

3. a) CIRCULAR DE SERVICIO - Noción / CIRCULAR DE SERVICIO - Control judicial / INSTRUCCIÓN - Naturaleza. Competencia

Se tiene que sustancialmente corresponde a lo que se denomina circular de servicio, puesto que se trata de pronunciamientos interpretativos sobre asuntos y normas cuya atención y aplicación están a cargo de sus destinatarios, y emana de un órgano que ejerce sobre ellos funciones de inspección, control y vigilancia; luego son unilaterales y en ejercicio de función administrativa. Se está, entonces, ante instrucciones dirigidas a sujetos u órganos que le deben obediencia en alguna forma a quien las ha emitido y, por ende, tienen un carácter vinculante para ellos. Por consiguiente constituyen un acto administrativo, por lo demás, de carácter general y, por tal razón, susceptible de ser impugnado ante jurisdicción mediante la acción que ha sido incoada, y como quiera que ésta dirigida contra un acto de un organismo de orden nacional, la Sala es competente para conocerla.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia de 10 de febrero de 2000, radicación número 5410, consejera ponente Dra. Olga Inés Navarrete; Consejo de Estado. Sección Primera. Exp. 5064, C. P. Dr. Manuel Urueta Ayola. Sent. de 14 de octubre de 1.999.

b) COSA JUZGADA - Clasificación / COSA JUZGADA FORMAL - Noción / COSA JUZGADA MATERIAL - Noción / COSA JUZGADA PLENA - Conciliación / CONCILIACION - Cosa juzgada plena / ACTA DE CONCILIACION - Cosa juzgada / ACCION EJECUTIVA - Incumplimiento de conciliación / CONCILIACION - Incumplimiento. Acción ejecutiva

En lo atinente a la connotación de cosa juzgada, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a distinguir dos clases de la misma, denominadas cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial, las cuales, siguiendo al tratadista Eduardo J. Couture, dependen o están determinadas por las circunstancias de la impugnabilidad y de la inmutabilidad del asunto jurídico de que se trate, de suerte que habrá cosa juzgada formal cuando pese a que se han surtido o agotados los recursos, la eficacia de la decisión judicial es transitoria. "Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo en presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse.", en voces del citado tratadista; quien concluye que "Existe cosa juzgada sustancial cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior". Cabe entender, entonces, que la cosa juzgada que se le atribuye a la conciliación es tanto formal como sustancial, pues no se hace distinción alguna. Dicho de otra forma, lo acordado por las partes en las condiciones señaladas por la ley hace tránsito a cosa juzgada plena, debiéndose tener entonces que lo acordado o conciliado no es susceptible ni de recurso ni de modificación o mutación mediante un nuevo mecanismo procesal, salvo la situación de terceros directa e inmediata interesados en el asunto que no tuvieron la oportunidad de intervenir en la conciliación. En ese orden, cabe decir que la conciliación y su correspondiente acta es equivalente o tiene la misma fuerza de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada plena respecto del asunto o diferencias objeto del acuerdo conciliatorio; de modo que cuando la ley señala que la conciliación tiene fuerza de cosa juzgada está diciendo que tiene materialmente fuerza de sentencia incontrovertible e irrevisable; pues las partes no pueden plantear o formular litigio sobre lo ya acordado, sino que lo que les está dado después del acuerdo es promover acción ejecutiva en caso de incumplimiento de alguna de las partes.

c) PROVIDENCIA JUDICIAL - Naturaleza jurídica / ACTA DE CONCILIACION - Naturaleza jurídica / ACTA DE CONCILIACION - Registro

Se ha de considerar providencia judicial la decisión que emana de alguien que ejerce autoridad o función jurisdiccional, que en su pronunciamiento actúa como juez; y en razón de que el acta que contiene un acuerdo de conciliación no emana de juez alguno, sino que tal contenido es justamente un acuerdo, por lo demás entre particulares o sujetos que en el marco del derecho privado actúan en su propio interés y como parte, no sometido a aprobación posterior por autoridad judicial, antes que providencia judicial, lo que constituye es un acto bilateral, luego el tratamiento que se le ha de dar es el que la norma prevé para los actos de los particulares en materia de registro de instrumentos públicos. De modo que por el carácter de acto de personas particulares que tienen los acuerdos que se plasman en las actas de conciliación, el cumplimiento de esos acuerdos debe "celebrarse por escritura pública" en tanto impliquen constitución, declaración, aclaración, adjudicación,

