

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 1

EFECTIVIDAD Y OPERATIVIDAD DE LA CONCILIACIÓN NOTARIAL COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

MÓNICA ALEJANDRA MEJÍA MEJÍA
E-mail: monicamejia.not@hotmail.com

LINA MARCELA OSORIO BOTERO
E-mail: lynaosorio@hotmail.com

2018

Resumen: En el presente artículo se pretende indagar la efectividad y operatividad de la conciliación notarial, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos; para ello, se parte de un rastreo sobre la trazabilidad de la naturaleza jurídica de la función notarial desde una perspectiva doctrinal, normativa y jurisprudencial; a su vez, se indaga por los diferentes asuntos conciliables en las notarías en Colombia con énfasis en asuntos sobre existencia, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; y por último, se señala la operatividad y efectividad del uso de la conciliación en algunas notarías de la ciudad de Medellín mediante un rastreo en campo basado en entrevistas semiestructuradas. Es esta una oportunidad, por tanto, para un abordaje doctrinal que permita poner en contexto la función conciliatoria de los notarios en Colombia, ante la amplia gama de asuntos sobre los cuales estos tienen conocimiento. Con el propósito de delimitar el objeto de estudio, además de llevar a cabo el respectivo estudio documental atinente al tema, de igual modo se desarrolla un trabajo de campo que implicó un rastreo de información, tomando como referencia algunas Notarías la ciudad de Medellín e indagando la manera como se adelantan los procesos conciliatorios en estas entidades.

Palabras claves: *Conciliación, Notario, Notaría, Superintendencia de Notariado y Registro, Trámite notarial, Conciliación ante notarios.*

Abstract: In this article, the aim is to investigate the effectiveness and operability of the notarial conciliation, as an alternative mechanism of conflict resolution; for this, it is part of a tracking on the traceability of the legal nature of the notarial function from a doctrinal, normative and jurisprudential perspective; at the same time, it is investigated by the different can be reconciled issues in the notaries in Colombia with emphasis on matters about existence, dissolution and liquidation of the patrimonial society between permanent companions; and finally, the operability and effectiveness of the use of conciliation in some notaries in the city of Medellín is indicated by a field search based on semi-structured interviews. This is an opportunity, therefore, for a doctrinal approach that allows putting into context the conciliatory role of notaries in Colombia, before the wide range of issues on which they have knowledge. In order to delimit the object of study, in addition to carrying out the respective documentary study related to the subject, a field work was also developed that involved a tracking of information in the field, taking as reference some Notaries the city of Medellín and investigating the way in which conciliatory processes are advanced in these entities.

Key words: *Conciliation, Notary, Notary, Notary and Registry Superintendent, Notarial Procedure, Conciliation before notaries.*

INTRODUCCIÓN

La conciliación extrajudicial, como mecanismo alternativo de solución de

conflictos, es un medio rápido para solucionar las controversias, evitando un prolongado proceso litigioso; por medio de ella se busca un acuerdo justo para las partes,

sin perder la autonomía de la voluntad, ejecutando sus acuerdos conforme a la ley y satisfaciendo así sus intereses.

Los seres humanos son propensos a ser conflictivos y a raíz de ello el legislador creó la Ley 640 del 2001, con la cual se ha tratado de generar un cambio de mentalidad y de actuar, pues permite que los problemas puedan ser resueltos por mecanismos alternativos sin la intervención del poder judicial, pero que a su vez estos tengan una validez jurídica.

Con fundamento en el artículo 64 actualmente vigente de la Ley 446 del 7 de julio de 1998, incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (Decreto 1818 de 1998, art. 1), se establece lo siguiente: “La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a

través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

La Corte Constitucional, por su parte, define la conciliación como:

un medio no judicial de resolución de conflictos mediante el cual las partes con una diferencia susceptible de transacción llegan a un acuerdo, con la presencia activa de un tercero conciliador objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por aquellos o por él mismo y buscar la forma de encontrar soluciones y de superar el conflicto de intereses entre ellos existente (Sentencia 248 de 1999 Magistrado ponente el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

No obstante lo anterior, es importante destacar que, según lo preceptuado por el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, cuando se hace alusión a los requisitos de procedibilidad en cuestiones de familia, se traen a colación una serie de asuntos sobre

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 3

los cuales se sobreentiende que entre las partes no puede haber lugar a conflictos o diferencias y, por tanto, no existen partes opuestas; sin embargo, suceden aspectos que se concilian en familia, como por ejemplo la custodia, el régimen de visitas, la declaratoria de la unión marital, entre muchos otros, y es allí precisamente donde la conciliación notarial entra a jugar una función importantísima, que es la que se quiere defender en el presente artículo.

