



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación núm.: 11001 0324 000 **2016 00111 00**

Actor: **JULIÁN DAVID GUTIÉRREZ RAMÍREZ**

Demandado: Consejo Superior de la Carrera Notarial

El Despacho decide sobre la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor contra los artículos 5 a 9 del Decreto Reglamentario 2054 de 2014¹, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

1. La solicitud de suspensión provisional.

Los apartes del acto cuya suspensión provisional se solicita son del siguiente tenor:

“Artículo 5°. Procedencia de la solicitud. El ejercicio del derecho de preferencia será procedente en aquellos eventos en los que el notario se encuentre en carrera notarial y en consecuencia solicite ocupar, dentro de la misma circunscripción política-administrativa, otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante.

Parágrafo 1°. La solicitud será tramitada únicamente cuando al momento de presentarse se constate que la notaría respecto de la cual se quiere ejercer el

¹ Por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto-ley 960 de 1970.

derecho de preferencia se encuentre vacante de conformidad con las causales establecidas en el artículo 4° del presente decreto.

No procederá el derecho de preferencia cuando en la notaría que se pretende exista notario en interinidad.

Parágrafo 2°. Se exceptuarán de la regla prevista en este artículo las notarías pertenecientes a los círculos que expresamente hayan sido convocadas a concurso público mediante Acuerdo, para las cuales no podrá ejercerse el derecho de preferencia.

Parágrafo 3°. En los eventos en que para un determinado círculo notarial exista lista de elegibles vigente, las notarías que resulten vacantes durante la vigencia de la misma serán provistas prevalentemente por notarios que se encuentren en carrera notarial, en ejercicio del derecho de preferencia, y en su reemplazo serán designados quienes estén en lista de elegibles.

Artículo 6°. Requisitos de la solicitud. *Las solicitudes de ejercicio del derecho de preferencia deberán ser dirigidas al Consejo Superior a través de su Secretario Técnico. Para que dicha solicitud sea procedente deberá cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:*

- 1. El notario que haga la solicitud deberá hacerlo a nombre propio y encontrarse en carrera notarial.*
- 2. La solicitud debe ejercerse para una notaría de la misma circunscripción político-administrativa en la que funja como notario en propiedad aquel que ejerce el derecho de preferencia.*
- 3. La notaría a la que se pretende acceder debe ser de la misma categoría que ocupa el notario que ejerce el derecho de preferencia y encontrarse vacante al momento de presentarse la solicitud.*

Parágrafo. Podrá ejercerse el derecho de preferencia sobre varias notarías, siempre y cuando se dé estricto cumplimiento a lo establecido en el presente decreto.

Artículo 7°. Trámite de la solicitud. *El Secretario Técnico del Consejo Superior verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente decreto, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:*



1. Verificará la totalidad de solicitudes que se hayan presentado para ocupar una misma notaría en el ejercicio del derecho de preferencia.

2. Si existen dos o más solicitudes que cumplan los requisitos, primará aquella presentada por el notario que haya ingresado primero a la carrera notarial, sin considerar la categoría con la cual ingresó a esta.

3. Se comunicará al notario respectivo los resultados del estudio, quien contará con un término de tres (3) días hábiles para aceptar o rechazar su postulación.

4. Aceptada la postulación por el notario con mejor derecho, el secretario técnico remitirá al Ministerio de Justicia y del Derecho o a los gobernadores, según corresponda, los documentos pertinentes para que se proceda al nombramiento respectivo.

Parágrafo 1°. En todo caso el Consejo Superior establecerá el procedimiento operativo que se requiera para implementar la presente reglamentación.

Parágrafo 2°. El nombramiento en ejercicio del derecho de preferencia no implica, ascenso, escalafonamiento del notario o pérdida de los derechos de carrera.

Artículo 8°. Agotamiento de la solicitud. *El derecho de preferencia se entenderá agotado frente a una determinada notaría con la manifestación de aceptación, rechazo expreso o tácito derivado del hecho de no emitir respuesta en el término concedido al notario o con la expedición del acto administrativo de nombramiento.*

Cuando se efectúe el nombramiento de un notario en una notaría como resultado del derecho de preferencia, las demás solicitudes perderán vigencia en lo que hace referencia a dicha notaría.

Artículo 9°. Solicitudes actuales. *Las solicitudes presentadas con anterioridad a la vigencia de este decreto solo serán tenidas en cuenta respecto de aquellas notarías que a la fecha se encuentren vacantes de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del presente decreto.*

En todo caso para efectos de determinar la prelación entre las solicitudes se dará aplicación a lo establecido en el artículo 7° del presente decreto.”



A juicio del demandante, el acto administrativo demandado viola los artículos 13, 25 y 131 de la Constitución Política, así como el artículo 2 de la Ley 588 de 2000, por los siguientes motivos:

- 1.1. Que debe entenderse que el Decreto 960 de 1970, que consagra el derecho de preferencia, fue subrogado por la Constitución y la Ley 588 de 2000.
- 1.2. Que el artículo 2 de la Ley 588 de 2000 establece que las únicas formas de designación de un notario son en propiedad o en interinidad.
- 1.3. Que el derecho de preferencia establecido en el decreto demandado es incompatible con la figura del concurso público obligatorio para acceder al cargo de notario.

2. Traslado de la solicitud al demandado

Mediante autos ambos del 11 de mayo de 2016, se admitió la demanda de la referencia y se ordenó correr traslado a la demandada de la solicitud de suspensión provisional.

2.2. El Director de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del **Ministerio de Justicia** se opuso a la



adopción de la medida cautelar con base en los siguientes argumentos²:

- Que las normas acusadas fueron derogadas e incorporadas en el Decreto 1069 de 2015, Decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho.
- Que el actor no demostró la supuesta incompatibilidad entre los contenidos normativos demandados y las disposiciones que se invocan como transgredidas.
- Que las normas acusadas no son contrarias a la figura del concurso pues, para poder ejercer el derecho de preferencia, el notario debe estar inscrito en la carrera notarial.

3. Para resolver se considera:

3.1. Consideraciones de las medidas cautelares en el CPACA.

En el Artículo 229 del CPACA se describen las medidas cautelares así:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.”

² Folios 20 a 22.



“La decisión sobre la medida cautelar no significa prejuzgamiento.”

“La medida cautelar en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los intereses colectivos y en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

De la anterior definición se puede concluir que:

- **El Juez** puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que **considere necesaria(s)** para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- Las medidas anticipadas pueden ser solicitadas y decretadas en **cualquier** clase de proceso **declarativo** que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no solamente en los juicios de anulación de actos administrativos.
- El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, **en cualquier estado del proceso.**
- La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener **relación directa y necesaria con las pretensiones** de la demanda.
- En las **acciones populares y de tutela** el Juez puede **decretar de oficio** las medidas cautelares.
- El Juez deberá **motivar** debidamente la medida.

- El decreto de medidas cautelares **no constituye prejuzgamiento**.- En efecto, con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 CPACA expresamente dispone que “[!]la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. Lo que se busca, entonces, con esta norma, es brindar a los jueces “la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite”³. Una suerte de presunción *iure et de iure* sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido por la Ley 1437 de 2011. La jurisprudencia ya ha señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un

³ GONZALEZ REY, Sergio. “Comentario a los artículos 229-241 CPACA”, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 492.



examen de fondo o “*prejuzgamiento*” de la causa⁴. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantiza que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia.

3.2. Requisitos para decretar la suspensión provisional de actuaciones administrativas.

La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que era la única medida cautelar en el CCA, continuó en el CPACA. En efecto:

3.2.1.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

3.2.2.- El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

suspensión fuera *manifiesta* y apreciada por *confrontación directa* con el acto demandado. Así, no permitía que el Juez pudiera realizar un estudio del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

3.2.3.- El CPACA⁵ define un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en medios de control de nulidad simple como de nulidad y restablecimiento del derecho- y define de forma general los requerimientos que debe hacer el Juez en los demás eventos. En efecto el inciso primero del Artículo 231 del CPACA, ordena:

“Artículo 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de *“una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto”*⁶. Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA,

⁵ Inciso primero del Artículo 231 del CPACA.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.



para la suspensión provisional se prescindió de la *“manifiesta infracción”* hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que *“la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”*⁷.