modificación, limitación, gravamen, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario, luego no están sujetas a registro de manera directa, debido a que lo acordado consiste en obligaciones de celebrar a posteriori y ante notario alguno de los actos que tienen tales implicaciones. Por consiguiente, la regla general respecto de las actas de conciliación que contengan acuerdos de las partes, es la de que si las obligaciones definidas comportan actos que tienen las implicaciones señaladas en el artículo 2º del Decreto 1250 de 1970, deben ser elevadas a escritura pública en lo pertinente para el posterior registro del acto protocolizado mediante escritura pública.

d) ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL - Escritura pública / ESCRITURA PUBLICA - Acta de conciliación extrajudicial

La instrucción acusada no resulta incompatible con los artículos 80 de la 23 de 1991 y 66 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1250 de 1970 en cuanto excluye del registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y las sujeta a la previa protocolización, las actas de conciliación extrajudicial en materia civil en las cuales consten acuerdos en relación con derechos reales sobre inmuebles, puesto que, en primer lugar, no es cierto que el mencionado artículo 80 le otorgue la condición de título traslativo de dominio a esas actas y, en segundo lugar, el carácter de cosa juzgada y de título ejecutivo no les da esa condición.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00203-01

Actor: DIANA MARIA GONZALEZ PINILLA

Demandado: SUPERINTENDENTE DE NOTARIADO Y REGISTRO

Referencia: ACCION DE NULIDAD

La Sala decide en única instancia la demanda que en ejercicio de la acción instituida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo ha sido interpuesta para que se declare la nulidad de una instrucción del Superintendente de Notariado y Registro.

I.- LA DEMANDA

La ciudadana **DIANA MARIA GONZALEZ PINILLA**, en uso de la acción instituida en el artículo 84 del C.C.A. y en su propio nombre, presentó demanda para que en proceso de única instancia la Sala acceda a las siguientes:

1. Pretensiones

Declarar la nulidad de la instrucción numero 05 de 5 de febrero de marzo de 2004, dirigida a los Registradores de Instrumentos Públicos y Notarios, sobre "*El acta de conciliación extrajudicial en materia civil y el ejercicio de la función registral*".

2. Hechos en que se funda

La memorialista hace una reseña de los antecedentes institucionales y normativos del asunto para concluir que el acta de conciliación extrajudicial es un medio jurídico idóneo, que sirve de título traslativo de dominio, con el fin de evitar procedimientos largos y difíciles, además de colaborar con la descongestión judicial; pero que la instrucción le quitó el carácter de título traslativo de dominio al acta de conciliación extrajudicial, y exigió que sean elevadas a escritura pública cuando versen sobre bienes sujetos a registro, con lo cual desconoce el artículo 80 de la Ley 23 de 1991, que otorga los mismos efectos de las sentencias proferidas por los jueces de la República a las actas de conciliación extrajudicial.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

Invoca como violados los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 116 y 229 de la Constitución Política; 10 y 71 del Código Civil; 80, literal a) de la Ley 23 de 1991, y 66 de la Ley 446 de 1998, por cuanto desconoce los principios, fines reglas señalados en tales normas, deroga la Ley 23 de 1991, sin competencia para hacerlo; desobedece el principio de legalidad emanado del artículo 29 de la Constitución Política, pues esa ley le otorga a las actas de conciliación los efectos de prestar mérito ejecutivo y de cosa juzgada, todo para que sirvan de título para ser registradas en la oficina de registro de instrumentos públicos sin necesidad de que se protocolice el acta por medio de escritura pública.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.- La Superintendencia de Notariado y registro se opone a las pretensiones de la demanda y solicita que se nieguen, por razones que se resumen en que el acta de conciliación no suple la escritura pública ni las solemnidades que la ley establece para los actos o contratos; no suple el endoso en la negociación de títulos valores; ni la escritura pública en la constitución de sociedades, cuando el acuerdo consista en celebrar el contrato social; ni el trámite judicial para el levantamiento del patrimonio de familia; ni el trámite judicial para vender un bien de un menor de edad, ni el otorgamiento de hipoteca para respaldar una deuda cuando los acuerdos imponen realizar tales actos o contratos, para citar sólo unos ejemplos.

