

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: Doctor **RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación núm.: 6600123310002004**00608** 01

Actor: **PASTOR AUGUSTO MORALES MONSALVE**

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 15 de febrero de 2007, del Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual declara no probadas las excepciones propuestas y niega las súplicas de una demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Cabal.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El ciudadano **PASTOR AUGUSTO MORALES MONSALVE**, mediante apoderado, presentó demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Risaralda para que accediera a las siguientes:

1.1. Pretensiones

Primera: Declarar la nulidad de la Anotación num. 11 en el folio de matrícula 296 - 44433 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Cabal, fechada 6 de enero de 2004, por la cual se registró el auto 410-2998 de 17 de abril de 1998, comunicado con oficio de 19 de diciembre de 2003, ambos de la Superintendencia de Sociedades, con los cuales ésta ordenó cancelar la constitución de un usufructo sobre la finca El Refugio.

Segunda: Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la parte demandada a cancelar la referida inscripción 11, dejando vigente la anotación 009 de 24 de junio de 1996, por la cual se constituyó el derecho de usufructo sobre el inmueble distinguido con el folio de matrícula 296-44433, y condenarla al pago de las costas del proceso.

1.2. Los hechos

Están referidos a los antecedentes del auto 410-2998 de 19 de diciembre de 2003, de la Superintendencia de Sociedades, que ordenó cancelar la constitución de un usufructo sobre la finca El Refugio, proferido dentro del proceso concordatario obligatorio de la sociedad de responsabilidad limitada “Compañía de Granos Ltda.” adelantado por dicha Superintendencia “en los términos del Decreto 350 de 1989” (folio 7), auto contra el cual dice que interpuso extemporáneamente el recurso de

reconsideración, el cual no obstante le fue resuelto con auto 410-3285, notificado por estado el 5 de mayo de 1998.

El actor sostiene que el auto 410-2998 de 19 de diciembre de 2003 es un acto administrativo, y como tal quedó en firme para el 28 de abril de 1998 cuando solicitó su reconsideración, razón por la cual entre esa fecha y el 28 de abril de 2003 se cumplieron los cinco (5) años de que trata el artículo 66 del C.C.A y por ende en esta última fecha perdió su fuerza ejecutoria.

Que el registrador, al inscribir dicho auto incurrió en vicios que afectan la validez del acto de dicha inscripción, como son violación de norma superior, falsa motivación y expedición irregular, y que ese acto de anotación no le fue notificado al actor.

1.3. Indicación de normas violadas

El memorialista invoca como tales los artículos 1, 2 y 29 de la Constitución Política, 14, 28 y 66 del C. C.A., por razones que se sintetizan en que el Registrador de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Cabal desatendió los principios y postulados consagrados en las citadas normas constitucionales por no tener en cuenta que el oficio tenía más de cinco (5) años de haber quedado en firme, y no haber comunicado la inscripción al afectado.

Por lo anterior se incurrió en falsa motivación por haberse desconocido la legalidad de la actividad administrativa y los principios que se derivan

de los derechos y garantías sociales, además de que el oficio 441-081805 de la Superintendencia señala que el numeral segundo del auto 410-2998 ordenó oficiar a la oficina de registro de instrumentos públicos de Santa Rosa de Cabal para solicitar la cancelación del registro del usufructo, afirmación totalmente ajena a la realidad, pues lo ordenado fue la cancelación del usufructo a la sociedad en concordato, dándose así un supuesto falso para la inscripción de dicha cancelación.

Hubo expedición irregular, ya que el Registrador de Santa Rosa de Cabal debió abstenerse de inscribir el auto por el mero hecho de haber perdido su fuerza ejecutoria y por no solicitar a la Superintendencia la constancia de vigencia del mismo, de modo que lo que inscribió fue un acto no obligatorio, y no le comunicó al actor la situación para que se pronunciara o al menos tuviera conocimiento de ella.

II. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue notificada a la Superintendencia de Sociedades, como tercera vinculada al proceso y la a Superintendencia de Notariado y Registro como parte demandada, la primera de las cuales fue la única que contestó la demanda, así:

La Superintendencia de Sociedades sostiene que si bien la demanda se centra en el acto de registro, también se alude al auto que ella profirió y que fue objeto de ese registro, el cual es un acto jurisdiccional que dictó con base en las normas legales aplicables al caso, y cualquiera que sea el resultado que arroje la demanda en nada se deben ver afectados sus intereses como erróneamente se pretende, a pesar de no ser la encausada

directamente, para lo cual basta ver el expediente judicial y, principalmente, el poder.

