



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 110010325000201501101 00 (4970-2015)

Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano

Demandados: Nación, Ministerio de Justicia y del Derecho y
Consejo Superior de Carrera Notarial

Asunto: Auto que resuelve solicitud de medida cautelar
de suspensión provisional

El Despacho procede a resolver la solicitud de medida cautelar formulada por el actor en escrito separado de la demanda¹, consistente en la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, proferido por el Consejo Superior de Carrera Notarial,² *«por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial.»*.

La estructura expositiva de esta providencia será la siguiente: (i) en primer lugar se precisarán algunos aspectos relativos a las medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (ii) posteriormente, se procederá a resolver la solicitud de cautela estudiando las censuras propuestas en el siguiente orden: a) primero se resumirán los cargos o reparos formulados, tanto en el escrito cautelar como en el concepto de violación de la demanda, b) luego, se expondrán los argumentos de oposición esgrimidos por las entidades accionadas; y c) finalmente, el Despacho realizará el pronunciamiento respectivo.

MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Tal como se ha hecho en otras oportunidades, a continuación el Despacho expondrá de manera resumida los aspectos más relevantes de las medidas cautelares:

¹ El cuaderno de medidas cautelares ingresó al Despacho con informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 31 de agosto de 2016, visible a folio 82 del cuaderno de medidas cautelares.

² Presidido por el señor Ministro de Justicia y del Derecho.

Establece el artículo 229, inciso 1.º, de la Ley 1437 de 2011,³ que:

«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.».

Ahora bien, sobre el «contenido y alcance de las medidas cautelares», dispone el artículo 230 ibídem, que éstas:

«... podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.».

Por otra parte, en lo relacionado con los requisitos para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el artículo 231 «*ejusdem*» estipula, que:

«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.».

Se colige de las normas trascritas, que la medida cautelar negativa de suspensión provisional de los efectos de un acto

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

administrativo procederá siempre y cuando pueda comprobarse la vulneración de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de la medida, la cual puede surgir: (i) de la confrontación del acto administrativo demandado con las normas superiores señaladas como violadas y/o en las que el acto debía fundarse, o, (ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en repetidas oportunidades respecto a la reforma que introdujo la Ley 1437 de 2011⁴ al regular la institución de la suspensión provisional. Ha precisado la Corporación, que en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984⁵ esta cautela sólo procedía cuando se evidenciase una «*manifiesta infracción*»⁶ de normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio de la citada Ley 1437 de 2011,⁷ la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional, al no haber sido calificada por el legislador como tal, no requiere ser manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o «*prima facie*».⁸

⁴ Ib.

⁵ Código Contencioso Administrativo.

⁶ «**Artículo 152.** El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor».

⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ Al respecto pueden consultarse, entre otros, los autos de: (1) 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); (2) 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014- (20066); (3) de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); (4) de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); (5) de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00

Entonces, para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandando, la Ley 1437 de 2011,⁹ artículo 231, establece la exigencia de que se acredite la trasgresión de las normas superiores, cuando ésta surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero a partir de una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa, por lo que su resolución parte de un conocimiento sucinto y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no anticipa la decisión final.

En suma, si bien la regulación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, prevista en la Ley 1437 de 2011,¹⁰ le confiere al juez un margen de estudio más amplio que aquél previsto por la legislación anterior sobre la materia, no puede perderse de vista que la contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del juez contencioso administrativo en su estudio, con fundamento en el análisis del acto o las pruebas allegadas con la solicitud.

(20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; y (6) 17 de marzo de 2015 con ponencia de la suscrita, emitido en el expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00.

⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁰ Ib.

En cuanto a las demás medidas cautelares contempladas en el artículo 230¹¹ de la Ley 1437 de 2011,¹² distintas de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, el artículo 231¹³ señala que serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

«1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.»

¹¹ *«Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (...)».

¹² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹³ *«Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. 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.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios».

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.».

De la lectura integral del artículo en cita se colige, que para decretar medidas cautelares, distintas a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, el Juez deberá analizar y valorar de forma rigurosa la situación planteada por el demandante y determinar si en el caso concreto confluyen los criterios de «*fumus boni iuris*» o apariencia de buen derecho, «*periculum in mora*», o perjuicio de la mora y, efectuar una «ponderación» de los intereses en controversia.

La apariencia de buen derecho o «*fumus boni iuris*», es un principio o criterio desarrollado por el derecho comunitario europeo,¹⁴ el cual tiene por objeto verificar que quien solicita una medida cautelar, goce de la probabilidad razonable de que prospere su causa, esto con el objetivo, de que no sean decretadas medidas cautelares propuestas por la parte que sostiene una posición manifiestamente injusta o sin fundamento legal suficiente, de conformidad al principio general del derecho según el cual, «*la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón*». Para determinar si la solicitud de cautela tiene apariencia de buen derecho, el juez de lo

¹⁴ Particularmente, a partir del Auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala 3.º del Tribunal Supremo Europeo, con ponencia del Magistrado F. González Navarro, según lo cuenta el profesor Eduardo García de Enterría en la 3ª edición su obra «*La batalla por las medidas cautelares*».

contencioso administrativo debe realizar un análisis anticipado de los argumentos expuestos por las partes al momento de decidir sobre la procedencia de esta. Dicha valoración no constituye prejuzgamiento, esto en atención a que, es posible que el proceso se encuentre en una etapa inicial, y que por tanto, no se haya hecho efectivo el derecho de defensa del demandado, o no se haya surtido la etapa probatoria o de alegaciones.

Otro criterio a tener en cuenta al momento de conceder una medida cautelar distinta a la de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, es el «*periculum in mora*» o perjuicio de la mora, el cual busca que con el decreto de la cautela, se garantice la efectividad de la decisión de fondo, teniendo en cuenta que en el transcurso del proceso puede darse alguna situación que haga imposible su cumplimiento, ocasionando que los efectos de la sentencia sean ilusorios. En consecuencia de ello, el juzgador debe advertir la necesidad de decretar la medida cautelar, con el propósito de garantizar el cumplimiento de la sentencia que resuelva de fondo las pretensiones de la demanda, evitando que se desconozcan los derechos invocados por el demandante.

Solo cuando el juez determina que la solicitud de cautela, tiene apariencia de buen derecho, y además, advierte la necesidad de decretar la medida cautelar a fin de garantizar los efectos de la sentencia, puede hacer prevalecer el interés particular del demandante, sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, esto con el propósito de preservar los derechos fundamentales del actor.

Hechas las anteriores precisiones generales sobre las medidas cautelares en esta jurisdicción, así como de la competencia del juez de lo contencioso administrativo para su resolución, a continuación se procede al estudio de la solicitud de medida cautelar formulada por el actor.

PRIMER REPARO.- EXPEDICIÓN IRREGULAR POR FALTA DE COMPETENCIA

Para el demandante, el Consejo Superior de Carrera Notarial no tenía competencia para, a través del Acuerdo demandado, convocar a concurso público de méritos con el objeto de proveer cargos de notario.

Lo anterior, por cuanto, en su criterio, el Decreto Ley 960 de 1970¹⁵ que creó dicho órgano y estableció sus competencias, es inconstitucional, porque, según su parecer, la Ley 8 de 1969¹⁶ que invocó el Gobierno Nacional para su expedición, no detalló ni especificó los aspectos del régimen laboral de los notarios respecto de las cuales facultaba al Presidente de la República para que reglamentase, desconociendo en su momento, el artículo 76, numeral 10, de la Constitución de 1886, y hoy día, el artículo 150, numeral 10 de la Constitución de 1991.

Por lo tanto, el accionante solicita implicar para el caso en concreto el Decreto Ley 960 de 1970,¹⁷ y en consecuencia de ello, la nulidad del

¹⁵ Por el cual se expide el Estatuto de Notariado.

¹⁶ Por la cual se conceden al Presidente de la República facultades extraordinarias para reformar los sistemas de Notariado, Registro de Instrumentos, Catastro, Registro del Estado Civil de las Personas y de Constitución, transmisión y registro de derechos reales y trabas sobre vehículos automotores, Reglamentos de Policía Vial y de Circulación para cumplir lo estatuido hoy en el artículo 92 de la Codificación Constitucional vigente.

¹⁷ Por el cual se expide el Estatuto de Notariado.

Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, proferido por el Consejo Superior de Carrera Notarial.

Oposición

Sobre esta acusación, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Superintendencia de Notariado y Registro se pronuncian argumentando, que la solicitud de suspensión provisional es improcedente, ya que el argumento de inconstitucionalidad de las disposiciones legales sobre las que se fundamenta la expedición del acto administrativo demandado, escapa del objeto y finalidad del proceso de nulidad que conoce esta Corporación.