Por lo tanto, la solemnidad de la escritura pública, antes que violar los derechos constitucionales, los protege con la seguridad jurídica que imparte a los actos y negocios jurídicos que la ley ha querido resguardar.

Que la Ley no le ha dado al acta de conciliación carácter de título traslativo de dominio, y ello debe plasmarse en norma expresa en tal sentido. La ley sólo estableció que hace tránsito a cosa juzgada y que presta mérito ejecutivo, de lo cual no se puede deducir que sea título traslativo de dominio, luego no está reformando ni modificando la Ley 23 de 1991.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se pronunciaron en términos similares a los que expusieron en las oportunidades procesales anteriores y reiteraron sus peticiones frente al asunto del sub lite.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante la Corporación hace un recuento de la actuación procesal y tras considerar susceptible de control por esta jurisdicción la instrucción cuestionada, encuentra que la Superintendencia está facultada por la Ley 29 de 1973 y el Decreto 1672 de 1997 para expedirla, y advierte que el artículo 14 de esa ley lo que hace es señalar los criterios para fijar el monto del subsidio notarial, mientras que la resolución acusada lo que establece son los requisitos para poder acceder al mencionado subsidio. Sobre esa base concluye que no le asiste razón a la actora en los cargos de la demanda, y en virtud de ellos solicita a la Sala que se nieguen las pretensiones de ésta.

VI.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- El acto acusado

Se trata de la Instrucción No. 05 de 5 de febrero de 2004, dirigida a los Registradores de Instrumentos Públicos y Notarios, y tiene como asunto *"El acta de conciliación extrajudicial en materia civil y el ejercicio de la función registral"*.

A ese efecto el Superintendente invoca el *"poder de instrucción"* de la Superintendencia de Notariado y Registro, en atención de que algunos estudiosos del derecho y otros ciudadanos le han propuesto algunas reflexiones sobre el tema de la conciliación extrajudicial en materia civil, en especial sobre *"la procedencia de inscribir en el registro de instrumentos públicos las actas en las cuales se vierte el acuerdo conciliatorio"*, en orden a lo cual, basado en las leyes 446 de 1998; 23 de 1991 y 640 de 2001, junto con sus decretos

reglamentarios, analiza cuatro aspectos en materia de disposición, gravamen, o limitación del dominio de los bienes raíces, a saber: i) *la solemnidad de los actos y contratos de bienes raíces*; ii) *obligaciones del Registrador de Instrumentos públicos y del Notario frente al impuesto directo sobre la propiedad raíz*; iii) *el título de propiedad de la finca raíz*, y iv) *la retención en la fuente en la enajenación de inmuebles*, para llegar a dos conclusiones que para su mejor apreciación conviene verlas en el contexto de tal Instrucción, a saber:

"INSTRUCCIÓN ADMINISTRATIVA No. 05

Para: Registradores de Instrumentos Públicos y Notarios

De: Superintendente de Notariado y Registro

Asunto: El acta de conciliación extrajudicial en materia civil y el ejercicio de la función registral

Fecha: Febrero 5 de 2004

Señor Registrador de Instrumentos Públicos:

Señor Notario:

Algunos estudiosos del derecho y otros ciudadanos han propuesto a esta Superintendencia algunas reflexiones sobre el tema de la conciliación extrajudicial en materia civil. El aspecto central de éstas se dirige a reflexionar sobre la procedencia de inscribir en el registro de instrumentos públicos las actas en las cuales se vierte el acuerdo conciliatorio.

Para expresar, en ejercicio del poder de instrucción, el criterio de la Superintendencia de Notariado y Registro es necesario examinar las leyes 446 de 1998, 23 de 1991 y 640 del año 2001, junto con los decretos que las reglamentan.

Antes de ello se precisa analizar cuatro aspectos en materia de disposición, gravamen, o limitación del dominio de los bienes raíces, así:

La solemnidad de los actos y contrato de bienes raíces.

El artículo 12 del decreto ley 960 de 1970 dispone:

"Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad".

Esta norma crea una solemnidad que es esencial al acto o contrato relacionado con los bienes inmuebles. Sin ella no se produce el efecto previsto por la ley.