En la actualidad se hace necesario ayudar con la implementación y desarrollo de una manera distinta de solucionar las controversias; se sabe que los conflictos pueden transformarse en una cuestión positiva y que el bien común debe prevalecer, y es allí donde se entra a analizar la eficacia y operatividad de la resolución del conflicto a través de la conciliación notarial.

La función notarial está al servicio del derecho y no de alguna de las partes; por tanto, la labor de asesoría o de consejo que en algún momento pueda desarrollar el Notario debe encaminarse a alcanzar la conciliación entre puntos de vista dispares, guardando la mayor imparcialidad.

El notario es la persona que, reuniendo las condiciones personales señaladas en la Ley, es designada para el cargo, bajo las condiciones de la carrera notarial, la diferencia de la categoría no implica diferencia en las funciones notariales, pues para este efecto el notario, cualquiera que sea la categoría del Círculo para que fue nombrado y en el cual actúa, tiene las mismas atribuciones y facultades; han sido estos precisamente encargados de la fe pública, y conforme a los constantes cambios

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 4

en materia legislativa se les ha ido concediendo muchas más competencias. Es más, se ha creído conveniente por parte del legislador que al notario se le puede conferir la competencia conciliadora y que puede ser igualmente un intermediario de las partes que busca, especialmente, solucionar el conflicto sin que haya necesidad de que éste se convierta en un proceso jurisdiccional.

A pesar de los compromisos que se le han venido encomendando al notario, la actual dinámica social requiere que se sigan desarrollando dentro del marco jurídico general nuevas competencias para este funcionario.

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 (art. 116) se comenzó a dar forma al primer cimiento de la figura de la conciliación en cabeza de los notarios; luego,

con la Ley 640 de 2001 el legislador les confirió abiertamente la competencia a los notarios en ciertas áreas como familia, civil y comercial.

Precisamente a partir de la estructuración suministrada al notariado colombiano en la Ley 640 es que se ha venido fortaleciendo la función notarial con las distintas funciones que inicialmente les estaban encomendadas sólo a los jueces, y todo ello con el fin de descongestionar el accionar de estos, además de que se trataba de actuaciones no jurisdiccionales.

La doctora Myriam Guerrero de Escobar expone el tema de la función pública notarial en la Sentencia del Consejo de Estado del 26 de octubre de 1990. Así, queda claramente definido en dicha providencia que la función que despliegan los notarios es, por su

condición, una función pública; se trata de uno de los servicios públicos denominados como de la esencia del Estado y por esta razón, al ejercerse una función pública, las decisiones que se declaren y las actuaciones que se efectúen se pueden controvertir ante la jurisdicción contencioso-administrativa; por tanto, la responsabilidad propia del funcionario no tiene la posibilidad de prescindir la que corresponde por el mismo hecho a la entidad pública a la cual se encuentra vinculado o en cuyo nombre actúa.

En materia conciliatoria, la actuación notarial se rige bajo una serie de principios fundamentales para el ejercicio de su función pública, entre ellos la fe pública, la forma, la inmediatez, la rogación, el consentimiento, la seguridad jurídica, la autenticación y la publicidad; principios que se deben aplicar

en todo el haber notarial; para el estudio que hoy nos aplica son de estricto cumplimiento.

Es entonces con la entrada en vigencia de la Ley 640 de 2001 que se les confiere a los notarios la potestad de ser conciliadores con respecto a la conciliación extrajudicial en derecho, sirviendo como centros de conciliación las notarías, garantizando la prestación del servicio a la comunidad y la satisfacción de necesidades de conformidad con las garantías que rezan en la Constitución Política; siendo este un “mecanismo de solución 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” (Escudero, 2002, p. 46); en concordancia con los planteamientos anteriores, se indaga, por tanto, si son las notarías son el escenario idóneo para la

resolución del conflicto a través de la conciliación notarial, si las personas acuden a las notarías para realizar o no procesos conciliatorios, es decir, si se recurre a esta figura de manera permanente por parte de la ciudadanía, para lo cual se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta problematizadora: **¿qué tan efectiva y operativa es la conciliación notarial como mecanismo alternativo de la resolución de conflictos?**

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

El derecho notarial está conformado por un conjunto de disposiciones normativas, reglamentos administrativos y sentencias judiciales que regulan la función constitucional y legalmente confiada a los notarios. Sin embargo, este conjunto

normativo que regula la actividad notarial se encuentra disgregado en el ordenamiento jurídico del país y, por tanto, es difícil considerar que dicha actividad tenga un fundamento jurídico propio; de hecho, muchas de las disposiciones que sustentan el ejercicio de la actividad notarial se encuentran en diferentes reglamentaciones tales como el Código Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Código de Comercio, entre otros, de tal manera que el estudioso de esta área del derecho es quien se encarga de reunir y compilar coherentemente dichas disposiciones notariales.