Resolución del Despacho

Con miras a atender la censura propuesta, la Ponente inicia precisando, que como en la demanda se solicita la inaplicación del Decreto Ley 960 de 1970, y en consecuencia de ello, la nulidad del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, proferido por el Consejo Superior de Carrera Notarial, es procedente abordar el estudio puesto que no estamos en presencia de una acción de constitucionalidad, cuya competencia sí sería del resorte de la Corte Constitucional, sino que se trata de una petición de excepción de inconstitucionalidad, que es una figura por medio de la cual en un proceso judicial o administrativo hay lugar a inaplicación de la norma cuando esta se considera violatoria de la constitución, en desarrollo del artículo 4° de la Constitución Política de 1991, que dispone: *«La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...»*.

Así las cosas, procede el Despacho a realizar el estudio preliminar que corresponde a esta etapa del proceso, para lo cual se revisan las normas constitucionales vigentes para la época de expedición del Decreto Ley 960 de 1970, que permitían al legislador facultar al Gobierno Nacional para proferir normas con fuerza material de ley cuando *«la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje»*.

Al respecto, el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886, establecía lo siguiente:

«Artículo 76.- *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:
(...)*

10. *Revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen;
(...).*».

De acuerdo con la norma transcrita, en vigencia de la Constitución de 1886, al *«hacer las leyes»*, el Congreso podía entre otras, facultar al Presidente de la República, por un tiempo determinado de *«precisas facultades extraordinarias»*, cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje.

El Constituyente de 1991 quiso conservar la referida previsión normativa, por lo que la consignó, con algunas variantes, en el artículo 150 de la Constitución Política de 1991, de la siguiente manera:

«Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...)

*10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.
(...)».*

En el marco constitucional de 1991, la atribución que tiene el Congreso para autorizar al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley, sólo puede ser por 6 meses y dichas facultades extraordinarias deben ser precisas.

Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional, que por precisión de las facultades extraordinarias debe entenderse *«no una limitación absoluta ni rigurosa de aquéllas, de modo que el Congreso señale con toda minuciosidad y detalle el alcance, contenido y límites que debe contener cada una de las materias objeto de regulación, hasta el punto que se le deje al Gobierno un campo tan excesivamente estrecho y restringido de operación que hagan prácticamente inocuas e innecesarias las facultades. Por lo tanto, basta con que claramente se determine y delimite la materia, los objetivos y fines de las facultades, sin que importe su amplitud.»*¹⁸

Ahora bien, volviendo al objeto materia de este proceso, se encuentra que en virtud del artículo 76, numeral 10, de la Constitución de 1886, el Congreso de la República expidió la Ley 8 de 1969, *«Por la cual se conceden al Presidente de la República facultades extraordinarias para reformar los sistemas de Notariado, Registro de Instrumentos, Catastro, Registro del Estado Civil de las Personas y de Constitución, transmisión y registro de derechos reales y trabas sobre vehículos automotores, Reglamentos de Policía Vial y de Circulación para cumplir lo estatuido hoy en el artículo 92 de la Codificación Constitucional vigente».*

¹⁸ Sobre las denominadas «facultades extraordinarias por tempore», puede consultarse entre otras, la sentencia C-119 de 1996.

La referida Ley 8 de 1969, es del siguiente tenor:

*«**Artículo 1º.** Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, que se contará a partir de la vigencia de la presente Ley, para que revise los sistemas de Notariado, Registro de Instrumentos Públicos y Privados, Catastro y Registro del Estado Civil de las personas, y expida:*

***a)** El Estatuto del Notariado, con normas atinentes a la función notarial; a la reglamentación del ejercicio de la misma; a la validez y subsanación de los actos notariales; a los libros y archivos que deben llevar los Notarios; a la organización del Notariado, para lo cual podrá crear, suprimir, refundir y redistribuir círculos notariales, establecer categorías, disponer los requisitos y los medios de provisión, permanencia y relevo de los Notarios y proveer a la reglamentación del Colegio de Notarios; a la vigilancia notarial; al arancel y al sostenimiento del servicio.*

Dicho Estatuto dispondrá los casos en que los Notarios hayan de intervenir en diligencias de custodia, apertura y publicación del testamento, liquidación de la herencia y en los negocios de jurisdicción voluntaria que se les asignen, y el procedimiento que ha de seguirse en tales asuntos;

***b)** El Estatuto del registro de instrumentos públicos y privados con normas atinentes a la puntualización del objeto, función y efectos del registro; a la reorganización de los círculos o circuitos de registro, para lo cual podrá suprimir total o parcialmente los existentes o refundirlos, crear nuevos y redistribuir la actual división territorial registral; de los instrumentos sujetos a registro, la manera y el lugar competente para hacer la inscripción; a la cancelación del registro; a los libros y archivos que deben llevar el o los registradores; al arancel y a la vigilancia y sostenimiento del servicio;*

***c)** El Estatuto del Catastro, con discriminación de sus diferentes funciones, manera de ejercerlas, entidades a quienes se les encarga sus efectos, y la coordinación adecuada entre las distintas dependencias y funciones;*

***d)** El Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, con señalamiento de los hechos y actos sometidos a inscripción, los*

funcionarios encargados de este registro, la manera como deben llevarlo, los efectos de la anotación, el procedimiento para correcciones de las partidas, el arancel y el mérito probatorio de las actas, copias y certificados;

e) El régimen de constitución, adquisición y registro de derechos reales y medidas judiciales de traba sobre vehículos automotores, de modo que se otorgue seguridad y certeza al tráfico jurídico que se realice respecto de tales bienes muebles y se haga expedita la prueba de los derechos, con indicación de las solemnidades exigidas en cada caso y los efectos de los actos y de su descripción;

f) Reglamentar lo relativo a Policía Vial y de Circulación y expedir el reglamento unificado de tránsito.

Artículo 2º. *La norma dispondrá las condiciones para la creación o supresión de círculos y oficinas de Notariado y Registro y para la revisión periódica de las tarifas del servicio notarial, del de Registro de Instrumentos Públicos y Privados y del Registro del Estado Civil de las Personas.*

Artículo 3º. *El Gobierno podrá crear uno o varios establecimientos públicos, a cuyo cargo estarán la vigilancia del Notariado y los varios registros, la asistencia técnica, la coordinación de las funciones, la implantación paulatina de métodos y sistemas científicos de anotación, registro, archivo y expedición de copias y certificados, o adscribir tales tareas a una de las dependencias actuales o distribuirlas entre varias, según lo aconseje la conveniencia general.*

Artículo 4º. *Las facultades se extienden a la determinación del régimen laboral de los Notarios y Registradores, y del personal subalterno a su servicio.*

Artículo 5º. *El Gobierno ejercerá las facultades que le otorgan en esta Ley asesorado de una Comisión de expertos, de la que formarán parte cuatro senadores y cuatro representantes, designados paritariamente entre sus miembros por la Comisión Primera Constitucional de cada Cámara.*

Artículo 6º. *El Gobierno Nacional queda autorizado para hacer las apropiaciones en el Presupuesto Nacional, verificar traslados y abrir los créditos y contracréditos necesarios para el cumplimiento de esta Ley.*

Artículo 7º. *La presente Ley rige desde su promulgación.».*

De acuerdo con la norma trascrita, el Presidente de la República fue autorizado o revestido de facultades extraordinarias para revisar y expedir el «El Estatuto del Notariado, con normas atinentes a la función notarial; a la reglamentación del ejercicio de la misma; a la validez y subsanación de los actos notariales; a los libros y archivos que deben llevar los Notarios; a la organización del Notariado, para lo cual podrá crear, suprimir, refundir y redistribuir círculos notariales, establecer categorías, disponer los requisitos y los medios de provisión, permanencia y relevo de los Notarios y proveer a la reglamentación del Colegio de Notarios; a la vigilancia notarial; al arancel y al sostenimiento del servicio»; y para «la determinación del régimen laboral de los Notarios y Registradores, y del personal subalterno a su servicio».

Así las cosas, luego del estudio inicial propio de la etapa procesal en que nos encontramos, la Ponente considera que en el presente caso las facultades otorgadas al Gobierno son precisas, pues aunque son amplias, con toda exactitud se delimita y puntualiza el ámbito material dentro del cual el Gobierno debe hacer uso de aquéllas, pues, no cabe duda, que las facultades se circunscriben a un ámbito material preciso atinente a conseguir un objetivo o finalidad cual es el de expedir el Estatuto del Notariado, así como el régimen laboral de los Notarios y de sus subalternos.

Por lo que este primer cargo no da lugar a prosperar la medida cautelar solicitada.

Anota la Ponente, que en esta oportunidad sólo se realizó una aprehensión sumaria, esto es, una valoración inicial o análisis preliminar, que solo comprendió un estudio previo respecto de la legalidad del acto administrativo acusado, por lo que será con la totalidad de los elementos materiales de la litis, que se realizará un estudio integral de los apartes normativos demandados.

SEGUNDO REPARO.- DESCONOCIMIENTO DE LA LEY 588 DE 2000

Para el demandante, el Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015 impugnado, vulnera la Ley 588 de 2000,¹⁹ pues, en sus considerandos, invocó como sustento normativo para su expedición, los artículos 164 y 165 del Decreto Ley 960 de 1970,²⁰ que según afirma, fueron derogados por la referida ley.

Oposición

Respecto de esta censura específica del demandante, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Superintendencia de Notariado y Registro no se pronunciaron.

Resolución del Despacho

La fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emanación, o sea sus motivos o presupuestos; es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Por ello es el punto de partida fundamental para el juzgamiento de esa legitimidad. Debe incluir no una mera enunciación de hechos, sino además una argumentación de ellos; o sea, debe dar las razones

¹⁹ Por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la función notarial.

²⁰ Por el cual se expide el Estatuto de Notariado.

por las que se dicta, lo cual puede orientar al intérprete hacia el fin del acto.

Se advierte, no obstante, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, al tratar el tema de la formalidad del acto administrativo y la nulidad proveniente de su desconocimiento, han sido del criterio de que no cualquier defecto, puede tener la virtualidad de invalidar una decisión de la Administración, puesto que «...no todas las formas tienen un mismo alcance o valor...»,²¹ y ellas van desde las sustanciales hasta las meramente accesorias, siendo únicamente las primeras las que realmente inciden en la existencia del acto y su surgimiento a la vida jurídica y por lo tanto, la omisión de las mismas sí afecta su validez.

Entonces, en cuanto ¿a qué irregularidad se constituye como sustancial, para constituir vicio en la expedición del acto?, se ha de precisar, que debe tratarse de formalidades sustanciales no cuando se presentan omisiones accesorias, así lo expresa el profesor Betancur Jaramillo cuando dice:

*«Pero no todas las formalidades tienen un mismo alcance o valor, pese a que algunos autores con base en un culto exagerado a éstas, sostienen que cualquier informalidad por pequeña que sea hace anulable el acto. Esta posición extrema no es hoy seguida por nadie. En cambio la doctrina ha elaborado al respecto una jerarquía de hecho que va desde la forma sustancial a la meramente accesorias, para darle aquélla, cuando se omite, un valor invalidativo y a ésta no; en la primera, por cuanto su ausencia puede vulnerar ciertas garantías otorgadas a un número determinado de interesados o desconocer alguna forma querida por la misma administración con otros fines especiales».*²²

²¹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, 7ª ed., 2009. pg. 256.

²² Betancur Jaramillo, op. cit., 211.

Sobre la naturaleza y los grados de importancia de las formalidades exigidas en el ámbito de la producción de los actos administrativos, ha dicho la doctrina:²³

«No todos los elementos del ‘procedimiento administrativo’ tienen el mismo valor. La vía administrativa se convertiría en imposible si la omisión de la menor formalidad entrañara la anulación del acto. Solo la omisión o el cumplimiento erróneo de los requisitos de forma sustanciales justifica la anulación del acto por vicio de forma. Pero ¿qué es lo que permite distinguir entre los requisitos de forma sustanciales y no sustanciales?»

El criterio adoptado por la jurisprudencia tiene un doble aspecto: Se debe considerar en primer lugar como sustancial todo requisito formal que tenga por objeto garantizar los derechos de los administrados; de este modo, el respeto al derecho del agente amenazado con una sanción disciplinaria a que le sea comunicado su expediente (...) es siempre un requisito sustancial.

A continuación se debe considerar sustancial todo requisito formal cuyo cumplimiento hubiera podido cambiar el sentido de la decisión impugnada; así constituye un requisito sustancial, en materia de requerimiento civil, la tentativa previa de un acuerdo amistoso, pues si la Administración hubiera ensayado esta tentativa, el acuerdo podría haberse logrado y el requerimiento por vía ejecutiva no hubiera sido necesario.

Por el contrario, constituyen requisitos de forma no sustanciales los que no han sido promulgados con objeto de garantizar los derechos de los administrados o cuya intervención no hubiera modificado el sentido de la decisión impugnada».

Aquí tercia la jurisprudencia proponiendo como alternativa de solución una especie de convalidación de tal nulidad cuando afirma que *«...en virtud del principio de eficacia y de economía, las*

²³ VEDEL, Georges; Derecho Administrativo. Aguilar S.A. Ediciones, Madrid-España, 1980; pg. 496.

*irregularidades que no tengan dicho alcance pueden ser pasadas por alto o subsanarse en cualquier tiempo. Las simples omisiones e irregularidades incapaces de afectar los actos administrativos son aquellas que no constituyen una garantía y por ende un derecho para los asociados...».*²⁴

Es claro entonces, que al juez le corresponde dilucidar en cada caso concreto, la clase de requisito formal cuyo cumplimiento se echa de menos en la demanda y se aduce como causal de anulación de un acto administrativo, analizando, de un lado, las normas que establecen los requisitos formales de expedición del acto en cuestión y la incidencia de aquellos en la decisión; y de otro lado, las circunstancias en las que la administración expidió el acto acusado sin el cumplimiento de alguno de tales requisitos formales, para concluir si efectivamente, la omisión es de tal gravedad, que amerita declarar la nulidad del acto administrativo acusado o si se trata de un requisito de menor entidad, cuyo desconocimiento en nada incide frente a la decisión de la Administración. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, al sostener que «... la jurisprudencia de la Corporación ha diferenciado en los vicios de forma, aquellos que no son sustanciales al trámite o al debido proceso del acto, de aquéllos que sí lo son, para determinar que los primeros no tienen la virtud de generar la anulación del acto que lo padece».²⁵

Establecido entonces, que en el marco del procedimiento de expedición del acto administrativo, no toda omisión de las formalidades legalmente establecidas genera su nulidad, se procede a continuación a estudiar la motivación del Acuerdo

²⁴ Consejo de Estado, Auto de 18 de enero de 1994, radicado 2779, Consejero Ponente ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de octubre de 1999, Expediente 3443, M.P.: Juan Alberto Polo Figueroa

demandado, encontrando que fue expedido con fundamento en los siguientes:

«CONSIDERANDOS:

Que el artículo 131 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 588 de 2000 establece que el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso público y abierto de méritos;

Que el artículo 164 del Decreto-Ley 960 de 1970 señala que la carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior;

Que el artículo 165 del Decreto-Ley 960 de 1970 dispone que con suficiente anticipación el Consejo Superior fijará las bases de cada concurso, con señalamiento de sus finalidades, requisitos de admisión, calendario, lugares de inscripción y realización, factores que se tendrán en cuenta, manera de acreditarlos, y sistema de calificaciones, e indicará la divulgación que haya de darse a la convocatoria;

Que el artículo 82 del Decreto 2148 de 1983 establece que la Superintendencia de Notariado y Registro proporcionará al Consejo Superior los servicios técnicos y administrativos que requiera para su funcionamiento;

Que el Gobierno Nacional, mediante Decreto 3454 de 2006, reglamentó la Ley 588 de 2000 y fijó el marco regulatorio para el ejercicio de las funciones del Consejo Superior en lo atinente al concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial;

Que la Corte Constitucional, en varias sentencias ha considerado que el concurso para seleccionar a los notarios tiene como propósito y fin último escoger a las personas por sus méritos, capacidades, experiencia e idoneidad para prestar el servicio público notarial, rodeadas de probidad, rectitud, y conocimiento del oficio;

Que de acuerdo con la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, entre otras la Sentencia C-530 de 1993, en el Estado colombiano se ha establecido la especial protección que merece el interés colectivo de las comunidades raizales, cuya protección constitucional prevalente es plenamente aplicable en el proceso de selección;

Que para garantizar los mecanismos tendientes al acceso de esta comunidad a la carrera notarial, se deben prever las acciones afirmativas del caso para desarrollar el principio de igualdad que las cobija, en consecuencia se hace necesaria la garantía de prevalencia de la condición de raizal, para efectos de nombramiento e ingreso a la carrera notarial, siempre y cuando el aspirante que cumpla dichas condiciones haga parte de la lista de elegibles;

Que mediante Sentencia SU-913 de 2009, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional determinó que las convocatorias a los concursos de méritos se constituyen en ley para las partes y son de obligatoria aplicación y observancia, conforme a lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004;

Que la honorable Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, entre otros la Sentencia SU-446 de 2011, ha señalado que la lista de elegibles debe estructurarse en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso y que los cargos que sean ofertados se proveerán en estricto orden descendente;

Que mediante Acuerdo 11 de 2 de diciembre de 2010, se convocó a concurso público y abierto para el nombramiento de los notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial;

Que la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 29 de 15 de diciembre de 2011, perdió su vigencia;

Que se hace necesario convocar a concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial;».