Dicho efecto es servir de título de dominio o establecer la eficacia del acto acordado.

¿Las leyes que establecieron los acuerdos de conciliación, derogaron de manera expresa o tácita la disposición transcrita?

Hecho el análisis sistemático de las leyes relativas a la conciliación extrajudicial en materia civil, la respuesta es no. De ser así, la consecuencia inmediata sería la desaparición del régimen jurídico colombiano de la escritura pública como

sistema de solemnidad sustancial y prueba por antonomasia de los actos o contratos sobre inmuebles.

Obligaciones del Registrador de Instrumentos Públicos y del Notario frente al impuesto directo sobre la propiedad raíz.

La ley 33 de 1896 exige frente al otorgamiento de instrumentos que graven o cambien la propiedad de finca raíz, el paz y salvo por impuesto directo de los predios, hasta la fecha del mismo otorgamiento.

El decreto 2088 de 1941 impuso a los Registradores de Instrumentos Públicos la obligación, antes de inscribir los actos que graven o cambien la propiedad de bienes raíces, de cerciorarse de que ante el Notario se ha presentado el comprobante fiscal descrito.

¿Fueron tales normas derogadas por las leyes que regulan el procedimiento de la conciliación?

No, ellas no contienen disposición alguna expresa sobre abolición de tales tributos ni exigencia de haberse pagado esos impuestos para poder efectuar la audiencia de conciliación o expedir el acta respectiva. Y por tratarse de impuestos, la exigencia debe ser expresa, jamás aplicable por vía de interpretación.

El título de propiedad de la finca raíz.

Para que un instrumento público se constituya en título de dominio de un inmueble determinado (realizado en él el modo de la tradición ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva), se requiere que una disposición legal le otorgue esa característica. Las normas que al respecto existen se la otorgan a las escrituras públicas, a las sentencias judiciales en firme, a las resoluciones de adjudicación de tierras del INCORA (hoy INCOLDER), a las enajenaciones hechas por el INURBE en materia de vivienda de interés social y a las actas de acuerdo de reestructuración empresarial contentivas de dación en pago obligatoria a los acreedores (ley 550 de 1999), entre otras.

Las leyes que regulan el procedimiento de conciliación no revisten a las actas en que constan acuerdos conciliatorios de la naturaleza de títulos de propiedad sobre bienes raíces.

Retención en la fuente en la enajenación de inmuebles.

El Estatuto Tributario (Artículo 398) impuso a las personas naturales el pago de un impuesto del 1% sobre el valor de la enajenación de un bien raíz con características de activo fijo, al igual que la venta de un derecho sucesoral. Encargó a los Notarios para su recaudo al momento de otorgarse la respectiva escritura pública (artículo 35, ley 6a. de 1992, modificadorio del artículo 518 del Estatuto Tributario).

El Notario no está autorizado por disposición alguna (que en materia de impuestos debe ser expresa) para recaudar dicha retención en las actas de acuerdos conciliatorios sobre inmuebles.

Conclusiones.

Conclusión 1. Las actas de conciliación extrajudicial en materia civil en las cuales consten acuerdos en relación con derechos reales sobre inmuebles no se incriben en el Registro de Instrumentos Públicos.

Las anteriores razones son suficientes para afirmar que las actas que contengan acuerdos conciliatorios sobre derechos reales de inmuebles (dominio, propiedad fiduciaria, hipoteca, uso o habitación, usufructo o servidumbre, transferencia

de derechos herenciales) no están sujetas a la formalidad de la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos. El acto o contrato de esta naturaleza que contengan constituye una obligación de hacer, cual es la de otorgar la correspondiente escritura pública. Ante el incumplimiento se puede exigir su satisfacción ya que ella presta mérito ejecutivo.

Tampoco estarán sujetas a registro si contienen acuerdos sobre constitución de patrimonio de familia o afectación a vivienda familiar, actos de afectación del dominio que tienen la implicación característica de orden público, dada la finalidad que en materia de familia persiguen.

Conclusión 2. Las actas de conciliación extrajudicial en materia civil en las cuales consten determinación o definición de derechos se incriben en el Registro de Instrumentos Públicos sólo como medio de publicidad.