Aclara que el Decreto 350 de 1989 tuvo vigencia hasta la promulgación de la Ley 222 de 1995, cuyo artículo 237, numeral 1º, debió aplicarse por incumplimiento del acuerdo concordatario celebrado, decretando su terminación y pasando a la consecuente liquidación obligatoria.

Propone las excepciones siguientes:

- De caducidad de la acción, toda vez que el auto que resolvió el recurso de reconsideración contra el auto 410-002998 le fue notificado el 5 de mayo de 1998, el término que tuvo para demandarlo se venció el 6 de septiembre de ese año, en tanto que la demanda la presentó el 6 de mayo de 2004, o sea mucho después de vencidos los 4 meses señalados en el artículo 136 del C.C.A.

- Culpa de la víctima, debido a que el referido auto fue proferido por la conducta del actor, la cual era atentatoria de los demás acreedores en el concordato.

- Indebido agotamiento de la vía gubernativa, porque las razones de la defensa ahora esgrimidas no fueron discutidas en sede administrativa.

- Insuficiencia de poder, toda vez que sólo fue concedido para demandar a la Superintendencia de Notariado y Registro y no a la de Sociedades.

- Ineptitud de demanda, porque no se indica en qué consistió la violación.

- Falta de jurisdicción, por cuanto el auto acusado es de carácter jurisdiccional, cuyo control no le

corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

III. LA SENTENCIA APELADA

El a quo, después de recapitular la situación procesal y la actuación administrativa pertinente, desestimó las excepciones propuestas por la tercera interviniente en el proceso, empezando por la de falta de jurisdicción, al observar que el acto demandado es la anotación 11 de 6 de enero de 2004 en el folio de matrícula inmobiliaria 296 -44433, y no el auto objeto de dicha anotación, que como acto administrativo es de competencia de esta jurisdicción; por lo mismo no hay caducidad de la acción, ya que la acción fue intentada dentro de los 4 meses respectivos.

La concerniente a la falta de agotamiento de la vía gubernativa la encuentra infundada por no ser obligatorio recurso alguno contra el acto de registro.

La de inepta demanda la desestima en razón a que encuentra que el actor sí ha indicado en qué consiste la violación de las normas invocadas en la demanda.

Además, encontró que el poder estuvo bien otorgado y dirigido a la persona que efectivamente ha sido demandada, la Superintendencia de Notariado y registro.

Finalmente, considera que la relativa a la culpa de la víctima es asunto que corresponde al fondo del asunto, por tratarse de una oposición de mérito.

Sobre el fondo del asunto, concluye que el auto Nro. 410-2998 de 17 de abril de 1998 no es acto administrativo, sino de carácter jurisdiccional por haber sido proferido por autoridad investida de funciones de este carácter, por ende no aplica para el mismo la figura de la pérdida de la fuerza ejecutoria prevista en el artículo 66 del C.C.A., ya que ella sólo opera respecto de los actos administrativos.

Que el acto de registro acusado surge de una orden impartida por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de función jurisdiccional, que se encontraba en firme para la época en que se efectuó la anotación, resultando así ajustada a derecho.

En consecuencia, dio como desvirtuados los cargos de la demanda y negó las pretensiones de la misma.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La sentencia fue apelada por la parte demandante cuyos motivos de inconformidad se resumen así:

La sentencia se abstuvo de analizar los argumentos de la demanda, especialmente lo relacionado con el tránsito de legislación, los precedentes jurisprudenciales constitucionales, según la cual se dio la ultractividad del Decreto 350 de 1989, cuya

vigencia se extendió en virtud del artículo 237 de la Ley 222 de 1995, así como la distinción clara entre los actos administrativos y jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades.

Al respecto hace las siguientes precisiones:

*El artículo 6º, ordinal 3º, del Decreto 350 de 1989, reproducido por el 98, ordinal 3º, de la Ley 222 de 1995, establece que los actos ejecutados en contravención suya “**serán ineficaces de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial**”, luego según ambas normas la ineficacia no requiere declaración judicial, por lo tanto el auto o acto que así lo declare es administrativo, es decir, que tales normas le quitan a esos autos sobre ineficacia la calidad de judiciales o jurisdiccionales, y no indican que sean disciplinarios o fiscales, quedando sólo la naturaleza administrativa, según lo determinó la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad de normas del Decreto 350 de 1989.*

Seguidamente alude a las sentencias de 31 de agosto de 1989 y 15 de abril de 1991 de la Corte Suprema de Justicia, C-233 de 1997 de la Corte Constitucional, y de 27 de marzo de 1999, expediente 1023, del Consejo de Estado, sobre el la delimitación de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades.