De acuerdo con Vargas (2005), la función más esencial del derecho notarial es prestar legitimidad, seguridad y publicidad a actividades voluntarias de derecho realizadas entre particulares, como son la formalidad de

escritura pública o del reconocimiento de firma, constituyéndose en manifestación que da fe de la voluntad negocial de las partes, necesaria para el surgimiento de obligaciones previstas normativamente, para aquellos negocios jurídicos que, por las implicaciones sociales o económicas que conllevan, la ley o la mismas partes han querido otorgarle esa solemnidad. Así mismo, el notario es auxiliar en la labor probatoria de los jueces y de la misma administración, de manera que, el derecho notarial sirve en la realización del orden jurídico en general, confiriéndole a un gran número de negocios jurídicos un sello externo de eficacia jurídica, asegurando con ello la legitimación general del derecho como fuente de paz social, permitiendo la guarda de estos actos y posterior prueba más confiable para la sociedad en general.

Por su parte, según Úsuga y Úsuga (2006), al hablar del carácter de la función notarial, parece que hoy en día es incuestionable su naturaleza pública, independientemente de la situación jurídica que ostente el notario; hacia ello se dirigen la mayoría de sus características: su origen constitucional y legal, su carácter de servicio público (art. 123, 131, 365 y 210 C.P.), el régimen de prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades para los notarios (art. 195 y s.s. del Decreto 960 de 1970), acceso por concurso legalmente regulado (art. 164 Decreto 960 de 1970), entre otras. Sin embargo, de ese carácter público nacen otras características particulares del notariado tales como su autonomía legal, empresarial y funcional (art. 8 del Decreto 960 de 1970, art. 3 de la Ley 29 de 1973 y art. 116 del Decreto 2148 de 1983), el origen de sus ingresos y la naturaleza privada de los fondos provenientes

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 8 de 8

de la prestación del servicio notarial (art. 8 Decreto 960 de 1970 y arts. 2, 3 y 4 de la Ley 29 de 1973).

La Corte Constitucional, sobre la naturaleza jurídica de la función notarial, ha señalado en la Sentencia C-741 de 1998, en la que se resolvió demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 29 de 1973 y artículos 45 a 147, 161 (parcial) y 164 del Decreto 960 de 1970, que el servicio notarial constituye no solamente un servicio público, sino además una función pública.

Otro aspecto que está ligado a la esencia de la función notarial es el carácter de funcionario público o de particular que ostenta el notario. Al respecto, destaca Aramburu (1999), si se echa un vistazo a la historia normativa colombiana, es posible

establecer que el sistema jurídico colombiano ha sido bastante ambiguo en la materia.

El artículo 1° del Decreto 960 de 1970 le otorgaba categoría de función pública al notariado, al señalar que implicaba el ejercicio de la fe notarial, y por conclusión de que la fe notarial era pública y la función notarial también lo era; así mismo señalaba en su artículo 2° que la función notarial no era compatible con la práctica de autoridad o jurisdicción. Ese mismo año, en 1970, fue modificado este artículo por la Ley 2163, en la cual, específicamente, se estableció que el notariado era una función pública, prestada por los notarios y que implicaba el ejercicio de la fe notarial; luego la Ley 29 de 1973 derogó la disposición anterior y dispuso que el ejercicio del notariado era un servicio público que se prestaba por parte de los notarios e implicaba la práctica de la fe

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 9 de 9

notarial; así mismo, que la retribución de estos la constituirían las sumas de dinero que recibieran por parte de los usuarios por la prestación de sus servicios; posteriormente, en la Constitución de 1991, con el artículo 131, se otorgó a la ley la regulación del servicio público que prestan los notarios y se definió el régimen laboral para los empleados de estas dependencias, al mismo tiempo se le asignó al Gobierno Nacional la tarea de crear, eliminar y unificar los círculos notariales y decidir sobre la cantidad de notarías y oficinas de registro.

De otro lado, se encuentran los artículos 210, inciso 2°, señalando que: “los particulares pueden cumplir funciones públicas”, el artículo 123, que asignó a la ley la precisión del régimen aplicable a los particulares que de forma temporal realicen funciones públicas y el artículo 365 que

asignó al Estado, a las comunidades organizadas o a los particulares la posibilidad de prestar servicios públicos en forma directa o indirecta.

Finalmente, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado comparten la misma tesis en cuanto a la naturaleza jurídica del notario. El Consejo de Estado, en Concepto 1085, de 25 de febrero de 1998 se adhirió al criterio de la Corte Constitucional, aunque señaló que éste no es cualquier particular. Ambas autoridades ratifican la calidad de particular que tiene el notario, cuando lo incorporan dentro de la modalidad de administración pública de descentralización por colaboración.