Tratándose de otros actos diferentes a los derechos reales, a la transferencia de derechos sucesorales o a las afectaciones de dominio de orden público (patrimonio de familia o afectación a vivienda familiar), el acta de acuerdo conciliatorio sí es registrable como medio de publicidad de ellos, cuando contengan la determinación o definición de derechos. Entre estos la existencia de un uso o habitación, de un usufructo, de una servidumbre (no la constitución de ellos); amojonamiento para establecer límites de vecindad, derechos comunales en la propiedad horizontal o en la copropiedad de los condominios; confirmación del derecho de dominio en cabeza de uno de los cónyuges o compañeros permanentes dentro del acto de disolución y liquidación de la sociedad de bienes, aclaraciones y modificaciones de actos y contratos contenidos en escrituras públicas.

Se debe exceptuar el acto de definición de un derecho de posesión, el cual no se inscribe en el Registro de Instrumentos Públicos por lo dispuesto en el artículo 2o. del decreto ley 1250 de 1970.

Reciba señor Registrador de Instrumentos Públicos y señor Notario mis sentimientos de especial consideración.

JOSÉ FÉLIX LAFAURIE RIVERA
Superintendente de Notariado y Registro"

2.- Competencia de la Sala para el control de dicha instrucción.

Visto el contenido y alcance de la misma, se tiene que sustancialmente corresponde a lo que se denomina circular de servicio, puesto que se trata de pronunciamientos interpretativos sobre asuntos y normas cuya atención y aplicación están a cargo de sus destinatarios, y emana de un órgano que ejerce sobre ellos funciones de inspección, control y vigilancia; luego son unilaterales y en ejercicio de función administrativa. Se está, entonces, ante instrucciones dirigidas a sujetos u órganos que le deben obediencia en alguna forma a quien las ha emitido y, por ende, tienen un carácter vinculante para ellos.

En sentencia citada por el Ministerio Público¹, esta Sala puso de presente que *“Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda”*²

Por consiguiente constituyen un acto administrativo, por lo demás, de carácter general y, por tal razón, susceptible de ser impugnado ante jurisdicción mediante la acción que ha sido incoada, y como quiera que ésta dirigida contra un acto de un organismo de orden nacional, la Sala es competente para conocerla.

3. Examen de los cargos

Aunque la actora pide la nulidad de toda la Instrucción o Circular de Servicio, en realidad sólo impugna la primera de sus conclusiones, de la cual, en la pretensión de la demanda, predica que *“deroga el artículo 80 de la ley 23 de 1991, donde se confiere la calidad de título traslativo de dominio a las actas de conciliación extrajudiciales”* (folio 6), y que por ello viola los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 116 y 229 de la Constitución Política; 10 y 71 del Código Civil; 80, literal a) de la Ley 23 de 1991, y 66 de la Ley 446 de 1998.

Por lo tanto la cuestión se contrae a cotejar la referida conclusión con el artículo 80, en especial su literal a), de la Ley 23 de 1991, en concordancia con el 66 de la Ley 486 de 1998, a fin de examinar lo afirmado por la actora. El texto de esos artículos es el siguiente:

“ARTICULO 80. El procedimiento de conciliación concluye:

a) Con la firma del acta de conciliación que contenga el acuerdo al que llegaron las partes, especificando con claridad las obligaciones a cargo de cada una de ellas, la cual hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito Ejecutivo.

b) Con la suscripción de un acta en la que las partes y el conciliador dejen constancia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio.”

“ARTICULO 66. EFECTOS. El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo.”

¹ Sentencia de 10 de febrero de 2000, radicación número 5410, consejera ponente Dra. Olga Inés Navarrete

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Exp. 5064. M. P. Dr. Manuel Urueta Ayola. Sent. de 14 de octubre de 1.999

De golpe la Sala no observa en esos artículos 80 y 66 el carácter de título traslativo de dominio que, según el dicho de la actora, el primero le confiere al acta de conciliación. Lo único que le imprimen es carácter de cosa juzgada y título ejecutivo, éste último muy distinto al título traslativo de dominio.

El punto viene a ser, entonces, si el alcance de cosa juzgada y título ejecutivo que la norma le atribuye al acta de conciliación extrajudicial *en materia civil y en la cual consten acuerdos en relación con derechos reales sobre inmuebles* tiene implícito el de título traslativo de dominio, suficiente o no para ser registrable directamente o, si por el contrario, debe ser previamente protocolizada mediante escritura pública para el efecto.