Finalmente se refiere a la transición normativa entre el Decreto 350 de 1989 y la Ley 222 de 1995, la cual sólo se aplicó al caso en concreto a partir del 10 de junio de 1999, por haber fracasado el concordato, que a su vez había sido admitido el 19 de junio de 1996, un día antes de entrar en vigencia dicha ley, luego entre una y otra fecha estuvo regido por el citado decreto.

En atención a lo anterior solicita que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de su demanda.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la Superintendencia de Sociedades, única que se pronunció en esta oportunidad, reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda sobre el carácter jurisdiccional del auto objeto del acto de registro demandado, así como las excepciones que entonces propuso, y aclara que la orden que dio mediante dicho auto para que se cancelara el usufructo constituido, fue preciso recordársela al Registrador mediante oficio 441-081805 de 2003, en vista de que la sociedad y su representante legal, entiéndase el demandante, no habían realizado actividad alguna ante la oficina de registro a fin de que se procediera a cancelar el registro de ese usufructo.

Por consiguiente solicita que se confirme la sentencia apelada que niega las pretensiones de la demanda.

IV. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

V. CONSIDERACIONES

1ª. Las excepciones propuestas

La Sala coincide enteramente con el a quo respecto de las excepciones propuestas por la Superintendencia de Sociedades en su calidad de tercera interesada en el asunto, pues todas se caen de su peso por la sola circunstancia de que el acto objeto de la presente acción no es el auto suyo que dio lugar al acto de registro que sí es el que persigue o acusa el actor.

En efecto, dichas excepciones las formula sobre la premisa de que lo atacado en la demanda es su auto 410-2998 de 19 de diciembre de 2003, cuando lo demandado es la anotación num. 11 en el folio de matrícula 296 - 44433 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Cabal, fechada 6 de enero de 2004, debiéndose entender que en realidad es el correspondiente acto de registro lo que se pide anular.

Luego no hay lugar a predicar caducidad de la acción contra dicho auto, pues no es el demandado, y por lo mismo tampoco las demás situaciones inhibitorias de la acción como el indebido agotamiento de la vía gubernativa; la de insuficiencia de poder por no estar mencionada en él la Superintendencia de Sociedades, la de falta de jurisdicción y de ineptitud de la demanda.

En lo que corresponde a la excepción de culpa de la víctima, es una circunstancia que hace parte del fondo del asunto y como tal no tiene la virtud de enervar la acción, sino de incidir en el sentido de la decisión que se profiera en la respectiva instancia.

2º El acto acusado

Como está dicho, se trata de la anotación No. 11 en mención, de modo que en realidad se está demandando el acto administrativo de registro correspondiente a dicha anotación, acto que tiene como documento o instrumento fuente el aludido auto 410-2998 de 17 de abril de 1998, visible a folios 102 a 105, cuaderno 1, comunicado con oficio de 19 de diciembre de 2003 (folio 43 cuaderno 1), y como contenido la cancelación de la constitución de usufructo que había sido inscrita en la anotación No. 9, por ende también se cancela ésta anotación.

Tal usufructo había sido constituido por la sociedad COMPAÑÍA GRANOS LTDA., pese a estar dentro de un proceso concordatario, sobre un inmueble de su propiedad que había recibido como aporte social, denominado en ese entonces El Refugio, antes Finca La Mariela. El usufructo fue constituido a favor del actor, quien era socio de dicha compañía y a la vez fue quien le aportó dicho predio.

3º. La cuestión litigiosa

Se ha precisado que la censura a dicho acto de registro se fundamenta en que, a juicio del actor, lo que en él se inscribió no tenía vigencia por tratarse de un acto administrativo que había perdido fuerza ejecutoria en virtud de haber transcurrido más de cinco (5) años desde cuando quedó en firme (artículo 66, numeral 3, del C.C.A.).

El debate procesal se ha centrado así en si el auto inscrito es un acto administrativo, como lo aduce el actor, o en un acto jurisdiccional, como lo sostienen la Superintendencia de Sociedades y el *a quo*.