Así mismo, aclara el concepto en mención que:

Los notarios tampoco son simples particulares que cumplen funciones públicas. Las particularidades anotadas – y otras como el precepto sobre retiro forzoso, el régimen disciplinario de la Ley 200 de 1995, aplicable también a particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente y los horarios de servicio – lo sitúan en una condición sui generis en el régimen institucional colombiano. Algunos de esos distintivos y el ejercicio de la función notarial, que implica el de la fe pública, los convierte en particulares investidos de potestades, que provienen del Estado y están sujetos a normatividad que emana de la Constitución o de la Ley; además, como responsables de la oficina a su cargo, tienen poder de mando sobre sus empleados, administran los dineros que provienen de los usuarios y administran libros y archivos que son bienes de la Nación (Concepto 1085 del 25 de febrero de 1998).

Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-286 de 1996, en relación con la temporalidad o no del ejercicio de funciones públicas de los particulares, señala que el hecho de que mediante la ley se haya confiado función pública a los notarios, no se vulnera la permanencia de dicha función, ya que no todas las atribuciones de esa índole

tienen carácter de temporales. Al respecto, puede señalarse lo siguiente:

No obstante, ante la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de función pública por particulares – tales son los casos de los notarios (artículo 131 C. P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C. P.), entre otros, no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas (Corte Constitucional, 1996, C-286).

A manera de síntesis, los notarios, de acuerdo con lo que se acaba de referir, comportan un carácter dual de realizar una función pública confiada a personas que tienen un status jurídico de particulares, correspondiente al de descentralización por colaboración; así mismo, carecen de vínculo laboral con el Estado en la medida en que para la prestación de su servicio se atienen a tarifas legales, con cuyo producto deben

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 11 de 11</p>

sostenerlo y responder por los salarios y prestaciones sociales de los empleados a su cargo; finalmente, para su nombramiento en propiedad se someten a concurso de méritos, salvo los casos de provisionalidad, y la asignación para asumir competencia en determinados círculos notariales depende de estos resultados, siendo nominados por el Presidente de la República o por los Gobernadores, según sea la categoría que haya integrado en virtud del concurso.

**2. DIFERENTES ASUNTOS
CONCILIABLES EN LAS NOTARÍAS
EN COLOMBIA CON ÉNFASIS EN
ASUNTOS SOBRE EXISTENCIA,
DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA
SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE
COMPAÑEROS PERMANENTES**

Según lo señalado en la Ley 640 de 2001, se asignaron a los notarios una serie de facultades para actuar como conciliadores, en cuanto a la conciliación extrajudicial en derecho; de este modo, el notario puede ejercer su función como conciliador debido a la facultad que le otorga la Ley y en actuación del cargo que ostenta.

Según lo establece el artículo 19 de la Ley 640 de 2001, es posible “conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios”.

De este modo, los notarios conciliadores, no pueden atender cuestiones de naturaleza laboral ni tampoco del ámbito contencioso administrativo; igualmente pueden conocer

de aquellos temas que no permitan desistimiento, transacción o acuerdo, como por ejemplo los de carácter esencialmente público, el estado civil de las personas, los derechos reales personales, entre otras materias.

El requerimiento de conciliación presentado por quien o quienes estén interesados en este tipo de mecanismos para resolver una controversia no tiene ninguna formalidad; sin embargo, se considera que una petición de conciliación debe contener las mismas peculiaridades que posee una petición particular. Una vez acogida la petición de conciliación, el notario procederá a analizar si la cuestión puesta en su conocimiento se puede o no conciliar, según lo establecido por la ley.

Si no es conciliable el asunto, entonces del notario conciliador deberá remitir un documento que así lo declare. Ahora, si el asunto sí es conciliable, entonces deberá comenzar por hacer una citación a audiencia de conciliación, la cual debe procurarse en el menor tiempo posible, aunque es de anotar que deberá efectuarse dentro de los tres meses subsiguientes a la presentación de petición. Las partes, por mutuo acuerdo, pueden extender este plazo si se tiene en consideración que existen arreglos que demandan mucho más tiempo para que puedan alcanzarse.

Son diversos los asuntos que se pueden conciliar ante un notario. Así por ejemplo, en materia civil están los relacionados con contratos de compraventa, arrendamiento, permuta, entrega y saneamiento del bien, daños ocasionados y, en general, todo lo

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 13

atinente al no cumplimiento de obligaciones de las partes del contrato; igualmente, están los aspectos referentes a las servidumbres y limitaciones correspondientes a la propiedad; así mismo, están las cuestiones relacionadas con el pago del derecho de mejoras; y a su vez, algunos casos de responsabilidad civil.