Como pudo apreciarse, el Consejo Superior de Carrera Notarial para efectos de convocar a concurso público de méritos con el objeto de proveer cargos de Notario, a través del Acuerdo demandado, invocó entre otras normas, los artículos 164 y 165 del Decreto Ley 960 de 1970, los cuales según el actor, fueron derogados por la Ley 588 de 2000, y en consecuencia, en su criterio, ello genera la nulidad del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015.

Revisada la Ley 588 de 2000, encuentra la Ponente, que en su artículo 11 dispuso lo relacionado con las derogatorias en los siguientes términos:

«Artículo 11. *La presente ley deroga los artículos 164, 170, 176, 177 y 179 del Decreto-ley 960 de 1970 y las demás disposiciones que le sean contrarias, rige a partir de su publicación.».*

Sin embargo, la derogatoria del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970, dispuesta por el artículo 11 de la Ley 588 de 2000, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-421 de 2006, con ponencia del Magistrado Alvaro Tafiur Galvis, en la que se argumentó lo siguiente:

« si bien al expedir la Ley 588 de 2000 el Legislador reitera el mandato constitucional según el cual el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso de méritos y en ese sentido señala que los nombramientos en interinidad solo podrán hacerse mientras se realiza el respectivo concurso (art. 2); establece que los notarios serán nombrados por el gobierno, de la lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial y que el organismo competente señalado por la ley, convocará y administrará los concursos, así como la carrera notarial (art. 3); fija criterios para la calificación de los concursos haciendo énfasis en la experiencia e idoneidad de los candidatos (art. 4); establece algunas garantías para los actuales notarios bajo el presupuesto de la necesaria realización de concursos (art. 7); y afirma enfáticamente que "Cualquier concurso para notarios que en la actualidad se esté adelantando tendrá que ajustarse a lo preceptuado en esta ley", al mismo tiempo en el artículo 11 de la misma Ley deroga la única norma con fuerza de ley existente en la que se establece un órgano competente para esos efectos.

Es decir que, aún cuando la ley 588 de 2000 se encamina a dar cumplimiento a los mandatos superiores establecidos en el artículo 131 de la Constitución y en ella se señalan para los concursos de méritos una serie de características que responden a los objetivos previstos en la Constitución, como lo reconoció la Corte (específicamente en relación con los artículos que allí analizó -arts 2 a 7 y 10 de la Ley 588 de 2000-) en al Sentencia C-097 de 2001 es claro que la actuación del Legislador al no señalar de manera concreta cuál

era el organismo competente señalado por la ley para convocar y administrar los concursos, así como la carrera notarial y al mismo tiempo derogar el único órgano establecido en una norma con fuerza de ley para el efecto sin crear otro para sustituirlo, -siendo el legislador el único que podía hacerlo dada la clara reserva de ley que existe en este caso- dejó dicha ley sin un elemento indispensable para la realización de los referidos mandatos superiores.

Debe la Corte recordar, una vez más, que la decisión de los Constituyentes de incluir una disposición sobre el nombramiento de notarios mediante concurso, apuntó hacia la eficacia en la prestación del servicio notarial, a la vez que sentó las bases de un régimen especial de carrera para los notarios que atendiera ese mandato expreso como elemento central. En esta perspectiva resulta apenas razonable que el Legislador al desarrollar el mandato del constituyente, plasmado en el segundo inciso del art. 131 de la Carta no solo lo reitere y diseñe un marco teórico con exigencias dirigidas a la provisión con criterios objetivos, públicos y confrontables los cargos de notarios sino que la regulación que expida permita en ella misma la realización de los concursos que ordena la Constitución.

Es evidente que la existencia de un organismo encargado, de acuerdo con la ley, de convocar y administrar los concursos y la carrera notarial es un elemento indispensable para cumplir el mandato expreso de la Constitución, ya que sin él resulta inviable la realización de los referidos concursos según se desprende del recuento normativo y jurisprudencial efectuado en los acápites preliminares de esta sentencia.

Así, como lo pone de presente el señor Procurador General de la Nación y resulta de los antecedentes legislativos de la Ley 588 de 2000 a que se ha hecho referencia en los apartes preliminares de esta sentencia durante el debate Legislativo se planteó la necesidad, bien de crear en dicha ley un nuevo órgano para la administración de la carrera notarial, bien de hacer mención simplemente a la existencia de un órgano señalado en la ley para el efecto pero con el supuesto de la existencia del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 y de su renovada vigencia luego de la declaratoria de inexecutable del Decreto-Ley 110 de 1999-.

Empero, la comisión accidental especial, conformada para conciliar los textos aprobados respectivamente por el Senado de la República y la Cámara de Representantes, decidió incluir en el artículo 11 sobre

derogatorias el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970, sin advertir que en el texto del proyecto que se convertiría en la Ley 588 de 2000 no figuraba un artículo para sustituir el Consejo Superior a que él aludía encargado precisamente de la administración de los concursos y de la carrera notarial.

No corresponde a la Corte examinar en esta sentencia los eventuales vicios de trámite en los que se haya podido incurrir con la actuación de la Comisión de conciliación pues ese no es el objeto de la acusación del actor ni se dan los presupuestos para su examen, pero si resulta relevante traer a colación esos aspectos de la evolución del contenido del proyecto invocados por el señor Procurador pues ellos muestran que efectivamente existe -como lo afirma el actor- una clara dificultad en el texto finalmente adoptado por el Legislador como resultado de la derogatoria por el artículo 11 de la ley 588 de 2000 de la única norma con fuerza de ley que asignaba competencia para convocar y administrar los concursos y la carrera notarial.

4.3 Ahora bien, frente a los criterios señalados por la jurisprudencia para establecer si ha existido o no una omisión relativa del legislador[80] cabe señalar que si bien en estricto sentido ellos pueden no entenderse reunidos en el presente caso, pues se está en presencia más que de una omisión, de una actuación del Legislador, es claro para la Corte que el resultado de una conducta positiva del legislador -a saber la derogatoria del artículo 164 del decreto 960 de 1970- generó en este caso la ausencia de un organismo indispensable para la satisfacción de bienes constitucionales de particular importancia.

Recuérdese cómo el incumplimiento de los precisos mandatos constitucionales del artículo 131 superior es producto precisamente de la derogatoria aludida -como se concluyó en el aparte 3.4.4 de esta sentencia- y en ese orden de ideas la actuación del Legislador en este caso lo que hizo fue impedir la realización de los bienes y derechos constitucionales comprometidos en los artículos 13, 29, 40-7 y 131 superiores.

En efecto, no solo se está ante el incumplimiento del mandato expreso dirigido al Legislador en el sentido de que la provisión de los cargos de notario en propiedad debe efectuarse mediante concurso sino que ello tiene la consecuencia directa de impedir la efectividad de los derechos fundamentales ligados al acceso en condiciones de igualdad a la función notarial.

Téngase en cuenta que la ausencia del concurso para acceder a los cargos de carrera ante la inexistencia de un órgano de creación y régimen legal encargado de administrar los concursos y la carrera notarial genera un tratamiento discriminatorio para todos aquellos que pretendan acceder a la función notarial frente a las personas que están en interinidad (art. 2 de la Ley 588 de 2000) las cuales se encuentran entonces en una situación de privilegio que no solo choca con los mandatos superiores del artículo 131 sino que no se compadece con los principios que en la Constitución orientan el ejercicio de las funciones públicas.

Así, dado que ante la imposibilidad de realizar los concursos, la hipótesis excepcional a que alude el artículo 2 de la ley 588 de 2000 en su segundo inciso, -a saber que "En caso de vacancia, si no hay lista vigente de elegibles, podrá el nominador designar notarios en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso"-, se convierte en la regla general, es claro que el acceso a la función notarial como consecuencia de la derogatoria del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 no solo es imposible hacerlo mediante el procedimiento señalado por el Constituyente sino que de ello se sigue, de manera necesaria, el desconocimiento de los derechos a la igualdad, debido proceso y acceso a la función notarial, tanto de las personas que ocupan el cargo de notario en provisionalidad, como de los ciudadanos que quieran acceder a ese cargo, en condiciones de igualdad y con base en el mérito, al no existir el órgano que realice los concursos.

Todo lo anterior lleva a concluir que la actuación del Legislador de derogar el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 significó el incumplimiento de una obligación impuesta por la Constitución en el artículo 131 superior; violación directa de dicho texto superior que genera a su vez el desconocimiento del derecho a acceder a la función notarial en condiciones de igualdad mediante el procedimiento señalado por el Constituyente (artículos 13, 29 y 40-7 de la Constitución).

Así las cosas, a juicio de esta Corporación, la acusación formulada por el actor en torno de la vulneración del artículo 131 superior y consecuentemente de las demás normas por él invocadas, encuentra claro sustento.

4.4. En consecuencia, la Corte declarará la inexecutable de la expresión "164" contenida en el artículo 11 de la Ley de 588 de 2000

que, como se ha demostrado, comportó que desapareciera del ordenamiento jurídico el único órgano establecido en una norma con fuerza de ley como responsable de la administración de la carrera notarial y de los concursos, derogatoria con la cual la normatividad relativa a los concursos para la provisión en propiedad de los cargos de notario devino inoperante vulnerando así el artículo 31 superior y consecuentemente las demás normas invocadas por el actor en su demanda (arts 13, 29, y 40-7 C.P.).

4.4.1 Ahora bien, cabe recordar que de acuerdo con al artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las sentencias de esta Corporación "sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario". Al respecto la Corte ha señalado que la modulación de efectos de las sentencias en el tiempo debe ser rigurosamente excepcional atendidas las reales circunstancias de aplicación de las decisiones. Y ello por cuanto dicha excepcionalidad es la que mejor armoniza con la garantía de la seguridad jurídica y la protección de la supremacía constitucional.

La Corte ha sido enfática en afirmar así mismo que ante la ausencia de claras razones para modular en el tiempo los efectos del fallo lo que procede es aplicar la regla general.

En el presente caso encuentra la Corte que se está en presencia precisamente de una de esas situaciones excepcionales que justifican que la decisión de inexecutable tenga efectos desde la fecha de promulgación de la Ley 588 de 2000 pues es claro que la violación directa del artículo 131 de la Constitución y la consecuente vulneración de los derechos fundamentales ligados a la imposibilidad de acceder en condiciones de igualdad a la función notarial de acuerdo con el procedimiento fijado por el Constituyente se concretó con la derogatoria por el artículo 11 de la Ley 588 de 2000 del artículo 164 el Decreto Ley 960 de 1970 y ello desde la fecha misma de promulgación de la ley. Es, en efecto, a partir de esa fecha y en razón de esa derogatoria que desapareció el único órgano de creación y régimen legal encargado de administrar los concursos y la carrera notarial.

Por ello la Corte declarará la inexecutable de la expresión "164" contenida en el artículo 11 de la Ley 588 de 2000, a partir de la fecha de promulgación de la misma.

4.4.2 Como consecuencia de dicha declaratoria de inexecutable, en armonía con reiterada jurisprudencia de esta Corporación ya invocada en esta sentencia, el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 recobra su vigencia en los términos en que se encontraba al momento de la expedición de la Ley 588 de 2000, es decir tal como él regía luego de la sentencia C-741 de 1998 que declaró su executable parcial.

Cabe señalar al respecto que si bien la posibilidad de que una disposición que había sido derogada readquiera vigencia como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la derogatoria no es automática y supone que la disposición que "revive" no sea contraria al ordenamiento superior y además que ello sea necesario para asegurar la supremacía de la Constitución, es claro para la Corte que en el presente caso esos presupuestos se encuentran reunidos.

En efecto como lo puso de presente la Corte en la sentencia C-741 de 1998 donde declaró la executable parcial del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970, dicho artículo no fue derogado expresa ni tácitamente por normas preconstituyentes, y la Constitución tampoco lo suprimió expresamente, ya que ordenó el nombramiento de los notarios en propiedad mediante concurso pero no le atribuyó a organismo constitucional alguno la administración de la carrera notarial. Por ello la Corte concluyó que el ejercicio de esa función debía continuar a cargo del organismo legal existente para tal efecto. Organismo que para la fecha de expedición de la Ley 588 de 2000 era precisamente el que señalaba el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970, disposición legal que con la sola excepción de las expresiones "de la administración judicial", "entonces" y "y el tribunal Disciplinario" -declaradas inexecutable en esa sentencia- resultaba plenamente ajustado a la Constitución.

En cuanto a que la reviviscencia de la norma sea necesaria para asegurar la supremacía de la Constitución es claro que al derogar el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 lo que hizo el Legislador fue dejar sin operatividad la carrera notarial por él mismo regulada y en este sentido omitió en su reglamentación un elemento esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta y específicamente con el artículo 131 superior que ordena imperativamente que el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. En ese orden de ideas es claro igualmente que para asegurar la supremacía de la Constitución y hacer efectivo el cumplimiento de los claros mandatos superiores señalados en el referido artículo 131 y consecuentemente garantizar el acceso en

condiciones de igualdad a la función notarial de acuerdo con el procedimiento previsto por el Constituyente no cabe duda de la necesidad de que declarada la inexecutable de la expresión "164" contenida en el artículo 11 de la Ley 588 de 2000 desde la fecha de su promulgación, recobre su vigencia el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 tal como el regía luego de la sentencia C-741 de 1998.».

Así las cosas, los artículos 164 y 164 del Decreto Ley 960 de 1970, se encontraban vigentes para el momento de expedición del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, proferido por el Consejo Superior de Carrera Notarial, y en ese orden, luego del análisis preliminar realizado, el segundo cargo no permite prosperar la medida cautelar.

Reitera el Despacho, que se realizó una aprehensión sumaria, esto es, una valoración inicial o análisis preliminar, que solo comprendió un estudio previo respecto de la legalidad del acto administrativo acusado, por lo que será con la totalidad de los elementos materiales de la litis, que se realizará un estudio integral de los apartes normativos demandados.

TERCER REPARO.- DESCONOCIMIENTO DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 588 DE 2000

Señala el demandante, que el artículo 23 del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015,²⁶ al establecer que la prueba de conocimientos versaría sobre derechos constitucional, notarial, civil, penal, registral, inmobiliario, agrario, comercial y administrativo, vulnera el artículo 4 de la Ley 588 de

²⁶ Proferido por el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de Carrera Notarial, «por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial.».

2000,²⁷ según el cual, los exámenes solo consistirían en derecho notarial y registral.

Oposición.

El Ministerio de Justicia y del Derecho considera que el Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015 al contemplar para la prueba de conocimientos materias distintas al derecho notarial y registral, no está contrariando la ley, pues a su juicio la función pública notarial exige formación básica en todas aquellas áreas relacionadas directamente con el ejercicio de las funciones notariales, esto es, derecho constitucional, civil, penal, comercial y administrativo, lo cual además de estar ajustado a la ley, garantiza que quien aspire a desempeñar el cargo de Notario tenga la mejor formación y mérito para acceder a un cargo garante de la fe pública.

La Superintendencia de Notariado y Registro, indica que es claro que el Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015 estableció que la prueba de conocimiento versaría sobre función notarial, temática que no se aparta de lo ordenado por la ley, y que cuestión distinta es que el Acuerdo haya puntualizado las materias sobre las cuales recaería el examen en relación con la función notarial, pues a su juicio, todas las materias señaladas en los numerales 1 a 6 del artículo 23 son estrictamente de la función notarial.

Resolución del Despacho

²⁷ Por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la función notarial.

Para establecer si lo previsto en el Acuerdo, trasgrede alguna disposición contemplada en la Ley 588 de 2000, el Despacho hará una transcripción literal de la misma, puntualmente de su artículo 4:

«Artículo 4º. Para la calificación de los concursos se valorará especialmente la experiencia de los candidatos, así como la capacidad demostrada en actividades relacionadas con el servicio notarial, antigüedad en el mismo, capacitación y adiestramiento que hubieren recibido en materias propias del notariado, obras de investigación y divulgación, estudios de postgrado y estudios de especialización o diplomados, particularmente los relacionados con el notariado, así como el ejercicio de la cátedra universitaria y la participación y desempeño en funciones de orden legislativo, gubernativo y judicial. Todos estos factores serán concurrentes.

(...)

a) La prueba de conocimientos, tendrá un valor de 40 puntos, de los 100 del concurso. Los exámenes versarán sobre derecho notarial y registral.»

La norma trascrita es clara en señalar, que los exámenes que se realicen en desarrollo de la prueba de conocimientos versaran sobre derecho notarial y registral.

Ahora bien, el artículo 23 del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, también dispone que la prueba de conocimiento para proveer los cargos de Notarios vacantes versaría sobre materias de derecho notarial y registral. Sin embargo, en el inciso tercero del citado artículo se prevé, que para la elaboración de las preguntas y el diseño de las pruebas del concurso se tendrá en cuenta la función notarial y su relación con otras materias y áreas del derecho. Veamos:

«Artículo 23°. Prueba de conocimientos. La prueba de conocimientos se realizará por los medios que determine el Consejo Superior mediante acuerdo, con el objeto de evaluar el nivel académico del aspirante convocado a presentarla, en materias de derecho notarial y registral y tendrá un valor de 40 puntos, de los 100 del concurso.

(...)

Para la elaboración de las preguntas y el diseño de las pruebas del concurso se tendrá en cuenta la función pública notarial y su relación con las siguientes materias:

1. Derecho constitucional y derechos fundamentales.
2. Derecho notarial y registral enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales.
3. Derecho civil, inmobiliario y agrario, enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales.
4. Derecho penal enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales.
5. Derecho comercial enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales.
6. Derecho administrativo enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales.».

De acuerdo con la norma transcrita del Acuerdo demandado, para la elaboración de las preguntas y el diseño de la prueba de conocimientos, se tendrá en cuenta la función pública notarial y su relación con las siguientes materias o áreas jurídicas: (i) Derecho constitucional y derechos fundamentales. (ii) Derecho notarial y registral enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales. (iii) Derecho civil, inmobiliario y agrario, enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales. (iv) Derecho penal enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales. (v) Derecho comercial enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales. (vi) Derecho administrativo enmarcado en la Constitución, la ley y los desarrollos jurisprudenciales.

Para el Despacho, a partir de una aproximación inicial del asunto sometido a estudio, contrario a lo afirmado por el demandante, el aparte normativo demandado no establece que la prueba de conocimientos constará de preguntas sobre las diferentes áreas jurídicas, sino que contendrá preguntas atinentes a la función notarial y su relación con las diferentes ramas de lo jurídico, tales como constitucional, civil, inmobiliario, agrario, comercial y administrativo.

En ese sentido, el análisis inicial que corresponde a esta etapa del proceso, permite avizorar que el aparte normativo demandado no estaría desconociendo el artículo 4 de la Ley 588 de 2000, por tanto no resulta procedente el decreto de la medida cautelar solicitada.

CUARTO REPARO.- DESCONOCIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 6.º DE LA LEY 588 DE 2000²⁸ Y 3.º 4.º DE SU DECRETO REGLAMENTARIO 3454 DE 2006.²⁹

Para el demandante, el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015 desconoce las normas legales y reglamentarias mencionadas, puesto que, según afirma, al autorizar a los aspirantes inscritos en el concurso a que opten por aquellas notarías que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera, o que se llegaren a crear durante la vigencia de la lista de elegibles, se está disponiendo el uso de las listas de elegibles para proveer notarías no ofertadas, lo cual, a su modo de ver, no está contemplada en la normativa indicada.

²⁸ Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

²⁹ Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000.

Oposición

Para el Ministerio de Justicia y del Derecho, el reparo expuesto por el demandante no tiene vocación de prosperidad, en la medida en que el permitir que quienes luego del concurso de méritos integren la lista de elegibles para ocupar los cargos vacantes de Notario, se compadece con lo previsto en la Ley 588 de 2000 y el Decreto 3454 de 2006, y en lugar de limitar o restringir el acceso a la carrera notarial, abre la posibilidad de que la lista de elegibles que se conforme como resultado del proceso de selección o desarrollo del concurso, se utilice para incrementar o aumentar la posibilidad de proveer cargos en propiedad antes que la misma pierda vigencia.

Por su parte, la Superintendencia de Notariado y Registro, indica que la posibilidad contemplada en el Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, no se aparta de los principios constitucionales de la función pública tales como la economía y celeridad. Agrega que hay que tener presente que el Acuerdo tiene como objetivo escoger a las personas por sus méritos, capacidades, experiencia e idoneidad para prestar el servicio público notarial, rodeadas de probidad, rectitud y conocimiento del oficio, y que en ese sentido es válido permitir el acceso de estas personas a la totalidad de vacantes surgidas mientras la lista de elegibles tenga vigencia.

Resolución del Despacho

Con miras a atender la censura propuesta, la Ponente inicia el estudio revisando las normas invocadas como vulneradas por el accionante, así:

Ley 588 de 2000.³⁰

A través de la referida norma, el legislativo reguló *«el ejercicio de la actividad notarial»*, señalando en su artículo 1.º, que *«el notariado es un servicio público, que se presta por notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial.»*.

Así mismo, la norma estableció en su artículo 2.º, que *«El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso de méritos.»*. Precizando el artículo 3.º *«ejusdem»*, que *«los notarios serán nombrados por el Gobierno, de la lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial, las cuales deberán publicarse en uno o varios diarios de amplia circulación nacional» y «tendrá una vigencia de 2 años.»*. (Subraya el Despacho).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los concursos de méritos para proveer los cargos de notarios, el artículo 4.º de la Ley 588 de 2000³¹ señala, que *«...se valorará especialmente la experiencia de los candidatos, así como la capacidad demostrada en actividades relacionadas con el servicio notarial, antigüedad en el mismo, capacitación y adiestramiento que hubieren recibido en materias propias del notariado, obras de investigación y divulgación, estudios de postgrado y estudios de especialización o diplomados, particularmente los relacionados con el notariado, así como el ejercicio de la cátedra universitaria y la participación y desempeño en funciones de orden legislativo, gubernativo y judicial.»*.

El mencionado artículo 4.º de la Ley 588 de 2000³² también dispone que *«las pruebas e instrumentos de selección»*, a aplicar en los concursos para proveer cargos de notarios *«son, en su orden: 1. Los análisis de méritos y antecedentes; 2. La prueba de conocimientos; y 3. La entrevista.»*. La disposición normativa en

³⁰ Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

³¹ Ib.

³² Ib.

comento agrega, que «El concurso se calificará sobre 100 puntos», así:

a) La prueba de conocimientos, tendrá un valor de 40 puntos, de los 100 del concurso. Los exámenes versarán sobre derecho notarial y registral.

b) Las experiencias valdrán hasta 35 puntos, así: 5 puntos por cada año o fracción superior a 6 meses por el desempeño del cargo de notario, cónsul; 2 puntos por cada año o fracción superior a 6 meses en el ejercicio de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo; 1 punto por cada año o fracción superior a 6 meses de ejercicio de la profesión de abogado; 1 punto por cada año del ejercicio de la cátedra universitaria, 1 punto por cada año o fracción superior a 6 meses de funciones notariales o registrales.

c) Especialización o postgrados 10 puntos.

d) Autoría de obras en el área de derecho 5 puntos.

e) La entrevista, hasta 10 puntos y evaluará la personalidad, vocación de servicio y profesionalismo del aspirante.».

El artículo 4.º de la Ley 588 de 2000³³ también señala, a través de sus párrafos 1.º, 2.º y 3.º, lo siguiente:

«Parágrafo 1.º. Para efectos del presente artículo, se contabilizará la experiencia en el ejercicio de la profesión de Abogado desde la fecha de obtención del respectivo título.

Parágrafo 2.º. Quien haya sido condenado penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado o por faltas como Notario consagradas en el artículo 198 del Decreto Ley 960 de 1970, no podrá concursar para el cargo de notario.

Parágrafo 3.º. El contenido de la prueba de conocimientos y criterio jurídico variará de acuerdo con la categoría del círculo notarial para el que se concurse.». (Destaca la Ponente).

³³ Ib.

Respecto de los requisitos para aspirar a ocupar el cargo de notario, el artículo 5.º de la Ley 588 de 2000³⁴ se remite al Decreto Ley 960 de 1970,³⁵ en los siguientes términos: «*Para ser notario a cualquier título se requiere cumplir con las exigencias previstas en el Capítulo II del Título V del Decreto-ley 960 de 1970.*».

De igual modo, la Ley 588 de 2000,³⁶ en su artículo 6.º, establece que «*el aspirante al cargo de notario, en la solicitud de inscripción anotará el círculo al que aspira*», precisando la norma, que «*si en el círculo existe más de una notaría indicará también el orden de su preferencia.*».

Finalmente releva el Despacho, que en los artículos finales de la Ley 588 de 2000,³⁷ es decir, 7, 8, 9, 10 y 11, el legislador estableció normas que en su orden, se relacionan con la «*continuidad del servicio notarial*» en caso de vacancias, el «*régimen disciplinario*» de los notarios, el uso de los «*medios magnéticos o electrónicos*» para efectos del «*protocolo y en general el archivo de las notarías*» y las derogatorias.

Como pudo apreciarse, la Ley 588 de 2000³⁸ no establece, ni prohíbe, en su articulado, que las listas de elegibles resultantes del concurso para proveer cargos de notarios, tengan puedan ser utilizadas para proveer notarías que queden vacantes luego de iniciado el concurso.

Procede ahora el Despacho a revisar el contenido del Decreto 3454 de 2006,³⁹ reglamentario de Ley 588 de 2000.⁴⁰

Decreto Reglamentario 3454 de 2006.⁴¹

³⁴ Ib.

³⁵ Por el cual se expide el estatuto del notariado.

³⁶ Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

³⁷ Ib.

³⁸ Ib.

³⁹ Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000.

⁴⁰ Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

⁴¹ Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000.

Con el propósito de reglamentar la referida Ley 588 de 2000,⁴² el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3454 de 2006,⁴³ por medio del cual precisó aspectos tales como, los requisitos generales e impedimentos para postularse al concurso de notarios (art. 1.º); estructura del concurso (art. 2.º); etapas de la convocatoria (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10), conformación de las listas de elegibles (art. 11); mecanismo para resolver empates en los resultados (art. 12); y el procedimiento para declarar desierto el concurso. Veamos:

El artículo 1.º del decreto reglamentario en estudio, establece los requisitos generales e impedimentos para postularse al concurso de notarios, de la siguiente manera:

«Artículo 1.º. Requisitos generales. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.1](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. Podrán participar en el concurso para el ingreso a la Carrera Notarial los ciudadanos que reúnan y acrediten, en la fecha de la inscripción las condiciones generales descritas en el artículo [132](#) del Decreto Ley 960 de 1970, y los requisitos a que se refieren los artículos [153](#), [154](#) y [155](#) del mismo decreto según la categoría de notaría a que aspire.

Parágrafo. No podrán participar quienes se encuentren dentro de las causales de impedimento previstas en los artículos [133](#), [135](#), [136](#) y [137](#) del Decreto 960 de 1970.».

El artículo 2.º de la reglamentación en comento, señala, respecto de la estructura o diseño del concurso para proveer cargos de notario, lo siguiente:

«Artículo 2.º. Estructura del concurso. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.2](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. El concurso se compone de las siguientes fases: (1) convocatoria; (2) inscripción y presentación de los

⁴² Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

⁴³ Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000.

documentos con los que el aspirante pretenda acreditar el cumplimiento de requisitos; (3) análisis de requisitos y antecedentes; (4) calificación de la experiencia; (5) prueba de conocimientos; (6) entrevista, y (7) publicación y conformación de la lista de elegibles.».

Los artículos 3 a 10 del Decreto Reglamentario 3454 de 2006,⁴⁴ señalan, en lo atinente a las etapas de la convocatoria, lo siguiente:

«Artículo 3.º Convocatoria. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.3](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. La convocatoria será efectuada por el Consejo Superior mediante acuerdo que señalará las bases del concurso, y que contendrá, como mínimo:

1. Fechas y plazos de la inscripción;
2. Notarías para las cuales se convoca a concurso, con indicación del departamento, distrito, municipio, círculo, número y categoría;
3. Requisitos que deben acreditarse según la categoría de la notaría;
4. Puntaje para las fases y naturaleza de cada una de estas, de conformidad con la ley;
5. Fecha de publicación de la lista de los aspirantes convocados a presentar la prueba por haber obtenido el puntaje a que se refiere el artículo [7º](#) del presente decreto;
6. Prueba a aplicar, fecha, hora y lugar de aplicación;
7. Fecha de publicación de los resultados de la prueba y de la convocatoria a entrevista de quienes hayan obtenido el puntaje a que se refiere el artículo [8º](#) del presente decreto;
8. Autoridad competente y procedimiento para resolver las reclamaciones y consultas que formulen los aspirantes, de conformidad con la ley;
9. Direcciones postales, números telefónicos, direcciones de correo electrónico y sitios web donde los interesados pueden obtener información, y
10. Lo relacionado con la presentación de la garantía de que trata la Ley [588](#) de 2000.

Parágrafo. En el acuerdo el Consejo Superior reglamentará los criterios y condiciones de los aspectos anteriores preservando la publicidad y transparencia en todo el proceso de selección.

⁴⁴ Ib.

Artículo 4.º Inscripción. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.4](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. La inscripción se realizará por vía electrónica en el sitio web que indique el Consejo Superior, en la fecha que determine el reglamento.

<Aparte tachado NULO> El postulante diligenciará en forma completa el formulario electrónico que para tal fin sea aprobado por el Consejo Superior, indicando el círculo al que aspira. Si en el círculo existe más de una notaría, indicará también el orden de su preferencia. Serán eliminados del proceso los aspirantes que presenten más de una aplicación en el concurso, ~~y quienes se presenten para más de un círculo notarial.~~

El aspirante tendrá en cuenta que al diligenciar y enviar el formulario estará afirmando bajo la gravedad del juramento, no tener ningún impedimento para ser designado notario, y que no ha sido condenado penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado, ni sancionado con pena de suspensión o destitución por faltas en el ejercicio del cargo de notario, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley [960](#) de 1970, la Ley 734 de 2002 y demás normas que regulen la materia.

Simultáneamente con la inscripción, el aspirante deberá remitir a los lugares y por los medios que establezca el acuerdo, los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos generales y particulares previstos en este decreto para aspirar al cargo de notario, según el círculo y la categoría de la notaría, con todos los soportes que acrediten experiencia laboral, títulos académicos y publicación de obras jurídicas, en los términos exigidos por la Ley [588](#) de 2000.

Parágrafo. <Aparte tachado NULO> Quienes deseen participar en el concurso, una vez diligenciado el formulario de inscripción, deberán remitir, además de los requisitos señalados en este artículo, los siguientes documentos: ~~certificación sobre conducta y antecedentes en donde conste la situación o definición de los procesos penales en que el aspirante hubiere sido sindicado,~~ enjuiciado o condenado; certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación; certificado de vigencia de la cedula de ciudadanía expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil; certificado de antecedentes fiscales expedido por la Contraloría General de la Republica, y copia del pasado judicial expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad.

Artículo 5.º. Documentación exigida para acreditar requisitos. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.5](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. En los términos de la Ley [588](#) de 2000 y del Decreto [960](#) de 1970, para acreditar el cumplimiento de los requisitos para aspirar al cargo de notario y la experiencia, títulos y obras que se pretendan hacer valer, se aceptarán los siguientes documentos:

- a)** El tiempo de desempeño del cargo de notario se acreditará con la certificación que expida la Superintendencia de Notariado y Registro;
- b)** El tiempo de desempeño del cargo de cónsul se acreditará con la certificación que expida el Ministerio de Relaciones Exteriores;
- c)** El tiempo de ejercicio de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo, se acreditará con el certificado expedido por la autoridad competente de la respectiva entidad pública;
- d)** El ejercicio de la profesión de abogado se acreditará con el desempeño habitual de cualesquiera actividades jurídicas, tanto independientes, como subordinadas, en cargo público o privado. Igualmente, para acreditar la calidad de abogado, deberá acompañar copia de la tarjeta profesional y del acta de grado o del título y certificación sobre su reconocimiento oficial;
- e)** La cátedra universitaria se acreditará con el certificado expedido por la institución de educación superior donde la ejerce;
- f)** El desempeño de funciones notariales y registrales se acreditará con el certificado expedido por la autoridad competente de la respectiva entidad pública o privada;
- g)** La publicación de obras en áreas del Derecho se acreditará con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Se otorgarán los 5 puntos a los aspirantes que puedan demostrar al menos la autoría de 1 obra jurídica;
- h)** Para acreditar estudios de postgrado, en los términos del artículo [10](#) de la Ley 30 de 1992, los aspirantes deberán aportar una copia del diploma y del acta de grado en tratándose de estudios adelantados en instituciones universitarias de educación superior domiciliadas en el país. En caso de que el título haya sido obtenido en el exterior, se deberá aportar copia del título y certificado de convalidación expedido por el Ministerio de Educación. Por título de postgrado que se acredite debidamente, el aspirante tendrá derecho a diez puntos sin que en ningún caso se asigne por este concepto un puntaje superior.

Artículo 6.º. Análisis de requisitos y antecedentes. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.6](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. Con base en los documentos a que se refiere el artículo anterior, el Consejo Superior, con la colaboración de las entidades que señale el reglamento, evaluará si el aspirante cumple los requisitos para aspirar al cargo o que está impedido para hacerlo, en cuyo caso será eliminado del concurso mediante decisión motivada que se publicitará a través de los mecanismos que prevea el reglamento de conformidad con la ley. En ningún caso los aspirantes podrán aportar documentación adicional a la originalmente remitida.

Artículo 7.º. Calificación de la experiencia. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.7](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. Durante esta fase, los aspirantes podrán obtener hasta 50 de los 100 puntos de calificación del concurso, así: 35 puntos por experiencia; 10 puntos por estudios, y 5 puntos por publicaciones.

La calificación a que se refiere este artículo será efectuada por quien indique el Consejo Superior de la Carrera Notarial, el cual expedirá y publicará la lista con las calificaciones obtenidas por cada uno de los aspirantes en un término máximo de 30 días calendario contados a partir de la fecha del informe sobre análisis de requisitos y antecedentes a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 8.º. Prueba de conocimientos. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.8](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. A la prueba de conocimientos serán convocados los aspirantes de conformidad con el reglamento que expida el Consejo.

La prueba se celebrará en un mismo día, y la presentarán en forma simultánea los aspirantes convocados en las capitales del departamento en donde esté situado el círculo notarial al cual aspiran.

La calificación de la prueba deberá ser hecha por los medios electrónicos y automáticos que se acuerden entre el Consejo Superior de la Carrera Notarial y la entidad que realice la prueba.

La prueba de conocimientos, tendrá un valor de 40 puntos, de los 100 del concurso.

Artículo 9.º. Realización de la prueba. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.9](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. <Apartes tachados NULOS>. La realización de la prueba será contratada por el Consejo Superior de la Carrera Notarial con una entidad del **Estado** de reconocida experiencia en realización de pruebas de aptitudes y conocimientos. El formulario de la prueba será elaborado por dicha entidad de manera aleatoria y de acuerdo a las técnicas propias de este tipo de pruebas con base en un banco de preguntas que le aportará el Consejo Superior y que este, a su turno, recaudará entre las entidades y organismos que él determine. El cuestionario tendrá carácter secreto y reservado, **y contendrá hasta el 15% de las preguntas contenidas en el banco de preguntas, el cual podrá ser público.**

Artículo 10. Entrevista. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.10](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. La entrevista se realizará en forma presencial, en los lugares y con los criterios que determine el Consejo Superior. Por entrevista se entiende el proceso mediante el cual se evalúa objetivamente la personalidad, la vocación de servicio y el profesionalismo del aspirante. La entrevista será conducida por jurados integrados y designados por el Consejo Superior, de conformidad con el reglamento, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo 3 días de antelación a su realización. Cada uno de los miembros del jurado asignará individualmente y en forma escrita y motivada el puntaje que corresponda al entrevistado, y la sumatoria de los resultados se dividirá por tres. La calificación que resulte será la que, sobre una calificación de 10 puntos, le será asignada al aspirante mediante decisión motivada.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico u otro que ofrezca seguridad suficiente, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a 6 meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles.».

El artículo 11 del Decreto Reglamentario 3454 de 2006⁴⁵ reglamenta lo que tiene que ver con conformación de las listas de elegibles, estableciendo sobre el particular lo siguiente:

⁴⁵ Ib.

«Artículo 11. Conformación y publicación de la lista de elegibles. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.11](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. El puntaje final de los aspirantes será el que resulte de la suma de las calificaciones obtenidas en las distintas fases del concurso. Por tanto, la lista de elegibles, una por cada círculo notarial, estará integrada por quienes hayan obtenido más de sesenta (60) puntos en el proceso.

La lista de elegibles, con los puntajes obtenidos, será publicada en un diario de amplia circulación Nacional y en el sitio web del Consejo Superior. Además, será comunicada a las autoridades mencionadas en el artículo [161](#) del Decreto-ley 960 de 1970 para que dentro de los treinta (30) días siguientes a dicha comunicación provean en propiedad los cargos de notarios.

En todo caso la lista de elegibles tendrá la vigencia prevista en el artículo 3º de la Ley 588 de 2000.».

El artículo 12 del Decreto Reglamentario 3454 de 2006⁴⁶ regula la manera de dirimir empates entre los concursantes, en los siguientes términos:

«Artículo 12. De los empates. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.12](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. En el evento en que se presentare empate entre un aspirante al concurso con quien esté ejerciendo el cargo de notario al momento de la apertura del mismo, este se decidirá en favor del segundo. En los demás casos se decidirá por aquel que haya obtenido mayor puntaje en la prueba de conocimientos, en caso de persistir, se convocará a audiencia ante el Consejo Superior para que se dirima mediante el sistema de balotas.».

Finalmente, el artículo 13 del Decreto Reglamentario 3454 de 2006⁴⁷ señala que el concurso de méritos para proveer cargos de notarios se declarará desierto en las siguientes circunstancias:

⁴⁶ Ib.

⁴⁷ Ib.

«Artículo 13. Concurso desierto. <Artículo compilado en el artículo [2.2.6.5.13](#) del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1069 de 2015>. El Consejo Superior, mediante acuerdo, declarará desierto, total o parcialmente el concurso, para uno o más círculos notariales, en los siguientes casos:

- Cuando no se inscriba algún aspirante, o ninguno acredite los requisitos exigidos en la convocatoria, o
- Cuando ningún participante obtenga el puntaje mínimo aprobatorio del concurso.

En estos casos, el Consejo Superior convocará de nuevo a concurso dentro de los dos (2) meses siguientes a tal declaratoria.».

Como pudo apreciarse, el Decreto Reglamentario 3454 de 2006⁴⁸ no establece, ni prohíbe, en su articulado, que las listas de elegibles resultantes del concurso para proveer cargos de notarios, tengan puedan ser utilizadas para proveer notarias que queden vacantes luego de iniciado el concurso.

SU-446 de 2011⁴⁹

Sobre el tema objeto de estudio, la Corte Constitucional mediante la sentencia de unificación SU-446 de 2011,⁵⁰ al estudiar varias demandas de tutela presentadas por varios de los inscritos en uno de los concursos de la Fiscalía General de la Nación, estableció los siguientes postulados:

«Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. En términos generales, debemos decirlo, el Estado convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes u ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público, pues, tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 “Se entiende

⁴⁸ Ib.

⁴⁹ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁰ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo (pues) carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo.

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho “se encuentra indisolublemente

determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”⁵¹.

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados.

¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación.

Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág 134.

cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso (...).».

De los apartes de la sentencia de unificación hasta ahora trascritos, se infiere entonces, que para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser utilizada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertadas en la convocatoria.

Sin embargo, en la providencia de unificación objeto de estudio, la Corte Constitucional hace referencia a una excepción a la regla antes expuesta, respecto del uso de las listas de elegibles, la cual fue previamente, establecida en la sentencia C-319 de 2010,⁵² en la que se analizó la constitucionalidad de una disposición reguladora del Sistema Especial de la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo, similar a la que fue dispuesta en el artículo 34 del Decreto Ley 765 de 2005,⁵³ y en el modificado inciso 4.º del artículo 28 del Decreto Reglamentario 3626 de 2005.⁵⁴

Sobre tal asunto la Corte señaló que:

«...lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010⁵⁵ sobre el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se

⁵² M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵³ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁵⁴ «Una Vez provistos los empleos objeto del concurso, se deberán utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en empleos iguales o equivalentes.».

⁵⁵ M.P. Humberto Sierra Porto

puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.

Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.».

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional acepta que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto del concurso de méritos originario del registro de elegibles, siempre que estos sean de la misma naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

En consecuencia, para el caso concreto es aplicable la excepción dispuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010⁵⁶ y reiterada en la SU--446 de 2011,⁵⁷ según la cual, el uso de la lista de elegibles para proveer cargos diferentes a los ofertados es procedente, siempre y cuando las bases de la convocatoria respectiva lo permitan y los empleos no contemplados inicialmente en el proceso de selección, sean iguales o equivalentes a los ofertados.

Análisis del acto administrativo demandado

⁵⁶ M.P. Humberto Sierra Porto

⁵⁷ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

El artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en su parte pertinente es del siguiente tenor:

«ART. 1º—**Convocatoria.** Convócase a concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial, para proveer a nivel nacional la totalidad de notarías que a la fecha se encuentren en interinidad o en encargo, las que se llegaren a crear durante el desarrollo del concurso y la vigencia de la lista de elegibles, o las que resulten vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera. Igualmente, fíjense las bases del concurso de méritos, las cuales establecen como reglas obligatorias para los participantes y las autoridades del concurso las previsiones de la Constitución, la ley, y demás actos administrativos que modifiquen o aclaren el presente acuerdo. Sin perjuicio de las notarías que se llegaren a crear durante el desarrollo del concurso y la vigencia de la lista de elegibles, o las que resulten vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera. Las notarías que requieren de la provisión del cargo en la actualidad, son:

Notarías de Primera categoría

(...)

PAR. 1º. Los aspirantes podrán inscribirse para las notarías de primera categoría que resulten vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera o se creen durante la vigencia de la lista de elegibles.

Notarías de Segunda Categoría

(...)

PAR. 2º. Los aspirantes podrán inscribirse para las notarías de segunda categoría que resulten vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera o se creen durante la vigencia de la lista de elegibles.

Notarías de Tercera Categoría

(...)

ART. 3º. Los aspirantes podrán inscribirse para las notarías de tercera categoría que resulten vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera o se creen durante la vigencia de la lista de elegibles.».

En el caso objeto de análisis, observa la Ponente que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, es permitido que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, siempre y cuando tengan características y funciones iguales o equivalentes a los ofertados.

En ese sentido, luego del estudio inicial realizado, el Despacho considera que los apartes normativos demandados del artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, al permitir el uso de las listas de elegibles para proveer las notarías que queden vacantes en desarrollo del concurso, no es contrario a las normas invocadas como vulneradas.

En tal virtud, el cuarto cargo propuesto por el demandante, tampoco amerita la suspensión de forma provisional de los apartes normativos demandados.

En armonía con lo dispuesto por el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011,⁵⁸ la decisión que en esta providencia se adopta sobre la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, no implica prejuzgamiento.

En mérito de lo expuesto, se

⁵⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

RESUELVE

NEGAR la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional propuesta por el señor Carlos Mario Isaza Serrano, en el proceso de Nulidad Simple 110010325000201501101 00 (4970-2015).

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera de Estado