Ello implica precisar los conceptos de conciliación, y cosa juzgada y su relación con la administración de justicia o función jurisdiccional, así como la necesidad jurídica de la escritura pública y los actos que deben ser registrados para que produzcan efectos.

Sobre lo primero se debe tener en cuenta el artículo 64 de la Ley 446 de 1998, en tanto define la conciliación, así:

“ARTICULO 64. DEFINICION. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.” (negrillas no son del texto)

El artículo 23 de la Ley 23 de 1991, a su vez, la definía diciendo que *“Para los efectos de esta Ley se entiende por conciliación al acto por medio del cual las partes ante un funcionario competente, y cumpliendo los requisitos de fondo y de forma exigidos por las normas que regulan la materia, llegan a un acuerdo que evita el que éstas acudan a la jurisdicción...”*.

La conciliación de que trata la citada ley es, entonces, un acuerdo al que llegan las partes de un eventual proceso judicial respecto de los puntos o asuntos que podían constituir las cuestiones litigiosas, con la intervención de un tercero. Se está entonces ante la conciliación prejudicial, de allí que en las consideraciones de la Instrucción se diga que *“Para expresar, en ejercicio del poder de instrucción, el criterio de la Superintendencia de Notariado y Registro es necesario examinar las leyes 446 de 1998, 23 de 1991 y 640 del año 2001, junto con los decretos que las reglamentan.”* (Destacado de la Sala)

En lo atinente a la connotación de cosa juzgada, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a distinguir dos clases de la misma, denominadas cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial, las cuales, siguiendo al tratadista EDUARDO J. COUTURE³, dependen o están determinadas por las circunstancias de la impugnabilidad y de la inmutabilidad del asunto

³ Couture J., Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ediciones Desalma; Buenos Aires, 15ª reimpression, 1988, pág. 418.

jurídico de que se trate, de suerte que habrá cosa juzgada formal cuando pese a que se han surtido o agotados los recursos, la eficacia de la decisión judicial es transitoria. *“Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo en presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse.”*, en voces del citado tratadista⁴; quien concluye que *“Existe cosa juzgada sustancial cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior”*.

Cabe entender, entonces, que la cosa juzgada que se le atribuye a la conciliación es tanto formal como sustancial, pues no se hace distinción alguna. Dicho de otra forma, lo acordado por las partes en las condiciones señaladas por la ley hace tránsito a cosa juzgada plena, debiéndose tener entonces que lo acordado o conciliado no es susceptible ni de recurso ni de modificación o mutación mediante un nuevo mecanismo procesal, salvo la situación de terceros directa e inmediata interesados en el asunto que no tuvieron la oportunidad de intervenir en la conciliación.

En ese orden, cabe decir que la conciliación y su correspondiente acta es equivalente o tiene la misma fuerza de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada plena respecto del asunto o diferencias objeto del acuerdo conciliatorio; de modo que cuando la ley señala que la conciliación tiene fuerza de cosa juzgada está diciendo que tiene materialmente fuerza de sentencia incontrovertible e irrevisable; pues las partes no pueden plantear o formular litigio sobre lo ya acordado, sino que lo que les está dado después del acuerdo es promover acción ejecutiva en caso de incumplimiento de alguna de las partes. La cosa juzgada es entonces respecto de las obligaciones que adquieren y derechos que se reconozcan mutuamente.

Pero ello no significa que sea una providencia judicial, puesto que no constituye una decisión o pronunciamiento de una autoridad judicial y menos en un proceso litigioso, y que para efectos del registro o inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, se les deba dar el mismo tratamiento que la ley prevé para las decisiones o sentencias judiciales en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles, por cuanto sustancialmente se está ante un acuerdo de voluntades de sujetos o personas en el contexto del derecho privado, cuyo contenido justamente es la delimitación y aceptación de obligaciones mutuas, según se desprende del artículo 80 en comento.

Al respecto, se observa que en materia civil y, en particular, sobre derechos reales, el artículo 2º del Decreto 1250 de 1970 establece que están sujetos a registro *“1. Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar,*

⁴ *Ibidem*, pàg.416.

traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario. 2.(...)"