En materia comercial, están los aspectos concernientes con respecto a la terminación, prórroga y renovación del contrato de arrendamiento de locales comerciales; también los asuntos relacionados con el incumplimiento, entrega del bien, saneamiento del bien y perjuicios ocasionados en los contratos de compraventa; igualmente están las controversias sobre responsabilidad civil y asuntos de los socios que tangan que ver con la conformación, término, disolución y liquidación de sociedades comerciales.

Y en materia de familia están los asuntos atinentes a la custodia y régimen de visitas de niños, niñas y adolescentes y de incapaces; igualmente, las cuestiones sobre las obligaciones en materia alimentaria; también sobre la declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la declaración de la sociedad patrimonial; de igual modo, están los aspectos sobre rescisión de la solicitud de las sucesiones y las liquidaciones de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial; asimismo, están las controversias relacionadas con capitulaciones matrimoniales; del mismo modo, los conflictos que se presentan entre esposos o compañeros por la orientación conjunta del hogar y entre progenitores por la autoridad ejercida o la patria potestad.

Dentro de los asuntos que no conciliables a través de notarios se destacan la acción penal, por ser ésta pública; sobre el estado civil de las personas, y las cuestiones atinentes a los bienes y derechos ajenos, o sobre derechos existentes.

De otra parte, existe la posibilidad de tramitarse la declaración de mutuo acuerdo mediante escritura pública ante notario, en relación con el procedimiento ordinario judicial para la misma declaración de existencia de la unión marital de hecho, frente a lo cual es apropiado relacionar esta figura con la del procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial jurisdiccional.

En el artículo 523 del Código General del Proceso se regula la liquidación de la sociedad conyugal por causa distinta de la

muerte de los cónyuges, lógicamente cuando el matrimonio se disuelve por muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por mutuo acuerdo de éstos elevado a escritura pública, no se requiere sentencia judicial que declare la disolución de la sociedad conyugal.

Cuando se trata de liquidación de las sociedades patrimoniales entre compañeros, a pesar de las diferencias jurídicas originadas entre el matrimonio y la unión marital de hecho, la Ley 54 de 1990 remite su procedimiento en la actualidad, a la Ley 1564 de 2012. En cuanto a la aplicación de este procedimiento, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-239 de 2004 y definió la acusación de inexequibilidad en forma parcial del artículo 7, inciso 2: “los procesos de disolución y liquidación de sociedad patrimonial entre compañeros”.

La Corte en las consideraciones de la mencionada providencia afirmó que no podía sostenerse que la norma fuera violatoria del debido proceso solamente porque previera diferentes situaciones, y respecto de estas señaló:

Es evidente que el proceso establecido en el título XXX, libro tercero del Código de Procedimiento Civil, supone que la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes haya sido declarada judicialmente, como lo prevé el artículo 2° de la ley.

Pero, al proceso de liquidación sólo podrá llegarse después de haberse declarado judicialmente la existencia de la sociedad patrimonial. Tal declaración, por no existir un trámite especial, deberá hacerse en un proceso ordinario.

También cuando la causa de la disolución sea la muerte de uno de los compañeros permanente, y exista la sentencia que prevé el artículo 2°, de la ley, que declare la existencia de la sociedad patrimonial, la liquidación podrá hacerse en el respectivo proceso de sucesión, como lo determina el artículo 6°.

Hay que entender, además, que si la sociedad se ha disuelto por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública, como lo prevé el literal c) del artículo 5°, también podrá seguirse el procedimiento

del título XXX del libro tercero del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, nada obsta para que los compañeros permanentes, siendo capaces civilmente y estando de acuerdo, liquiden la sociedad patrimonial por sí mismos, por escritura pública (Corte Constitucional, 2004, C-239).

Dadas las aclaraciones hechas por la Corte y atendiendo a las modificaciones que hizo la Ley 979 de 2005 a la Ley 54 de 1990, queda eliminada toda polémica en torno a la obligatoriedad de iniciar procedimiento jurisdiccional para obtener dichas declaraciones a fin de disolver y liquidar la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, toda vez que la nueva Ley autoriza en el artículo 2° modificador del artículo 4° de la Ley 54 de 1990, la declaración de existencia de la unión marital de hecho mediante escritura pública ante notario, y en acta de conciliación ante un Centro de Conciliación legalmente reconocido, casos que contemplan

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 16

lógicamente el mutuo acuerdo, y por sentencia judicial atendiendo a los medios ordinarios de prueba, obviamente refiriéndose a cuando haya controversia que impulse el trámite contencioso, lo que no obsta para que se acuda a esta instancia jurisdiccional habiendo mutuo acuerdo entre los compañeros, como se explicará más adelante.