En este sentido, para decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo resulta necesario que del análisis realizado por el Juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

Lógicamente esta regulación especial de la suspensión provisional no puede significar que en los juicios promovidos en ejercicio de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho únicamente resulta procedente esta medida cautelar. Dado el principio general sentado por el Código⁸ respecto de la posibilidad de decretar las medidas que mejor se ajusten a las particularidades del caso cuando quiera que se cumplan los requisitos previstos para ello se impone entender que la suspensión provisional de un acto administrativo puede verse acompañada de otras medidas previas:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁸ Artículo 229 del CPACA.



sería el caso, por ejemplo, de una de tipo suspensivo de actuación si se está, por hipótesis, frente a la solicitud de suspensión de la licencia ambiental para la construcción de una obra, cuya paralización podrá también requerirse; o de tipo anticipativo si se está, por ejemplo, frente a una reclamación contra un acto que deniega el reconocimiento de un derecho, cuya suspensión se solicita, y se acompaña del pedido de anticipación de reconocimiento provisional del derecho.

4.- Caso concreto.

4.1. Se pretende la suspensión provisional de los artículos 5 a 9 del Decreto Reglamentario 2054 de 2014, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

4.2. Las normas que se consideran infringidas son los artículos 13, 25 y 131 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 588 de 2000.

4.3. En este punto debe advertirse que el Decreto Reglamentario 1069 de 2015, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho, derogó las normas anteriores relativas a las materias allí reglamentadas, en los siguientes términos:

“Artículo 3.1.1. Derogatoria Integral. Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Justicia y del Derecho que versan sobre las mismas materias, con excepción, exclusivamente, de los siguientes asuntos:

1) *No quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos relativos a la creación y conformación de comisiones intersectoriales, comisiones interinstitucionales, consejos, comités, sistemas administrativos y demás asuntos relacionados con la estructura, configuración y conformación de las entidades y organismos del sector administrativo. En particular se exceptúan de la derogatoria integral las siguientes normas reglamentarias: Decretos 2817 de 1974, 1320 de 1997, 3110 de 2007, 697 de 1999, 1733 de 2009, 261 de 2010 modificado por el Decreto 491 de 2012, 2374 de 2010, 1829 de 2013 artículos 62 a 79, 20 de 2013 y 2055 de 2014.*

2) *Tampoco quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos que desarrollan leyes marco.*

3) *Igualmente, quedan excluidas de esta derogatoria las normas de naturaleza reglamentaria de este sector administrativo que, a la fecha de expedición del presente decreto, se encuentren suspendidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales serán compiladas en este decreto, en caso de recuperar su eficacia jurídica.*

Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto compilatorio.” (Negrilla por fuera del texto)

Teniendo en cuenta que el acto demandado no fue cobijado de manera expresa en ninguna de las excepciones contempladas en la norma anteriormente transcrita, y que en el capítulo 3 secciones 3 y 4 del Decreto 1069 de 2015 se reglamenta el derecho de preferencia de la carrera notarial, resulta claro que la norma acusada se encuentra derogada. En consecuencia, la presente solicitud de suspensión provisional pierde objeto pues la finalidad de esta herramienta procesal no es otra que la de evitar en forma transitoria que el acto administrativo



demandado siga produciendo efectos mientras se expide la providencia que ponga fin al proceso.

Por lo expuesto, se concluye que en este caso no tiene objeto alguno adoptar la medida cautelar de suspensión provisional pues el acto administrativo demandado no está produciendo efectos jurídicos por haber sido derogado por una norma posterior.

Si bien se procederá a negar la solicitud de suspensión provisional, debe aclararse que ello no es óbice para que continúe el trámite del proceso y mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se decida de fondo sobre la legalidad del Decreto demandado, toda vez que antes de su derogatoria produjo efectos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE

NEGAR la suspensión provisional solicitada por los motivos expuestos.

Notifíquese y cúmplase,



GUILLERMO VARGAS AYALA
Consejero de Estado