Por otra parte, según el Decreto 960 de 1970, "por el cual se expide el estatuto del notariado", la escritura pública en unos casos tiene carácter de requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem*, y en otros, solamente *ad probationem*.

Es así como el artículo 13 del Decreto 960 de 1970 establece que "*La escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo*".

Su artículo 12 dispone que "*Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad*", de suerte que en esos casos viene a ser una solemnidad del respectivo acto, un requisito *ad solemnitatem*, por ende necesario para que el acto jurídico se perfeccione o nazca a la vida jurídica.

En sentencia de 18 de abril de 1996, la Sección Segunda de esta Corporación, dice que "*La ley ha definido cuales declaraciones de voluntad deben constar en instrumento público, también llamado escritura publica, como requisito ad substantiam actus y ad probationem "que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidos ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo", tales como los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles por lo cual ha regulado su proceso de perfeccionamiento, que consta de las etapas de recepción, extensión, otorgamiento y autorización (artículo 13, D.L. 960 de 1970).*"⁵

La Sala entiende que los "*actos*" y "*contratos*" a que se refieren los comentados artículos 12 y 13 del Decreto 960 de 1979 comprenden los actos de que habla el artículo 2º del Decreto 1250 de 1970, todos los cuales se realizan ante notario, luego los indicados en este último artículo no comprenden los acuerdos plasmados en actas de conciliación, por no realizarse ante notarios, sino ante terceros que ofician como conciliadores, por lo cual tendrán que convertirse en declaraciones emitidas ante el Notario, en lo concerniente a la situación jurídica de bienes inmuebles y en cumplimiento de las obligaciones que al respecto se determinen en el acta de conciliación.

Al punto, se ha de considerar *providencia judicial* la decisión que emana de alguien que ejerce autoridad o función jurisdiccional, que en su pronunciamiento actúa como juez; y en razón de que el acta que contiene un acuerdo de conciliación no emana de juez alguno, sino que tal contenido es justamente un acuerdo, por lo demás entre particulares o sujetos que en el marco del derecho privado actúan en su propio interés y como parte, no sometido a

⁵ Sentencia de 18 de abril de 1996, expediente núm. 6788, Sección Segunda, C. P. Dr. Carlos Arturo Orjuela.

aprobación posterior por autoridad judicial, antes que *providencia judicial*, lo que constituye es un acto bilateral, luego el tratamiento que se le ha de dar es el que la norma prevé para los actos de los particulares en materia de registro de instrumentos públicos.

De modo que por el carácter de acto de personas particulares que tienen los acuerdos que se plasman en las actas de conciliación, el cumplimiento de esos acuerdos debe "*celebrarse por escritura pública*" en tanto *impliquen constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario*, luego no están sujetas a registro de manera directa, debido a que lo acordado consiste en obligaciones de celebrar a posteriori y ante notario alguno de los actos que tienen tales implicaciones.

Por consiguiente, la regla general respecto de las actas de conciliación que contengan acuerdos de las partes, es la de que si las obligaciones definidas comportan actos que tienen las implicaciones señaladas en el artículo 2º del Decreto 1250 de 19790, deben ser elevadas a escritura pública en lo pertinente para el posterior registro del acto protocolizado mediante escritura pública.

En ese contexto, la **conclusión 1** de la instrucción acusada no resulta incompatible con los artículos 80 de la Ley 23 de 1991 y 66 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1250 de 1970 en cuanto excluye del registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y las sujeta a la previa protocolización, las actas de conciliación extrajudicial en materia civil en las cuales consten acuerdos en relación con derechos reales sobre inmuebles, puesto que, en primer lugar, no es cierto que el mencionado artículo 80 le otorgue la condición de título traslativo de dominio a esas actas y, en segundo lugar, el carácter de cosa juzgada y de título ejecutivo no les da esa condición.

En resumen, los cargos no tienen vocación de prosperar por no estar demostrada la violación de las normas invocadas en ellos, de donde se han de negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

NIEGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad de la Instrucción 05 de 5 de febrero de 2004, emanada del Superintendente de Notariado y Registro, que presentó la ciudadana **DIANA MARIA GONZALEZ PINILLA**.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 19 de marzo de 2009.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente con permiso