De la misma manera, el artículo 1° de la Ley 979 de 2005 modificadorio del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, señaló en sus ordinales a) y b) los dos casos en que se entiende presunción de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y las mismas opciones que en la declaración de existencia de la unión marital de hecho para obtener su declaración, sólo que ya sea mediante sentencia judicial, escritura pública o acta de conciliación, debe acreditarse la unión

marital de hecho y que los compañeros permanentes se encuentran en alguno de los dos casos de presunción de existencia señalados en dicho artículo:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho (Ley 979 de 2005, art. 1).

A pesar de lo anterior, si los compañeros permanentes desearan por mutuo acuerdo obtener la declaración de la existencia de la unión marital y la de la sociedad patrimonial, pero quisieran hacerlo por sentencia judicial, habría que analizar su viabilidad interpretando los artículos 2 y 4 de la Ley 54 de 1990 modificados por el artículo 1 y 2 de

la Ley 979, que otorgan competencia en primera instancia a los jueces de familia, en estos asuntos. De conformidad con dichos artículos y teniéndose en cuenta que la Ley no señala nada sobre el proceso mediante el cual se podría solicitar, resulta pues de la habilidad del abogado hallar el más adecuado y del juzgador encontrarlo ajustado o no a derecho.

Para iniciar, habría que remitirse a los artículos del Código de General del Proceso relativos a los procesos, concluyéndose, en principio, que dicha declaración corresponde al procedimiento ordinario de mayor cuantía por no encontrarlo dentro de los asuntos tramitables mediante procedimiento abreviado, verbal, ni verbal sumario, aunque este tipo de procesos por su naturaleza se aplica a los casos donde hay controversia.

Otra opción resulta de lo que se puede analizar dentro del procedimiento civil especial, en cuanto al trámite de jurisdicción voluntaria, en atención al artículo 577 del Código General del Proceso, el cual señala que “se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:

9. Cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente”.

Al no existir un trámite especial para realizar este procedimiento de mutuo acuerdo entre los compañeros permanentes, y partiendo los fundamentos del procedimiento de jurisdicción voluntaria de carecer de intereses en conflicto, además de la norma en mención en la que encajarían estos asuntos, esta opción sería la que más aseguraría la economía procesal y la consecución efectiva de dicha declaración, de manera que no

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 18 de 18

tuviera que acudirse a un proceso ordinario cuando hay acuerdo entre las partes con el riesgo de que el juez la rechace por no existir demandado.

Considerando, a su vez, que dicha declaración es previa a la de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros, y requisito para la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, la segunda podría hacer parte de la demanda de declaración de existencia de la unión marital de hecho, solicitándose dentro de las pretensiones que consecuentemente se declare la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros. La opción de iniciar proceso ordinario contencioso, implicaría que en éste, el compañero demandado guarde silencio o se allane a las pretensiones de la demanda, a fin de que el juez se pronuncie en la sentencia, o también que se haga uso de la audiencia en

dicho proceso para conciliar aceptando las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, tratándose de la conciliación judicial y extrajudicial como requisito de procedibilidad cuando se pretenda la sentencia judicial de declaratoria de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre compañeros, inclusive si se pretende solicitar también su disolución y seguidamente liquidación, se hacía, con anterioridad a la Ley 979 del 2005, por disposición de la Ley 640 del 2001 modificatoria de la Ley 446 de 1998, de manera obligatoria, como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción ordinaria, antes de esta Ley sólo era posible que se acordaran por los compañeros permanentes mediante conciliación extraprocesal aspectos atinentes a iniciar una demanda conjunta y en proceso de jurisdicción voluntaria, pero no para que

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 19

fuera prueba de declaración de existencia, porque dicha conciliación no constituía sentencia.

Es por ello que la Ley 640 del 2001 determinó que era requisito de procedibilidad, de tal forma que si no se acreditaba la realización de la audiencia de conciliación y que aquella fue parcial o resultó fallida, debería ser rechazada de plano la demanda; así lo expresa el artículo 36 de dicha Ley: “la ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda”. Sin embargo, aunque se hubiera practicado conciliación extrajudicial, debía también practicarse la audiencia dentro del proceso, aunque no sería necesario practicar dentro de ésta la conciliación, pero sí las demás actuaciones que la Ley establece deben adelantarse durante dicha audiencia.

La conciliación en materia de declaración de unión marital de hecho y sociedad patrimonial, según señala Peñafort (2006), al referir el concepto del Ministerio de Justicia del 12 de mayo de 2003, sólo es dable cuando se incluyan en dicha acta los tres eventos a saber: unión marital de hecho, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial; no solamente la declaración de la unión marital de hecho, por aplicación del artículo 4 de la Ley 54 de 1990, en concordancia con el artículo 40 de la Ley 640 de 2001.