Por consiguiente, en principio, esa sería la cuestión primeramente a dirimir en la instancia.

Sin embargo, y sin soslayar dicha cuestión, la Sala encuentra que bajo ninguna circunstancia tiene asidero el argumento del actor, pues aceptando en gracia de discusión el carácter de acto administrativo de dicho auto, que no lo es como seguidamente se precisa, no sería susceptible de la causal de pérdida de la fuerza ejecutoria que le atribuye, puesto que en él no se crea obligación alguna a cargo de persona determinada cuyo cumplimiento interese o a la Superintendencia, y para lo cual ésta pueda adelantar actividades tendientes a su ejecución.

Con dicho auto no se hace más que advertir la ocurrencia de una situación jurídica de carácter civil y, por ende, sujeta al derecho privado, como fue la pérdida de eficacia de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial de los actos concernientes al usufructo, en virtud del artículo 6º, numeral 3º, inciso segundo, del Decreto 350 de 1989, "*por el cual se expide un nuevo régimen de los concordatos preventivos*", que era aplicable al proceso concordatario de la sociedad COMPAÑÍA GRANOS LTDA. por haberse iniciado antes de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995, "*Por la cual se modifica el Libro II del*

Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”, atendiendo su artículo 237, inciso segundo, en cuanto dispuso que “Los concordatos y las quiebras iniciadas antes de la entrada en vigencia de esta ley, seguirán rigiéndose por las normas aplicables al momento de entrar a regir esta Ley”.

En efecto, el citado artículo 6º, numeral 3, del decreto 350 de 1989 disponía:

“ARTICULO 6º. El juez en el auto que admita el trámite del concordato deberá:

(...)

3º. Prevenir al empresario que, sin su autorización, no podrá realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de los negocios de la empresa, ni constituir cauciones, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni reformas o fusiones cuando se trate de sociedades.

Los actos que se ejecuten en contravención a lo previsto en este ordinal, serán ineficaces de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”

En concordancia con ello se atendió el artículo 897 del Código de Comercio, a cuyo tenor *“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.*

De modo que dicho auto sustancialmente no está disponiendo nada nuevo o distinto de lo previsto en la ley, pues simplemente está reconociendo o poniendo en evidencia la ocurrencia por ministerio directo de la ley, de una situación jurídica de derecho privado que por su

objeto: un inmueble o bien raíz, tiene incidencia en el registro de éste, en los términos del Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos (Decreto ley 1250 de 1970), luego para los aspectos relativos a la efectividad de tal situación, entre ellos el de la oportunidad o término para su registro, se ha de atender la normatividad de dicho Estatuto, así como las normas especiales que los regulen, y no el C.C.A.

En este caso, se trató de una situación jurídica dada por ministerio de la ley, que el mismo actor acepta que no requiere declaración judicial y que implicó la extinción de otra situación jurídica de derecho privado, incluyendo el acto de registro del usufructo, dado en la anotación 9.

De suerte que sus efectos tienen la vocación de ser permanentes, de allí que por ello y por darse de pleno derecho, su efectividad en el registro era igualmente directa, luego podía hacerse la inscripción de la cancelación en cualquier tiempo y con la sola información o solicitud de cualquier persona interesada: la misma sociedad propietaria del inmueble - como se lo requirió la Superintendencia en dicho auto -, cualquiera de los interesados en el proceso concordatario o el juez del proceso concordatario, en este caso, la Superintendencia de Sociedades, con la acreditación de la ocurrencia de los supuestos generadores de esa situación extintiva, esto es, i) la existencia de un proceso concordatario en curso para la fecha en que se hubiere celebrado el acto jurídico afectado por la ineficacia en comento, que en este caso fue el de constitución del usufructo a favor del actor y socio de la usufructuante, mediante la escritura pública No. 1941 de 31 de mayo

de 1996, y ii), la falta de autorización del juez del proceso concordatario para la celebración de tal acto jurídico.

Incluso, la acreditación de esos supuestos era suficiente para tener como ineficaz de pleno derecho la anotación 9 en comento, o sea, el registro del usufructo.

De modo que con auto o sin auto de la Superintendencia de Sociedades, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del municipio de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, estaba llamada a tener como ineficaz de pleno derecho el registro de la susodicha constitución de usufructo tan pronto le fuera acreditada o tuviera conocimiento cierto de la ocurrencia de los supuestos previstos en el artículo 6, numeral 3º, del Decreto 350 de 1989, y a proceder a la anotación de su cancelación en el respectivo folio de matrícula.

