en los actos de las partes ora en el contenido normativo. De acuerdo con el articulado de la citada ley, los términos o la norma según el caso, deben ser confusos, poco claros o ininteligibles, o debe presentarse incongruencia entre normas u oposición entre una ley anterior y una posterior. Y solo cuando ello acontece, es decir, cuando se presenta duda, no hay claridad o se enfrentan u oponen dos normas, el juez puede proceder a interpretar el sentido de la ley, bajo las reglas que ella misma señala. Verbigracia, prefiriendo la ley posterior a la anterior (Art. 2º), la especial a la general, la ley nueva que regule toda una temática a la anterior o a la general (Art. 3º), etc. Si hay claridad, no hay duda, incongruencia ni oposición; el juez no tiene facultad legal de interpretar³⁸, porque lo claro no requiere interpretación.

36. Corte Constitucional, Sentencia T-1091 de 2008, Sentencia T-116 de 2004, Sentencia T-1306 de 2001, Sentencia SU-047 de 1999; Sentencia C-011 de 2008 (T=tutela; SU= unificación; C=exequibilidad) y Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Septiembre 6 de 2010, Rad. 2004-00085-01, entre otras.

37. Artículos 228 a 230 de la Carta Política.

38. Interpretación que no es la aplicación de los supuestos fácticos en los supuestos normativos, que algunos entienden.

2. De manera que, no bajo cualquier circunstancia ni de cualquier forma pueden los jueces interpretar, que es como hoy está aconteciendo en nuestro panorama nacional con tan proliferado “activismo judicial”. No entendemos la interpretación, como algún sector la entiende, de aplicar los presupuestos normativos a los presupuestos fácticos en el caso concreto, porque esa adecuación es la aplicación misma de los efectos concebidos por el legislador para esos supuestos, que no implica desentrañar el sentido de algo confuso u opuesto, ambivalente o dicotómico, oscuro o difuso, que es lo que traduce semánticamente la interpretación.

Lamentablemente, en no pocos casos los señores jueces desconocen y no investigan suficientemente las normas que rigen las distintas temáticas aplicables a los conflictos, porque bajo la égida de “justicia”, “proporcionalidad” y “razonabilidad” y prevalidos de la pretensa necesidad de interpretar aunque haya claridad en el escrito, no se presente oposición ni incongruencia, no consultan las leyes de interpretación, específicamente la ley 153 de 1887 que es la ley de hermenéutica que aún hoy está vigente, y terminan dirimiendo los conflictos sin sujeción al imperio de la ley como lo impone el artículo 230 de la Constitución. A aquellos conceptos (“razonabilidad”, “proporcionalidad” y “justicia”), tan llamativos en el plano humano, se les han otorgado contenidos puramente subjetivos y, con similar subjetividad, muchos operadores judiciales adoptan sus decisiones tanto de trámite como de fondo. Ejecutoriadas

esas decisiones, una gran parte de ellas, deben ser sometidas a esa especie de control constitucional que es la tutela, para que el juez de tutela revise la eventual vulneración a derechos fundamentales por el actuar caprichoso o desviado de los operadores judiciales, cuando resuelven los casos con desconocimiento o contrariedad a la ley.

Añade a ello, que en otra gran parte de decisiones judiciales, aunque los jueces exponen argumentos casi siempre más históricos que críticos, no es una exposición coherente y sistemática de la razón de ser de las afirmaciones, conclusiones o posturas (que han dado en llamar “criterios”³⁹). En muy pocos jueces, que los hay, se observa ese estudio juicioso más o menos o muy científico que justifica racional, lógica y ontológicamente su decisión en uno u otro sentido. Por ello, la mayoría de decisiones judiciales salvo las de las altas Cortes, resisten con éxito una prueba de profundidad y juridicidad por la orfandad argumentativa o por su evasión para resolver el punto álgido de la temática. Se exponen razones deshilvanadas carentes de profundidad temática, muchas veces conceptual y, otras, de desconocimiento jurídico. Tampoco muestran entramados axiológicos, filosóficos o sociológicos que expliquen esa subjetividad al decidir y que, por su contenido dialéctico, puedan tener permanencia en el tiempo. Es claro que la justicia no es ni puede ser un concepto limitado al contenido puramente normativo, ni hablamos de interpretación exegetica.

39. Se dice popularmente, que en cada juzgado hay uno distinto, pero ese “criterio” no atiende a la concepción filosófica ni teleológica del concepto, sino a una razón, cualquiera y de cualquier carácter, que esgrime quien atiende la baranda en los términos siguientes: “ese es el criterio del juzgado”.

2.1. En materia jurisprudencial, ha habido diferentes pronunciamientos, de los que rescatamos algunos que precisan, por ejemplo, la forma adecuada de interpretar la demanda; ella que exige de una parte, estar en presencia de términos oscuros, dudosos o confusos y, de otra, el deber de respetar el querer del accionante, sin cambiarlo, tergiversarlo o trastocarlo:

“Desde otro punto de vista, es claro que la labor de interpretación de la demanda, desarrollada con el único propósito de descubrir la intención original de quien acude a la jurisdicción, el juez la podrá adelantar en la medida en que el libelo se lo permita sin desfigurar la realidad que por sí sola allí se patentice, esto es, en aquellas hipótesis en que al hacerlo no modifique la esencia de lo pedido ni de las circunstancias fácticas en que el actor haya fundado esas súplicas; ya que, para decirlo en sentido contrario, si el contenido integral del acto introductorio ostenta claridad y precisión meridianas o si, en cambio, su oscuridad y confusión es de tal magnitud que objetivamente se hace imposible encontrar ese verdadero horizonte, entonces el sentenciador no podrá más que sujetarse a la literalidad que aparezca expuesta, con las respectivas consecuencias para el promotor del proceso, por supuesto que aquél no goza de esta facultad interpretativa, ha dicho la Corte, por un lado, –cuando la imprecisión y oscuridad de sus términos es tal que obstaculice por completo la averiguación de lo que el demandante quiso expresar, evento en el que, so pena de incurrir en yerro fáctico, no es posible la interpretación porque se suplantaría la presentada por su autor, sustituyéndolo de esa carga consagrada en la ley de manera exclusiva para él”, y, por el otro, en los casos en que los términos del aludido escrito “sean de tal precisión y claridad que no dejen ningún margen de duda acerca de lo pretendido por el demandante, caso este último en el que el juez debe

estarse a ellos en la forma como se los presenta el actor, por cuanto pretender una interpretación de los mismos lo conduciría a un yerro similar; que en ambos casos sería manifiesto(G. J., t. CCXLIII, pags.112 y 113)”⁴⁰

2.2. En cuanto a interpretación de las normas y también bajo la condición sine quo non exigida por la ley de haber incongruencia, confusión u oposición entre preceptos; respetables posturas han insistido en que “...el intérprete no puede hacer decir a las normas lo que estas no dicen, mucho menos si el sentido que les atribuye excede su verdadero contenido y no se ajusta al texto de la Constitución Política”⁴¹

O bien, que:

“(…)

Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística...”⁴²

2.3. Finalmente, debe precisarse que en materia de interpretación y con fundamento en el artículo 228 de la Constitución que impone la prevalencia del derecho sustancial, como lo demanda también el artículo 4° del código de procedimiento civil desde el año 1970, la jurisprudencia ha dicho que la norma procesal no puede ser obstáculo,

40. Corte Suprema de justicia, M.P. Cesar julio Valencia Copete, Sentencia del 6 de septiembre de 2010, Rad. 2004-00085-01.

41. Corte Constitucional, sentencia C-426/2002

42. Corte Constitucional, sentencia C-011 de 1994

cuando se presenta “exceso ritual manifiesto”, para la efectiva realización del derecho material; con lo cual también coincidimos, pero deteniéndonos en el contenido y alcance de cada vocablo de la expresión encomillada, que no subestima la razón ontológica del derecho procesal (no ritual), en tanto el objeto de esa ciencia precisamente encuentra su sentido, en la tutela efectiva de los derechos reconocidos por la ley sustancial, a través del “medio pacífico de debate dialéctico”⁴³ que es el proceso, bajo la óptica garantista.

La función registral

1. La función registral que cumple la rama ejecutiva del poder público a través del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en materia de inscripción respecto de la situación jurídica de los inmuebles, está reglamentada en Colombia por el Decreto 1250 de 1970, específicamente en los artículos 1º, 2º, 18 al 30 y sus normas concordantes. De la normativa resulta, de una parte, su naturaleza pública por ser un servicio que presta el Estado para el Estado y, de otra, su razón ontológica que lo es la publicidad fiel de los actos jurídicos referidos a bienes inmuebles. El registro se limita a **organizar y mantener información pública confiable y oportuna que derive de todo acto jurídico válido, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral** que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del

dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces. En otros términos la función registral se subsume en la **anotación fiel** de los títulos, actos jurídicos o decisiones judiciales en las que se constituyen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas referidas a un determinado bien sujeto a registro.

1.1 Un Registrador de Instrumentos Públicos, entonces, únicamente puede realizar anotaciones fieles. Se llaman fieles las anotaciones que evidencian la realidad de la situación jurídica de un bien inmueble y que encuentran respaldo en el modo y título del negocio o acto jurídico válido, o en la sentencia judicial que constituya, extinga, modifique o disponga de un derecho real sobre un bien sujeto a registro, por lo general, bienes inmuebles. Surge de lo anterior, que el Registrador de Instrumentos Públicos o su homólogo en otros países no puede inscribir, registrar o anotar un acto jurídico distinto al expresado por el titular del derecho o por el juez, y que conste en el documento que el interesado aporte para el protocolo respectivo, como soporte de la anotación registral. Sobre el tema, sostiene la doctrina⁴⁴:

“(…)”

*“Al procedimiento registral antecede una alteración de la realidad jurídica extra registral de un inmueble, plasmada en un documento que tiene carácter de público, documento que debe inscribirse, no solo para que sea un **FIEL REFLEJO** de la situación buscada por los interesados.”*

“La función del registro no puede limitarse a la mera publicidad de los derechos reales, so pena de ser redu-

43. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, 1ª parte, reimpresión, Santafé, Rubinzal, 2008.

44. CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. “Derecho Inmobiliario Registral”, 2ª edición, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2001, pag 25-27, 195-198.

cido a un órgano meramente informativo; por ello debe protegerlos por medio de las garantías inherentes a los principios de legitimación y fe pública registral, con lo cual se confiere una eficacia civil especial.- Si se aspira a que la publicidad de un registro sea jurídica, es preciso dotarla de veracidad, sin la cual no es posible conseguir la seguridad en el tráfico o comercio jurídico” (resalto.)

La Cruz Berdejo, sobre los fines del Derecho Inmobiliario Registral dice que “...si el pronunciamiento predicado por el registro no está acompañado de una presunción o garantía de exactitud o de integridad, no puede hablarse de la publicidad, en caso contrario estaríamos frente a una publicidad informativa carente de efectos jurídicos” (resalto)

2. Amén de ser un servicio público, es unánime la posición referida a que la función registral es la actividad dirigida a publicitar o a divulgar las diversas situaciones jurídicas que rodean a un determinado inmueble mediante “anotaciones fieles”, que le permitan al público en general y a quienes tienen interés en las circunstancias que rodean a uno o varios inmuebles, conocer **con confianza** dichas situaciones jurídicas, de una parte para la tutela de los derechos y, de otra, para la **seguridad del tráfico y comercio inmobiliario**; estos (tráfico y comercio) que, sin duda, hacen parte de la estructura capitalista del mundo occidental.

3. Surge necesaria la conclusión de ser la función registral, contrario a una actividad particular, privada y secreta que interese a uno solo como se dijo en el fallo objeto de análisis, una actividad que aunque involucre intereses particulares, tiene naturaleza PÚBLICA, que por su misión informa-

tiva interesa a toda la comunidad que, confiando en esa información, tiene derecho a conocer la situación jurídica real de los bienes raíces. La finalidad del Registro, más que publicitaria es de seguridad al tráfico y seguridad al comercio de inmuebles sobre la base de **fe y plena confianza** que debe tener un conglomerado en quienes tienen esa función, para que a cada anotación corresponda un **verdadero y válido acto jurídico**, que respalde cada inscripción. Si sucede lo contrario, la fe y la confianza pública que son las que, en gran parte, mantienen el orden jurídico, dejan de existir, deviniendo el caos, la anarquía y el desorden social, económico y político, especialmente en sistemas capitalistas reitero, que privilegian el derecho a la propiedad privada.

4. Desde luego, desde una perspectiva limitada, a esa actividad registral le es concomitante la tutela de derechos particulares como la propiedad privada; pero la razón teleológica que justifica la existencia de la función registral no es proteger derechos particulares sobre los bienes inmuebles, sino otorgar fe y confianza, que traducen “bienestar, seguridad y orden” a la comunidad que recibe la información. Información compilada y recogida, que no puede suministrarse de cualquier manera sino con sus respectivos soportes de la situación jurídica real de los bienes raíces, para que pueda fluir el tráfico y el comercio inmobiliario. El comercio, especialmente el inmobiliario, es el que en gran parte dinamiza la economía de un país. Sobre el tema, sostiene el profesor Eduardo Caicedo Escobar⁴⁵:

45. Id. Pp. 21-23.

“(…)

“El destinatario del registro es la sociedad, que debe conocer la situación jurídica de los inmuebles con fines de **bienestar, seguridad y orden**. El registro de la propiedad inmueble, así entendido, es la organización estatal que tiene por objeto realizar una tarea de necesidad pública, cual es la de publicidad de los derechos privados, encomendada a un funcionario público llamado registrador” (resalto).

5. Ahora bien, si la actividad registral conlleva implícita y necesaria fe y confianza a la comunidad destinataria de tal información, tiene que convenirse naturalmente, como corresponde no solo a un razonamiento lógico sino al conocimiento de la teleología registral, que esa fe y esa confianza determinante de la seguridad jurídica, de la seguridad en el tráfico y comercio de derechos reales, debe estar prevalida y corresponder a un acto jurídico válido, para que esa anotación sea FIEL REFLEJO de la situación real que se pretende crear, modificar o extinguir respecto de un determinado bien raíz. El conjunto de anotaciones fieles, válidas y veraces, por serlo, son las que preservan el orden jurídico, social, económico y público, en cuanto la comunidad puede tener fe y confianza en esa información. Si no hay fe y confianza en una comunidad, no hay orden o el orden está perturbado. Las anotaciones que componen el registro, deben estar completamente ausentes del ingenio y creatividad de los funcionarios públicos, quienes no pueden modificar las reglas legales⁴⁶ establecidas para la transferencia del dominio de los inmuebles. Los modos de ad-

quirir el dominio de las cosas están consignados expresamente en la codificación sustantiva civil⁴⁷, y no pueden ser cambiados por el registrador que también está llamado a sujetarse a la ley, ni por persona distinta.

6. Desde luego la actividad registral, de suyo, involucra intereses particulares porque de ellos se alimenta, en cuanto su función se subsume en la anotación fiel de las diversas situaciones jurídicas que otorgan derechos reales sobre inmuebles, cuya propiedad, por regla general es particular. Empero, esos intereses particulares resultan pírricos y ceden frente a la función pública registral por la superioridad de valores como la seguridad del tráfico y comercio inmobiliario así como la fe y confianza que el público y la comunidad deben tener en el registro, respecto de las situaciones jurídicas que tiene cada bien. Es claro que las situaciones jurídicas únicamente se crean, modifican o extinguen de conformidad con la norma civil que es la que regula la transferencia, tráfico y comercio de esos bienes, y sujetas al modo y título que para cada situación se exige. Así que, las anotaciones registrales no son ni pueden ser producto del capricho o inventiva de funcionarios públicos ni privados, en la medida en que es la ley sustantiva civil la que regula el traspaso de la propiedad.

7. Si en el marco jurídico que demanda la Constitución en su preámbulo, se le autoriza expresa o tácitamente a un Registrador para que las anota-

46. Los modos de adquirir el dominio de las cosas, están previstos en el art. 673 y cc, del Código Civil.

47. Artículo 673 C.C.

ciones que haga en el Registro no correspondan a esa FIDELIDAD que le exige el cumplimiento de su función, el esquema del orden jurídico social y económico que debe motivar la actividad del Estado, sencillamente no existiría. Piénsese, por ejemplo, que se avale o coadyuve expresa o tácitamente la conducta de un Registrador que, dándole la espalda a la ley, realice anotaciones que no correspondan a los negocios jurídicos celebrados o que, para la transferencia de un inmueble, no exija a los interesados el modo y título que imponen las normas sustanciales civiles; o que ignorando las exigencias normativas sustanciales, cree, modifique o extinga un derecho real a su manera y no a la manera de la ley, bajo la égida de la “interpretación” que es función exclusiva de un juez, si nos referimos a relaciones contractuales. El resultado de tales conductas se enmarcaría, innegablemente, en la ruptura del orden jurídico, social, económico y justo propio de la actividad del Estado y de sus diferentes organismos centralizados, descentralizados, adscritos y/o vinculados.

Se rompería de suyo la organización democrática, si el Registrador ignora con su actuar la función legislativa que corresponde al Congreso para elaborar y cambiar sus leyes, y se arroga con evidente yerro la facultad de ignorar las normas de cada temática que hacen posible la información sobre la situación jurídica de los bienes raíces. Igual sucedería si decide remplazar el modo, el título y las solemnidades que la ley exige para disponer de derechos reales o asume, por decisión propia, ajena a la Constitución y a la ley, una facultad o función que le es ajena a su cargo y que no le otorga la ley. La facultad de interpretar una norma en un caso particular es del juez no del

registrador, sin miramiento a que la interpretación resulte correcta o incorrecta, adecuada o no. Si un funcionario de la rama ejecutiva del poder, decide abarcar órbitas de competencia ajenas como la legislativa y la judicial, forzosamente quebranta no solo el esquema democrático sino la seguridad y el orden jurídico; y promueve el desorden económico y social por obvias razones. Para que salga del peculio de una persona un bien y su correspondiente valor económico, el titular del derecho necesariamente tiene que haber expresado su voluntad en tal sentido de transferir su derecho a otro, así que su voluntad haya estado exhortada por la ley o por decisión judicial o administrativa, cuando estas impongan o declaren otra situación respecto de un derecho real. La depresión o aumento de un patrimonio (sin mirar insolvencia o fenómenos similares) no depende de la decisión caprichosa de un servidor público, de un Registrador, de otro funcionario o de un tercero. Depende de un acto válido de voluntad del titular del derecho que se negocia o que se transfiere.

7. En otros términos, si la función registral está prevista para reflejar fiel y verazmente las situaciones jurídicas del conjunto de inmuebles y de uno en particular, respaldadas en actos solemnes y ciertos donde se manifieste expresamente la voluntad de sus titulares de crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica como lo dispone la ley sustantiva civil; no puede el registrador, so pretexto de interpretaciones que no están incluidas en su función registral de carácter ejecutivo, cambiar las leyes de la República para suprimir el consentimiento de los titulares, y arrogarse la ilegal facultad de transferir a otros caprichosamente, sin estar prevalido del título,

modo y solemnidades exigidas para cambiar la información real, referida a la situación jurídica de un determinado inmueble. Tal conducta, además de ser abiertamente ilegal y de suyo quebrantar el orden jurídico y político, genera en la comunidad desconfianza e inseguridad en el tráfico y comercio de los bienes raíces, tanto como en el REGISTRO mismo.

Conclusiones

1. Como resulta diáfano de todo lo anterior, tanto el funcionario ejecutivo (Registrador de Instrumentos Públicos) como el jurisdiccional (Sala de Decisión del Tribunal), en lugar de cumplir sus funciones como la Constitución y la ley lo imponen, la excedieron y/o la ignoraron; y con su actuar caprichoso por contrario a la Constitución, a la ley, a la doctrina y jurisprudencia, desconocieron gravemente el marco jurídico de un Estado, quebrantando con su actuar el orden público. Uno y otro funcionario defraudaron la fe de una comunidad, que espera de ellos un actuar diligente (estudioso, investigativo, profundo, claro) y recto, en el que puedan confiar de acuerdo a sus funciones, a las disposiciones y a los criterios auxiliares que las reglamentan. La falta de fe y confianza de la comunidad en sus autoridades, va propiciando poco a poco la anarquía y el desorden; y estos exacerban los ánimos que conducen al conflicto y a la intranquilidad social.
2. So pretexto de “interpretar”, el funcionario del ejecutivo cambió la ley sustantiva civil o la ignoró, para transferir la propiedad de un inmueble a un tercero sin el consentimiento de

su propietario; únicamente por virtud de una anotación registral que no tiene soporte, que no refleja la verdadera situación jurídica del bien y que, aún después de cuatro años, permanece como legal, sin serlo, en el Registro. Y el funcionario judicial, sin consultar la ley que enseña las reglas de interpretación (para analizar la demanda), que en el caso analizado evidentemente violó (porque no podía hacerle decir a la demanda lo que no decía), ni estudiar en profundidad la jurisprudencia pronunciada sobre el tema (Teoría de los móviles y finalidades), modificó la clara y reiterada voluntad del demandante expresada en su demanda; para denegarle justicia luego de más de tres años de trámite procesal, decretando la caducidad de una acción que no fue la propuesta. La pretensión elevada no tiene término de caducidad y demandaba del juez un pronunciamiento de fondo, que no se obtuvo.

3. De la construcción, desarrollo y progreso de un país, hacen parte tanto los funcionarios del Estado como los particulares. Pero el orden y la justicia lo fomentan y preservan los funcionarios designados por la Constitución para ese fin, a través de decisiones que se ajusten con rigor a las previsiones que la ley determina en cada caso para el cumplimiento de esas funciones. Lo contrario, deviene en desorden que es injusticia y anarquía, causantes de la desestabilización de una sociedad.
4. El rol de un juez es determinante en la construcción de la paz y el restablecimiento del orden social. Un usuario de la justicia que acude a ella pero no encuentra solución, bien porque se la deniegan ora porque la decisión

es contraria a la ley y por ello caprichosa, o los dos, es un usuario potencialmente resentido que podría decidir “hacer justicia” por mano propia. Sumados estos usuarios provocan caos social. Mientras los jueces no tengan conciencia plena de ese rol, proferirán decisiones inconsultas frente a la ley, subjetivas frente al derecho e injustas frente a los valores de una sociedad. La función de interpretar que le es propia a los jueces en la decisión de conflictos, no puede continuar desempeñándose en forma superficial y bajo la óptica individual de cada juzgador, so pretexto de conceptos de “racionalidad”, “proporcionalidad” y “justicia” que no son racionales, proporcionales ni justos de cara a esos acuerdos sociales que se han recogido en las respectivas codificaciones.

5. En el caso particular analizado, si la Constructora prevalida de su interés sobre el control de legalidad del acto, elevó claramente una pretensión de nulidad absoluta contra un acto de registro (anotación No. 04 “CESIÓN DE BIENES OBLIGATORIA . LOTE DE AFECTACIONES VIALES”), abiertamente errado e inválido por no corresponder a la situación jurídica real del inmueble; es innegable que no existió indebida escogencia de la acción como mal lo resolvieron los jueces (Sala de decisión del Tribunal). Y teniendo en cuenta que para la nulidad absoluta, que fue la propuesta por el actor en su demanda, la ley no estableció término de caducidad, el error que contiene la providencia analizada es palmario, máxime impulsado que fue de manera oficiosa y por fuera del querer expresado por el demandante. Si fue o fuere recurrida, el superior debe revocarla, para evitar que

anotaciones de esa errada magnitud permanezcan como anotaciones fieles, sin serlo, en un Registro, cuya existencia la justifican la fe y confianza del público en la información allí recogida. Lo contrario sería propiciar el caos no solo registral sino jurídico y económico, en la medida que cualquier funcionario podría transferir la propiedad de un inmueble sin el consentimiento del titular del derecho, deprimiendo y acrecentando el patrimonio de los terceros a su manera. Una anotación errada como aquella no involucra, como mal se dijo en la decisión analizada, únicamente un simple interés particular, sino que afecta principalmente la fe y confianza en el tráfico y comercio de bienes raíces, pilar estructural en una sociedad de mercado propia de un sistema como el nuestro, que privilegia la propiedad privada aun en el marco del Estado social de Derecho, cuya concepción filosófica, ontológica y empírica, dista abismalmente de los sobrepasados tiempos de Locke y Smith.

191

Bibliografía

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal” 1ª parte, 1ª ed, 1ª reimpresión, Santafé, 2008.
- AMAYA, Jorge Alejandro, “Democracia vs Constitución. El poder del Juez Constitucional”, 1ª ed., Rosario, AVI S.R.L., 2012.
- BORGES, Alfonso y otros, “Teoría Unitaria del Proceso, 1ª ed., Rosario, Juris, 2001.
- MORA CAICEDO, Esteban, “Código Contencioso Administrativo”, compilado y concordado, 5ª ed., Bogotá, Leyer, 1995.

- GIRALDO CASTAÑO, Óscar A., “Comentarios al Código Contencioso Administrativo”, 2ª reimp, Medellín, Colegas, 1985.
- GUARÍN ARIZA, Alfonso, “Descongestión de despachos judiciales”, en “Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal”, vol. 2, No. 20, Bogotá, Librería del profesional, 1996, pag. 103 y ss.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, “Replanteamiento de los Principios Informadores del Derecho Procesal”, en “*Homenaje a Fernando Hincetrrosa*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- ORTEGA TORRES, Jorge, “Código Civil con notas, concordancia y jurisprudencia...” 15 ed., Bogotá, Temis, 1982.
- ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, “El Proceso Civil Colombiano”, 2ª ed., Bogotá, Externado de Colombia, 2003.
- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, *Práctica Administrativa, Modificaciones y Reformas al Decreto 01 de 1984*, 2ª reimpression actualizada, Jurídica Radar Ediciones, Bogotá-Colombia, 1982
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio, “Defensa Preventiva de la Democracia: La Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en “Revista Criterio Jurídico Garantista”, No. 6, Bogotá, Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 2012, pag. 36 y ss.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ, Alvaro, “Derecho Civil” T.I, 2ª ed, Bogotá, Temis, 1994.
- VESCOVI, Enrique. “El Proyecto de Código Procesal Civil para America Latina”, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol 1, No. 4, Bogotá, Librería del Profesional, 1986.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General*, 3ª ed, Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1985.
- VILLAMIL PORTILLA, Edgardo, “Teoría Constitucional del Proceso”. 2ª ed., Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1999.