De acuerdo con esta apreciación, la autorización de juntar estos asuntos en un acta de conciliación, reduce los casos en que obligatoriamente debe acudir a la jurisdicción ordinaria, los cuales serían, el de la declaración de existencia de la unión

marital solamente, en relación con la cual el acta de conciliación sólo serviría para cumplir el requisito de procedibilidad judicial, y el del acta de conciliación en atención a estos tres asuntos, pero que fuera fallida o parcial, de manera que igual tuviera que iniciarse procedimiento judicial por existir controversia. Sin embargo, y a pesar de que el Ministerio del Interior extiende esta posición para ser aplicada también en relación con la Ley 979 del 2005, esta última, al plantear la opción de acudir a conciliación en cada uno de los asuntos atinentes a la unión marital de hecho y sociedad patrimonial, no estaría exigiendo un acta conjunta como sugiere debe hacerse el Ministerio, sino que podrían suscribirse actas independientes, atinentes a cada asunto en particular.

En el oficio del Ministerio del Interior y de Justicia antes referido también se señaló que de conformidad con el concepto No. 14727 del 10 de octubre de 2005 para el contenido del acta de conciliación se debe aplicar el artículo 1° de la Ley 640 de 2001.

Así mismo, se dijo que las obligaciones claras, expresas y que se pueden exigir contenidas en la declaración de existencia de la unión marital de hecho suscrita en el acta de conciliación son las de socorro, ayuda mutua y cohabitación que enuncian los artículos 176 y 178 del Código Civil, las cuales deben quedar claras en la audiencia de conciliación, la cual puede hacerse ante notarios, manifestando los compañeros su decisión responsable de constituir una familia mediante la unión libre y que se comprometen a asumir y cumplir las obligaciones que en virtud de esta se

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 21

generan, lo cual hace parte del acuerdo conciliatorio.

De esta manera, por el origen legal de los efectos del Acta dado en el artículo 66 de la Ley 640 de 2001 y por el registro correspondiente ante el centro de conciliación, o el acuerdo de voluntades en el caso de tratarse de un funcionario conciliador, el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el Acta de Conciliación presta mérito ejecutivo.

Finalmente, se indica la conveniencia de que el notario conciliador solicite a los compañeros permanentes el documento de identificación y los registros civiles de nacimiento con el propósito de comprobar la no existencia de un matrimonio y, si éste existe, la disolución y liquidación de la

sociedad conyugal, a fin de otorgarle seguridad jurídica al Acta de Conciliación.

3. OPERATIVIDAD Y EFECTIVIDAD DEL USO DE LA CONCILIACIÓN EN LAS NOTARIAS

Para poner en contexto los alcances del asunto tratado hasta el momento, en donde se ha podido evidenciar la función de los notarios en materia conciliatoria, así como la identificación de los asuntos que mayormente se concilian en las notarías, es preciso realizar un acercamiento a la realidad misma de las notarías y su labor conciliatoria, más allá de lo que establece la doctrina, la norma y la jurisprudencia.

Es por ello que se llevó a cabo un ejercicio de reconocimiento de las razones sobre qué tan efectivas y operativas son las

conciliaciones llevadas a cabo en las notarías para la solución de conflictos de acuerdo con la Ley 640 del 2001, para lo cual se llevaron a cabo una serie de entrevistas en campo, dirigidas a notarios y abogados de Notarías de Primera Categoría de la ciudad de Medellín.

En primera instancia, se entrevistaron cinco abogados que llevan algunos casos en una de las notarías del círculo de Medellín; se les preguntó si han realizado conciliaciones en las notarías del círculo de Medellín, a lo cual tres respondieron que sí lo han hecho, mientras que dos respondieron que no han recurrido a este mecanismo. Llama la atención que los abogados que han realizado conciliaciones en las notarías lo han hecho ya varias veces, aunque esta no es una función reiterativa.

También se les preguntó a los abogados si les generaba confianza realizar una conciliación en una Notaría del Círculo de Medellín, a lo cual algunos respondieron que la conciliación a través de las Notarías no era un escenario muy conocido, y que por ende, los que más conocen del tema son los demás colegas; otros, por su parte, manifiestan que se trata de un procedimiento, además de poco ágil, algo costoso, por lo cual no lo recomendarían.

De igual modo se indagó si al momento de elegir el centro de conciliación, influye la parte económica, el espacio físico y los términos, ante lo cual se destaca la importancia del espacio físico, se insiste en la necesidad de personal capacitado para llevar a cabo estos procedimientos, pero esto contrasta con lo costoso del servicio.

En segundo lugar, se entrevistaron a algunos notarios del círculo de Medellín; se les preguntó si llevaban a cabo conciliaciones en sus notarías, a lo cual dos de ellos respondieron que no las realizaban; otros dos manifestaron que apenas realizaban dos conciliaciones por semestre, y otro sostuvo que realizaba hasta 25 conciliaciones en un año.

De igual modo se indagó si el personal de la notaría estaba debidamente capacitado y profesionalizado en el área de conciliación, a lo que respondieron dos de los entrevistados de manera negativa, y los otros tres que además del notaría, habían otras personas con formación complementaria sobre el asunto.

Por último, se indagó sobre la existencia de instalaciones en la notaría adecuadas para ser centros de conciliación: en dos de los

casos se sostuvo que no se contaba con estos espacios, y en los tres restantes que algunos espacios ya existentes se podían adecuar para ello.

En resumen, el panorama del uso de la conciliación en las notarías es aún incipiente, lo que evidencia, no sólo su desconocimiento, sino que, a su vez, el poco uso se debe a la falta de persona, espacios inapropiados para servir de centros de conciliación, personal poco capacitado, y, sobre todo, al elevado costo que implica la conciliación para los interesados.

CONCLUSIONES

El artículo 131 de la Constitución Política de 1991 le otorga al legislador la regulación del servicio público que proporcionan los notarios; la misma Carta Política le otorga a

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 24 de 24

este funcionario la posibilidad de ser conciliador en los casos que estime y establezca la ley. La función sui generis de conciliación del notario expuesta por la Corte Constitucional sobre la que ya se hizo referencia en este artículo, descansa sobre los poderes esenciales del notariado; de ser legitimador, garante de la seguridad jurídica y de tutela cautelar, poderes que es posible observar cuando el notario presta el servicio de conciliador a la comunidad, cuya competencia le ha sido asignada por la Ley.

Sin embargo, la realidad dista bastante de lo que establece la norma, la jurisprudencia y la doctrina, ya que en la práctica, la función conciliadora de las notarías y de los notarios es puesta en práctica de manera esporádica, y en algunas de las notarías que hicieron parte de esta investigación, se trata de una labor ausente.

Todo esto hace necesario insistir en formular, desde el legislativo, disposiciones que incentiven en las notarías el uso de las conciliaciones, de tal forma que aporten de manera plausible al acceso a la administración de justicia a través de estrategias que vean en la conciliación un mecanismo alternativo de solución de conflictos asequible a la ciudadanía.

REFERENCIAS

- Aramburu R., J. (1999). *Manual de derecho notarial: funciones y responsabilidades*. Bogotá: Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: Leyer.
- Congreso de la República. (2001). *Ley 640. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001.
- Congreso de la República. (2005). *Ley 979. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles*

- para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.* Bogotá: Diario Oficial 45982 de junio 27 de 2005.
- Congreso de la República. (2012). *Ley 1564. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (1990). *Sentencia del 26 de octubre. Expediente No. 1515.* Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (1998). *Concepto 1085 del 25 de febrero.* Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-286.* Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-741.* Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-239.* Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- Escudero A., M. (2007). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos: conciliación, arbitramento y amigable composición.* Bogotá: Leyer.
- Gomá S., J. (1992). *Derecho notarial.* Madrid: Dykinson.
- Hernández S., R., Fernández C., C., & Baptista L., P. (2003). *Metodología de la investigación.* México: McGraw-Hill Interamericana.
- Monroy C., M. (1995). *Ética del Abogado. Capítulo XIII – De las faltas disciplinarias.* Bogotá: Librería Jurídicas Wilches.
- Peñafort G., X. (2006). *OFI06-10823-DAJ-0500 del 15 de mayo.* Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- Pérez F., B. (1993). *Ética notarial.* México: Porrúa.
- Presidencia de la República. (1970). *Decreto 960, por el cual se expide el Estatuto Notarial colombiano.* Bogotá: Diario Oficial No. 33.118 del 5 de agosto de 1970.
- Superintendencia de Notariado y Registro. (2017). *Reseña Histórica de la SNR.* Recuperado de http://www.supernotariado.gov.co/supernotariado/index.php?option=com_content&view=article&id=2275&Itemid=318&lang=esq
- Úsuga V., O., & Úsuga O., A. (2006). *Estudios de derecho notarial: función notarial: el notario como agente de la función notarial.* Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- Úsuga V., O. (2004). *Código del notariado Colombiano.* Medellín: Señal Editora.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 26 de 26

Vargas O., N. (2005). *Procedimiento notarial y registral*. Bogotá: Leyer.

Virviescas C., A. (2007). *Cómo ser notario: requisitos para ser notario*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

CURRICULUM VITAE

Mónica Alejandra Mejía Mejía: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Lina Marcela Osorio Botero: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.