Por consiguiente, el referido auto No. 410 2998, cuya fecha real es 17 de abril de 1998, que sirvió de soporte a la anotación 11 enjuiciada, en realidad no es acto administrativo definitivo, pues el mismo no es la fuente directa e inmediata de la situación jurídica de que en él se habla, ya que lo es la ley. Es un simple acto de ejecución dentro del proceso concordatario con el cual se advierte la aparición o surgimiento de dicha situación y se busca hacerla efectiva, requiriendo a la sociedad en concordato propietaria del inmueble para que procediera de conformidad a cancelar el registro del usufructo, y que ante la omisión de dicha sociedad, la Superintendencia procedió a ponerlo en conocimiento de la

Oficina de Registro para la de su competencia, por cierto en repetidas ocasiones.

Se trató entonces del registro de una situación jurídica surgida directamente de la ley: la cancelación por ineficacia de pleno derecho del registro del usufructo dado en la anotación 9 del indicado folio de matrícula inmobiliaria, teniendo como fuente un acto de ejecución dentro de un proceso concordatario, que valga precisarlo sustancialmente o materialmente es de carácter jurisdiccional tanto bajo las reglas del Decreto 350 de 1986 como de la Ley 222 de 1995, pues su objeto es un litigio o conflicto de derecho entre dos partes, el empresario y los acreedores, cuya solución está a cargo de un juez, el cual es en este caso la Superintendencia de Sociedades.

Bajo el artículo 60 de dicho decreto sólo la providencia de la Superintendencia de Sociedades que aprobaba el acuerdo celebrado entre el empresario y sus acreedores era demandable ante lo contencioso administrativo, por ende sólo dicho acto tenía por excepción el carácter de acto administrativo, pese a que sustancialmente o materialmente era, como lo sigue siendo, de contenido jurisdiccional.

Todos los demás actos del concordato preventivo eran de trámite según el artículo 60 del Decreto 350 de 1986, el cual señalaba que *“Los actos de la Superintendencia de Sociedades en el curso del concordato preventivo obligatorio son de trámite. No obstante, la providencia mediante la cual se apruebe el acuerdo celebrado entre el empresario y*

sus acreedores, que le pone fin a la actuación administrativa, podrá demandarse ante lo contencioso administrativo.”

Esa situación excepcional y atípica, donde lo formal no coincidía con lo sustancial, se corrigió con la Ley 222 de 1995, *“Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”*, ya que en virtud de su artículo 90 se dejó precisado que *“La Superintendencia de Sociedades asume **la función jurisdiccional** en uso de la facultad concebida en el artículo 116, inciso 3o. de la Constitución Política”*. y *“Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.”*

Por consiguiente, el auto en comento es un acto de ejecución dentro de un trámite sustancialmente jurisdiccional, pero aún en el supuesto de que fuera de naturaleza administrativa, como lo preveía el citado artículo 60, por el carácter de actuación administrativa que formalmente le daba, igualmente sería de ejecución, o a lo sumo de simple trámite, según ese artículo, y no el creador o la fuente directa e inmediata de la situación jurídica de que se da cuenta mediante el mismo, de allí que dicha situación no puede perder sus efectos por cuenta de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos prevista en el artículo 66, numeral

3º, del C.C.A., por no depender ni estar contenida en un acto administrativo.

En consecuencia, no se dan los vicios que el actor le endilga al acto de registro enjuiciado, puesto que dicho acto responde a una situación jurídica cierta según consta en autos y que el actor no ha desvirtuado, y se adecua a

esa situación, como quiera que aparece como la consecuencia lógica de la misma.

3. Conclusión

De lo antes expuesto se deduce que la sentencia apelada está acorde con la realidad procesal, de allí que la Sala ha de confirmarla, como en efecto lo 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

Primero.- CONFIRMASE la sentencia de 15 de febrero de 2007, del Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual declara no probadas las excepciones propuestas y niega las pretensiones de la

demanda presentada por el señor PASTOR AUGUSTO MORALES MONSALVE, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que se declarara la nulidad de la anotación 11 del folio de matrícula 296-44433 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Cabal.

Segundo.- En firme esta decisión y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 30 de julio de 2009.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
PIANETA**
Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO