



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

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

Radicación número: 1100110324000 2013 00481 00

Actor: EDILBERTO CASTELLANOS APONTE

Demandado: Superintendencia de Notariado y Registro.

Medio de control: Nulidad simple.

Decide la Sala en única instancia la demanda de nulidad de la referencia, promovida por EDILBERTO CASTELLANOS APONTE contra las Resoluciones No. 9516 del 20 de octubre de 2010, No. 10137 del 23 de noviembre de 2011 y No. 10935 del 15 de Diciembre de 2011, proferidas por la Superintendencia de Notariado y Registro.

I.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda.



En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, obrando en nombre propio, **EDILBERTO CASTELLANOS APONTE**, acudió ante el Consejo de Estado con el fin de obtener la nulidad integral de la Resolución No. 9516 del 20 de octubre de 2010, “Por la cual se da cumplimiento a una orden judicial y se modifica el artículo 13 de la Resolución No. 2277 de 2006”, así como la nulidad parcial de las Resoluciones No. 10137 del 23 de Noviembre de 2011, “Por la cual se establece un procedimiento para el trámite de reparto notarial”, y No. 10935 del 15 de Diciembre de 2011, “Por la cual se modifica la Resolución 10137 del 23 de noviembre de 2011, que regula el trámite para el reparto notarial”, expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro (en adelante LA SUPERINTENDENCIA).

1.2. Pretensiones de la demanda.

La parte actora formula las siguientes pretensiones:

“1.1. Que es nula la resolución No. 9516 de 20 de Octubre de 2010, por la cual se da cumplimiento a una orden judicial y se modifica el artículo 13 de la Resolución No. 2277 del 17 de Enero de 2006”

1.2. Que es parcialmente NULA la RESOLUCIÓN (sic) No. 10137 23-11-2011 del 23 de Noviembre de 2011, por la cual se establece un procedimiento para el trámite de reparto notarial.

1.2. (sic) Que es parcialmente NULA la RESOLUCIÓN (sic) No. 10935 15-12-2011 del 15 de Diciembre de 2011, por la cual se modifica la resolución



10137 del 15 de Diciembre de 2011, por la cual se establece un procedimiento para el trámite de reparto notarial¹.

1.3. Hechos y omisiones en que se fundamenta la demanda.

Entre los distintos hechos y omisiones relacionados por el actor en su demanda, como antecedentes relevantes de la presente controversia se pueden destacar los siguientes:

Afirma que mediante instrucción administrativa No. 27 del 8 de septiembre de 2003, proferida por el Despacho del Superintendente de Notariado y Registro se expuso la necesidad de regular diferentes aspectos relacionados con el reparto de minutas de escrituras públicas. E indica que en el numeral 3º de esta instrucción administrativa se dispuso que los actos provenientes del Fondo Nacional de Ahorro (en adelante FNA) en desarrollo de su actividad financiadora de planes de vivienda no se someterían a reparto.

Comenta que la disposición contenida en este numeral fue demandada ante el Consejo de Estado, el cual se pronunció al respecto en la sentencia del 13 de agosto de 2009, por medio de la cual la Sección Primera de esta Corporación declaró la nulidad de dicha previsión. De acuerdo con lo expuesto en dicha providencia:

¹ Folio 20.



Para excluir del reparto notarial a las escrituras de venta e hipoteca en que intervenga el Fondo Nacional de Ahorro el Superintendente se fundamentó (el acto demandado) en el párrafo del artículo 15 de la Ley 29 de 1973, norma que, a juicio de la Sala, no debió ser invocada, si se tiene en cuenta que el inciso 1 del artículo 15 en comento dispone que los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado, entre otros organismos, que deban celebrarse por medio de escritura pública se repartirán equitativamente entre las notarías que existan, cuando en el círculo de que se trate haya más de una.

Para esta Corporación es claro, entonces, que la anterior disposición no requiere de interpretación alguna, pues es nítido su contenido, como también lo es que la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Ahorro es la de empresa industrial y comercial del Estado, razón por la cual, independientemente de que tenga o no por objeto principal de sus actividades desarrollar planes de vivienda y negocios de finca raíz (párrafo del artículo 15 de la Ley 29 de 1973), la circunstancia de detentar la naturaleza jurídica ya dicha hace que las escrituras que suscribe en efecto tengan que someterse a reparto.

Señala que para acatar la sentencia del Consejo de Estado, LA SUPERINENTENCIA modificó la Resolución No. 2277 del 17 de abril de 2006, por medio de la cual se reglamentaba el reparto de escrituras públicas, y expidió la Resolución No. 9516 del 26 de octubre de 2010, y luego las Resoluciones No. 10137 de 23 de noviembre de 2011 y No. 10935 de 15 de Diciembre de 2011, con fines a modificar el artículo 2 de la anterior, relacionado con las entidades sometidas a reparto.

1.4. Normas violadas y concepto de la violación.



La parte actora señala como vulneradas por las disposiciones administrativas acusadas el artículo 15 de la ley 29 de 1973 y los artículos 3 y 12 del Decreto 412 de 2007.

En síntesis, del escrito presentado por la parte demandante se deriva que formula los siguientes cargos contra los actos administrativos demandados:

i) Desconocimiento de normas superiores.

Sostiene, con base en el artículo 15 de la ley 29 de 1973², que “tiene basamento constitucional y legal y es de recibo la conclusión a la que llega el Fondo Nacional del Ahorro en el sentido que las escrituras en que intervenga se excluyen del reparto por el hecho de que las suscribe con un particular, y no es que desde esa óptica se generalice el sometimiento a dicho reparto, por ejemplo, los contratos que

² **Art. 15.-** Los actos de la Nación, los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, y, en general de todos sus organismos administrativos, institutos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta, que deban celebrarse por medio de escritura pública, cuando en el círculo de que se trate haya más de una notaría, se repartirán equitativamente entre las que existan. La Superintendencia de Notariado y Registro reglamentará el procedimiento del reparto, de modo que la administración no establezca privilegios en favor de ningún notario.

El incumplimiento de esta disposición hará incurrir al responsable en multa de quinientos (\$ 500.00) a cinco mil pesos (\$ 5.000.00) que impondrá disciplinariamente, con conocimiento de causa, la Superintendencia de Notariado y Registro, de oficio o a petición de cualquier persona natural o jurídica.

Parágrafo. Los establecimientos bancarios oficiales y semioficiales, que tengan por objeto principal de sus actividades desarrollar planes de vivienda y negocios de finca raíz, quedan sometidos al régimen de reparto y de sanciones de que tratan los anteriores incisos.



celebren las entidades estatales con un particular y que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, lo cual no estaría desconociendo lo previsto en el artículo 15 de la ley 29 de 1973, en punto de que los contratos celebrados por las entidades allí enumeradas que requieran de escritura pública se sometería (*sic*) a reparto”³.

Expresa que según el párrafo del artículo 15 de la ley 29 de 1973, los establecimientos bancarios oficiales y semioficiales que tengan por objeto principal de sus actividades desarrollar planes de vivienda y negocios de finca raíz, quedan sometidos al régimen de reparto y de sanciones de que tratan los anteriores incisos, “siendo absolutamente claro que el Fondo Nacional del Ahorro no participa de la naturaleza de establecimiento bancario oficial o semioficial, con arreglo a lo dispuesto en la ley 432 del 29 de enero de 1998”⁴. Lo anterior, por considerar que al FNA no puede dársele dicho tratamiento “porque sus fines son diametralmente opuestos a la banca privada”⁵. Y señala que en concepto de 16 de junio de 2003 de la Superintendencia Bancaria se puede apreciar el fundamento de esta interpretación.

³ Folios 23-24.

⁴ Folio 25.

⁵ Idem.



Manifiesta que según lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-216 de 1994, “[l]a facultad de "rogación", en estricto sentido, se origina de un derecho de los particulares, y se expresa libremente, con el solo límite de no contrariar el orden jurídico. Es por ello que el particular puede hacer todo aquello que no esté prohibido. Pretender que la Administración local tenga la facultad de escoger a su arbitrio la Notaría, equivale a darle un tratamiento jurídico desproporcionado a la naturaleza de la función pública, equiparándola en absoluto a la facultad de los particulares. Es así como el principio de la rogación sólo es aplicable a los usuarios particulares, al paso que las autoridades tienen la obligación de Reparto”. Y señala que al ser particulares los sujetos con los cuales trata el FNA, celebra sus contratos y otorga las correspondientes escrituras, no se les puede negar este derecho por ser ello contrario tanto a su derecho de rogación como a la libre iniciativa privada⁶.

Apunta que “[c]on la misma lógica que se impone la declaratoria de nulidad absoluta de la Resolución No. 9516 del 20 de octubre de 2010, en cuanto que hace imperativo que los actos que requieran de escritura pública en los que interviene el Fondo Nacional del Ahorro deban someterse a la diligencia de reparto, extendiendo impropriamente y sin justificación ni legal el mismo condicionamiento a los actos accesorios

⁶ Folios 25-26.



del principal. Y respecto de las resoluciones 101137 (*sic*) del 23 de noviembre de 2011 y modificatoria 10935 del 15 de diciembre de 2011 la nulidad parcial en cuanto que afecta la libre iniciativa privada de los particulares que traten con el Fondo Nacional de (*sic*) Ahorro sin hacer ninguna distinción entre actos principales y accesorios negociales”⁷.

ii) Falta de competencia de LA SUPERINTENDENCIA.

Indica que de los artículos 15 de la ley 29 de 1973 y 3, 12.1 y 12.3 del Decreto 412 de 2007 “en modo alguno se desprenden la facultad para expedir actos administrativos restrictivos para exigir que los actos que requieran escritura pública en los que intervenga el FNA debe someterse a la diligencia de reparto”⁸. Esto, dado que ni expresa ni implícitamente se reconoce o deriva para LA SUPERINTENDENCIA la facultad de establecer esta restricción. Máxime cuando, como se destacó líneas arriba, al FNA no puede dársele el tratamiento de entidad bancaria particular, oficial ni semioficial⁹.

1.5. Solicitud de suspensión provisional.

⁷ Folio 26.

⁸ Folio 25.

⁹ Idem.



El accionante mediante escrito separado solicita que se decrete la suspensión provisional de las disposiciones acusadas por considerar que se presenta una infracción manifiesta a las normas superiores que se invocan como infringidas.

Surtido el trámite previsto por el artículo 233 del CPACA, esta solicitud fue desestimada por el Consejero Ponente mediante auto de 8 de abril de 2014¹⁰, por considerar que con fundamento en el examen jurídico propio de esta fase procesal inicial no se observa la vulneración normativa a que alude el demandante.

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Notariado y Registro contesta la demanda en término¹¹, a través de apoderado judicial, manifestando oposición a las pretensiones esgrimidas en la demanda, bajo el supuesto que la normatividad expedida fue consecuencia del fallo del 13 de Agosto de 2009, proferido por el Consejo de Estado Sección Primera, Magistrada Martha Sofía Sáenz Tobón, en la que se determinó que LA SUPERINTENDENCIA había incurrido en error al excluir las minutas de escritura pública en las cuales intervenía dicha entidad. No otro, explica, fue el motivo el cual se expidieron las Resoluciones en litigio.

¹⁰ Folio 31-45 del Cuaderno de medidas cautelares.

¹¹ Folios 43-56.



Indica que la competencia de los actos expedidos por la entidad se fundamenta en las normas de la Constitución (artículos 115 y 131), de la ley 29 de 1973 (artículo 15), el decreto 412 de 2007 (artículos 3 y 12) y el decreto 2163 de 2011 (artículos 12 y 13), normatividad mencionada en el fallo proferido por el Consejo de Estado. Por lo anterior, menciona que no puede ser cierto que los actos atacados se fundamenten en normas equivocadas, “toda vez que el Superintendente de Notariado se limitó a dar aplicación al fallo del Consejo de Estado”¹².

Respecto a la expedición irregular manifiesta el demandante que no es cierto que se vulnere el derecho de defensa al Fondo Nacional del Ahorro, pues en el fallo proferido por el Consejo de Estado se dijo que la entidad responde a una “*Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero de orden nacional*”, por lo cual no puede desconocerse lo establecido en el artículo 15 de la ley 29 de 1973.

Con relación a que las Resoluciones fueron expedidas bajo normas equivocadas, manifiesta el demandado que es falso, puesto que la fundamenta con qué estás normas fueron invocadas con base en el fallo proferido con anterioridad por el Consejo de Estado.

¹² Folio 53.



Manifiesta que no le asiste razón al demandante al expresar que LA SUPERINTENDENCIA no tiene dentro de sus funciones la de expedir actos como los demandados, puesto que, por el contrario, se trata de una facultad prevista por el artículo 15 de la ley 29 de 1973, que dispone que los actos que deban celebrar las empresas industriales y comerciales del Estado por medio de escritura pública se repartirán equitativamente en las notarías que existan, cuando quiera que en el respectivo círculo notarial haya más de una.

Se opone a las conclusiones de la parte demandante respecto de la naturaleza orgánica del FNA, ya que tal como lo estableció el Consejo de Estado en el pluricitado fallo de 13 de agosto de 2009, no hay duda que se trata de una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, cuyo objeto es administrar de manera eficiente las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, por lo que debe darse aplicación a lo previsto por el artículo 15 de la ley 29 de 1973.

Por último, el demandado esgrime que con relación al principio de rogación tampoco es cierto lo afirmado por el actor, puesto que se



desconoce en la demanda que el FNA, por ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, tiene una naturaleza jurídica que no corresponde a la de los particulares, por lo cual no procede sobre él predicar la autonomía de la voluntad asociada a los actos jurídicos de los particulares ni tampoco sus derechos ni régimen jurídico.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad procesal concedida tanto la parte demandante¹³ como la demandada¹⁴ presentaron ante esta Corporación sus alegatos de conclusión, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en los escritos de demanda y contestación de la demanda.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado para la conciliación administrativa ante el Consejo de Estado emitió concepto en el asunto de referencia¹⁵, por medio del cual solicitó desestimar las pretensiones de la demanda.

¹³ Folios 119-124.

¹⁴ Folios 101-109.

¹⁵ Folios 110-118.



Destaca que las resoluciones demandadas fueron expedidas para dar cumplimiento a la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 13 de agosto de 2009 y evidencia que su fundamento jurídico radica en el artículo 15 de la ley 29 de 1973, así como en los artículos 12 (numerales 1 y 2) y 13 (numerales 3 y 28) del Decreto 2163 de 2011. Y pone de manifiesto que con las disposiciones administrativas demandadas de lo que se trata es de promover un objetivo constitucionalmente válido como la igualdad, “de modo que la administración no establezca privilegios a favor de ningún notario, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 de la ley 29 de 1973 y las normas pertinentes del Decreto 2163 de 2011”¹⁶.

Resalta que con el cargo de vulneración de normas superiores resulta visible la intención de parte actora de querer revivir un debate ya dado y debidamente clausurado en la sentencia de agosto 13 de 2009 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Señala que dado que la naturaleza jurídica del FNA es de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional y no la de establecimiento bancario, “no es aplicable el parágrafo del artículo 15 de la ley 29 de 1973 sino el inciso primero de la citada norma, la cual dispone expresamente que los actos escriturales de las empresas

¹⁶ Folio 115.



industriales y comerciales del Estado se repartirán equitativamente entre las notarías que existan cuando en el círculo de que se trate haya más de una notaría, con independencia de que en dichos actos intervengan particulares”¹⁷.

Afirma que el cargo de vulneración del derecho a la igualdad y la supuesta la imposición de trámites dilatorios para los particulares tampoco tiene cabida, puesto que las resoluciones censuradas fueron expedidas con un fundamento legal claro en aras de dar cumplimiento a una sentencia judicial y de asegurar la efectividad de principios superiores del ordenamiento jurídico.

Afirma que resulta desacertado el planteamiento de la demanda en torno a la supuesta violación del principio de rogación, que apunta a que los asientos de registros solo pueden efectuarse previa solicitud de cualquier persona que tenga interés en ello, y no de oficio, de donde se desprende un derecho de los particulares para elegir la notaría en donde se van a realizar los trámites correspondientes. Y señala que en contraste con este derecho de los particulares en la gestión de sus asuntos privados, “la obligación de reparto se convierte en un deber inherente a la función pública que emana de una norma que es de obligatorio cumplimiento para las autoridades”¹⁸.

¹⁷ Folio 116.

¹⁸ Folios 117 revés y 118.



V.- DECISIÓN

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

CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

4.2. Los actos administrativos acusados.

A continuación se transcriben las normas de las que forman parte las disposiciones demandadas, cuyo texto ha sido subrayado de conformidad con los cargos expuestos por la parte demandante:

Resolución No. 9516 de 2010

(20 de octubre)

Por la cual se da cumplimiento a una orden judicial y se modifica el artículo 13 de la Resolución 2277 de 17 de Abril de 2006.

El superintendente de Notariado y Registro (E)

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las que le confieren los artículos 15 de la ley 29 de 1973, artículos 3 y 12, numerales 1 y 2 del Decreto 412 de 2007,

(...)

RESUELVE:

Primero: Los actos que requieran de escritura pública, en los que intervenga el Fondo Nacional del Ahorro, deben someterse a diligencia de reparto.

Segundo: Modifíquese el artículo 13 de la Resolución No. 2277 de 17 de Abril de 2006, el cual quedará así:

“Artículo 13: Las escrituras contentivas de cancelación de hipoteca, en los (sic) que intervenga una de las entidades sometidas a reparto, podrán otorgarse en la misma Notaría, donde se otorgó la escritura constitutiva del gravamen, ya repartido.

Los actos de enajenación de las unidades inmobiliarias resultantes de la constitución de la propiedad horizontal, urbanizaciones o parcelaciones se otorgarán en la misma notaría donde se haya autorizado el acto de su constitución ya repartido”.

Tercero: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deberá publicarse en la página web de la Entidad, en el Diario Oficial, y fijarse en lugar visible para el público en las Notarías y en las Oficinas de Registro de Instrumentos públicos.

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

Resolución No. 10137 de 2011

(23 de Noviembre)

Por la cual se establece un procedimiento para el trámite notarial

El Superintendente de Notariado y Registro

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por el artículo 13 de la ley 29 de 1973; artículos 1, 2, 13, y numerales 3, 28 del Decreto 2163 de 2011.

(...)

RESUELVE:

(...)

Artículo 2. Entidades sometidas a reparto: *Cuando en el círculo notarial del domicilio de la entidad otorgante, exista más de una notaría, los actos que deban celebrarse por escritura pública, deberán someterse al reparto así:*

- a.** *En los que intervenga la nación, los departamentos, los distritos, los municipios.*
- b.** *En los que intervengan los organismos administrativos del sector central y el sector descentralizado territorial y por servicios.*
- c.** *En los que intervengan los establecimientos bancarios oficiales y semioficiales, que tenga por objeto principal de sus actividades desarrollar planes de vivienda y finca raíz.*
- d.** *En los negocios que intervengan las empresa a oficiales de servicios públicos.*
- e.** *En los que intervengan los organismos estatales en desarrollo de un proceso de intervención o liquidación de las personas naturales o jurídicas, mientras se encuentran bajo la administración del ente estatal o sea nombrado el liquidador.*
- f.** *Los demás que determine la ley.*

Parágrafo: *Cuando el acto escriturado de que se trate, involucre de inmuebles, la obligatoriedad del reparto se determinará, por la naturaleza jurídica de la entidad otorgante y no por la ubicación de los bienes.*



En tratándose de donaciones, si en el domicilio del donante solo existe una notaría, a esta corresponderá la autorización del respectivo acto escriturario, en caso contrario, se someterá a reparto.

(...)

Resolución No. 10935 de 2011

(15 de diciembre)

Por la cual se modifica la Resolución No. 10137 de 23 de Noviembre de 2011 que regula el trámite para el reparto notarial.

El Superintendente de Notariado y Registro

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas en el artículo 15 de la ley 29 de 1973; artículos 12, numerales; 1, 2, 13, y numerales 3 y 28 del Decreto 2163 de 2011.

(...)

RESUELVE:

Artículo 1.- Modificación. *El artículo 2º de la resolución 10137 de 2011 quedará así:*

Artículo 2: Entidades sometidas a reparto: *Cuando en el círculo notarial de que se trate exista más de una notaría, los actos que deban celebrarse por escritura pública deberán siempre someterse a reparto así:*

- a. En los que intervenga la Nación, los Departamentos, los Distritos y los municipios.*
- b. En los que intervengan los organismos administrativos del sector central y el sector descentralizado territorial y por servicios.*
- c. En los que intervengan los establecimientos bancarios oficiales y semioficiales, que tengan por objeto principal de sus actividades desarrollar planes de vivienda y negocios de finca raíz.*

- d. *En los que intervengan las empresas oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios.*
- e. *En los que intervengan los organismos estatales en desarrollo de un proceso de intervención o liquidación de las personas naturales o jurídicas, mientras se encuentren bajo la administración del ente estatal o sea nombrado el liquidador.*
- f. *Los demás que determine la ley.*

Parágrafo primero: *La obligatoriedad del reparto se consagra para las entidades de que trata el artículo 15 de la Ley 29 de 1973 y los demás casos que determine la ley, sin que sea potestativo la aplicación del principio de rogación* (negrillas del texto).

Parágrafo segundo: *En tratándose de donaciones si en el domicilio del donante solo existe una notaría, a esta corresponderá la autorización del respectivo acto escriturario, en caso contrario, se someterá a reparto.*

(...)

4.3. Cuestión previa: la determinación del objeto del pronunciamiento.

Antes de establecer el problema jurídico a resolver, la Sala estima pertinente delimitar con precisión el objeto de su pronunciamiento. Esto, en consideración a que un examen detallado de las resoluciones demandadas arroja que no todos los actos administrativos atacados son susceptibles de control jurisdiccional.

En efecto, toda vez que en el *sub lite* se demanda la nulidad integral de la Resolución No. 9516 del 20 de octubre de 2010, “Por la cual se da cumplimiento a una orden judicial y se modifica el artículo 13 de la



Resolución No. 2277 de 2006”, así como la nulidad parcial de las Resoluciones No. 10137 del 23 de Noviembre de 2011, “Por la cual se establece un procedimiento para el trámite de reparto notarial”, y No. 10935 del 15 de Diciembre de 2011, “Por la cual se modifica la Resolución 10137 del 23 de noviembre de 2011, que regula el trámite para el reparto notarial”, proferidas por LA SUPERINTENDENCIA, encuentra la Sala que el control deprecado únicamente procede respecto de las dos últimas Resoluciones. Para el caso de la primera, ello resulta improcedente toda vez que se trata de un **acto administrativo de ejecución de un fallo judicial**.

Ciertamente, se trata de una decisión no susceptible del control a cargo de este órgano jurisdiccional, en tanto no crea, modifica ni extingue una situación jurídica particular; tan solo se limita a dar cumplimiento a lo ordenado previamente por una autoridad judicial en un fallo debidamente ejecutoriado. Al respecto, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que solo son susceptibles de control de por parte de esta jurisdicción las decisiones de la administración que en sí mismas crean, modifican o extinguen una situación jurídica, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de una actuación. Se ha expresado así que “se exceptúan de control jurisdiccional los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional, toda vez que a través de ellos tampoco se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en



orden a materializar o ejecutar esas decisiones”¹⁹. Por ende, decisiones administrativas como la contenida en la precitada Resolución No. 9516 del 20 de octubre de 2010 están excluidas de la fiscalización del Contencioso Administrativo

En consecuencia, frente a la Resolución No. 9516 del 20 de octubre de 2010, “Por la cual se da cumplimiento a una orden judicial y se modifica el artículo 13 de la Resolución No. 2277 de 2006”, la Sala se declarará inhibida, para centrar su estudio sobre las Resoluciones No. 10137 del 23 de Noviembre de 2011, “Por la cual se establece un procedimiento para el trámite de reparto notarial”, y No. 10935 del 15 de Diciembre de 2011, “Por la cual se modifica la Resolución 10137 del 23 de noviembre de 2011, que regula el trámite para el reparto notarial”.

4.4. Problema jurídico.

Delimitado en los términos anteriores el objeto del presente litigio, encuentra la Sala que la cuestión a dilucidar radica en determinar si las Resoluciones No. 10137 del 23 de noviembre de 2011 y No. 10935 del 15 de diciembre de 2011, proferidas por LA SUPERINTENDENCIA,

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de mayo 27 de 2010, Rad. No. 25000-23-24-000-2009-00045-01. C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta. En sentido análogo, véase de la misma Sala de Decisión, el fallo de 29 de agosto de 2013, Rad. No. 11001032600020050003800. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.



son nulas por la presunta falta de competencia de la autoridad demandada y por la supuesta vulneración de normas superiores²⁰.

4.5. Análisis del caso.

Resolver los planteamientos expuestos en el apartado anterior suponen, en primer lugar, (1) examinar la competencia de LA SUPERINTENDENCIA para expedir actos como los demandados, para enseguida (2) valorar la presunta vulneración de las normas superiores a que hace referencia la demanda.

4.5.1. La competencia de la Superintendencia de Notariado y Registro para reglamentar el trámite de reparto de escrituras otorgadas por entidades públicas.

De acuerdo con los señalamientos del demandante, los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por haber sido expedidos sin tener LA SUPERINTENDENCIA la competencia legal para adoptar decisiones sobre el reparto de escrituras en relación con los negocios que celebra el FNA y precisan de esta formalidad. El ente

²⁰ Aunque la fundamentación de la demanda alude en el Fl. 25 a la pretendida nulidad de los actos demandados “por expedición irregular del acto legal y fáctico, y por sobre todo en el desconocimiento del derecho de defensa que le asiste al FNA”, la TOTAL ausencia de motivación de estos cargos llevó al Despacho a no tomarlos en consideración para la fijación del litigio, tal como se resolvió en la audiencia inicial celebrada el día 5 de junio de 2015. Cfr. Fls. 77-86.

demandado discrepa de tal planteamiento y señala las normas invocadas por los distintos actos atacados. Así, por ejemplo, las Resoluciones No. 10137 y 10935 de 2011 aluden por igual a las facultades otorgadas al Superintendente de Notariado y Registro por el artículo 15 de la ley 29 de 1973 y por los artículos 12.1, 12.2, 13.3 y 13.28 del Decreto 2163 de 2011.

Las normas invocadas son del siguiente tenor:

Ley 29 de 1973²¹:

ARTICULO 15. Los actos de la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, y, en general, de todos sus organismos administrativos, institutos, *empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta, que deban celebrarse por medio de escritura pública, cuando en el Círculo de que se trate haya más de una Notaría, se repartirán equitativamente entre las que existan. La Superintendencia de Notariado y Registro reglamentará el procedimiento de reparto, de modo que la Administración no establezca privilegios en favor de ningún Notario.*

El incumplimiento de esta disposición hará incurrir al responsable en multa de quinientos (\$ 500.00) a cinco mil pesos (\$ 5.000.00) que impondrá disciplinariamente, con conocimiento de la causa, la Superintendencia de Notariado y Registro, de oficio o a petición de cualquier persona natural o jurídica.

PARAGRAFO. Los establecimientos bancarios, oficiales y semioficiales, que tengan por objeto principal de sus actividades desarrollar planes de vivienda y negocios de finca raíz, quedan

²¹ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Notariado y se dictan otras disposiciones.

sometidos al régimen de reparto y de sanciones de que tratan los anteriores incisos.

Decreto 412 de 2007²²:

Artículo 3°. Objetivo. *La Superintendencia de Notariado y Registro ejercerá la orientación, inspección, vigilancia y control de los servicios públicos que prestan los Notarios y los Registradores de Instrumentos Públicos; atenderá la organización, administración y sostenimiento de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, y asesorará al Gobierno Nacional en la construcción de las políticas y el establecimiento de los programas y planes referidos a los servicios públicos notarial y registral.*

Artículo 12. Funciones de la Superintendencia. Son funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro:

- 1. Adelantar las gestiones necesarias para la eficaz y transparente prestación del servicio público notarial y registral.*
- 2. Impartir las instrucciones de carácter general, dictar las resoluciones y demás actos que requiera la eficiente prestación de los servicios públicos de notariado y de registro de instrumentos públicos, las cuales serán de obligatorio cumplimiento.**

Decreto 2163 de 2011²³:

ARTÍCULO 12. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. Son funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro:

- 1. Adelantar las gestiones necesarias para la eficaz y transparente prestación del servicio público notarial y registral.*
- 2. Impartir las instrucciones de carácter general, dictar las resoluciones y demás actos que requiera para la eficiente prestación**

²² Por el cual se reestructura la Superintendencia de Notariado y Registro.

²³ Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro y se determinan las funciones de sus dependencias.

de los servicios públicos de notariado y de registro de instrumentos públicos, las cuales serán de obligatorio cumplimiento.

ARTÍCULO 13. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE. El Despacho del Superintendente de Notariado y Registro, ejercerá las siguientes funciones:

(...)

3. Expedir los actos administrativos y demás providencias necesarias para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad.

(...)

28. Ordenar lo necesario para la correcta prestación de los servicios de Notariado y de Registro de Instrumentos Públicos.

La proclamación por el artículo 1º constitucional del Estado de Derecho como principio rector de nuestro orden jurídico exige de las autoridades un especial sometimiento al Derecho. El principio de legalidad, consagrado por los artículos 6º, 121, 122 y 123 de la Constitución, es expresión nítida de la coherencia a que obliga dicha decisión fundamental estructurante de nuestro ordenamiento. Lo referente a la competencia que debe presidir las actuaciones de los poderes públicos en general y de las autoridades administrativas en particular es una proyección más de aquel precepto en esta dirección. Esto, por cuanto, tal como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, “mal puede en un Estado de Derecho hacerse valer atribuciones, funciones o competencias que no estén expresamente y de manera previa señaladas en la Constitución o la ley. Cualquier ejercicio - por parte de un órgano del Estado o de un servidor público de éste- de atribuciones, funciones o competencias que no estén expresa y



previamente indicadas en la Constitución o la ley, es un acto arbitrario y despótico y por ende abiertamente inconstitucional”²⁴.

No cabe duda que al disponer que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6º de la Constitución); así como al establecer que ninguna autoridad del Estado ejercerá funciones distintas de las que le corresponden según la Constitución y la ley (art. 121 idem), que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento (art. 122 ibidem) y que los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (art. 123 idem), el Texto Superior no hizo nada distinto a sentar bases firmes para la organización y funcionamiento de un auténtico Estado de Derecho, para lo cual resulta esencial que las funciones y facultades de los distintos órganos se encuentren normativamente establecidas, de manera que no haya duda sobre qué asuntos y atribuciones corresponden a una determinada entidad pública para asegurar el cumplimiento de sus fines. Por ende, en tanto que presupuesto de validez del acto administrativo, la competencia ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Sala de Decisión como “la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2007.



funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas”²⁵. Y se ha resaltado igualmente que “[e]s la situación inversa de la capacidad propia de los particulares, en cuanto estos pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido”²⁶.

En este orden, para la Sala resulta fuera de discusión que en virtud de las disposiciones invocadas por LA SUPERINTENDENCIA como fundamento de las facultades normativas ejercidas para la expedición de las Resoluciones demandadas, en especial por la frase final del inciso primero del artículo 15 de la ley 29 de 1973 y por los reglamentos orgánicos de la entidad (Decretos 412 de 2007 y 2163 de 2011) expedidos por el Gobierno en desarrollo de las amplias facultades normativas que le confieren al Presidente los artículos 189.16 de la Constitución y 54 de la Ley 489 de 1998²⁷, el elemento competencial que debe estar presente en cada manifestación de la voluntad administrativa como factor condicionante de su validez, está presente en los actos *sub judice*. La sola lectura de los preceptos

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 18 de julio de 2012, Rad. No. 25000 2324 000 **2007 00345** 01. C.P.(E): Marco Antonio Velilla Moreno.

²⁶ Idem.

²⁷ Sobre el alcance de estas facultades normativas, véase, de esta Sala de Decisión, la sentencia del 20 de noviembre de 2014, Rad. No. 11001 03 24 000 2013 00252 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.



contenidos en el inciso 1º *in fine* del artículo 15 de la ley 29 de 1973 y en los artículos 12.1 y 12.2 del Decreto 412 de 2007 y por los artículos 12.1, 12.2, 13.3 y 13.28 del Decreto 2163 de 2011 así permite concluirlo²⁸.

En efecto, de una parte, el legislador fue expreso en encomendar a LA SUPERINTENDENCIA la reglamentación del procedimiento de reparto de escrituras “de modo que la Administración no establezca privilegios en favor de ningún Notario” (art. 15 inc. 1º *in fine* de la ley 29 de 1973). De otra, la Sala encuentra diáfano el sentido y alcance de las disposiciones de los reglamentos orgánicos que habilitan a LA SUPERINTENDENCIA para “[i]mpartir las instrucciones de carácter general, dictar las resoluciones y demás actos que requiera la eficiente prestación de los servicios públicos de notariado y de registro de instrumentos públicos” (art. 12.2 del Decreto 412 de 2007 y del Decreto 2163 de 2011); para “[e]xpedir los actos administrativos y demás providencias necesarias para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad” (art. 13.3 del Decreto 2163 de 2011) o para

²⁸ Sobre la importancia de la interpretación restrictiva y textual de los enunciados normativos de competencia, véase la sentencia de 29 de abril de 2010, de la Sección Segunda, Subsección A, Rad. No. 11001-03-25-000-2004-00023-01(0293-04). C.P.: Alfonso Vargas Rincón. En esta providencia se destaca que “tratándose de la interpretación de normas en materia de competencias relacionadas con derechos del administrado, como en el presente caso, no le es dable al intérprete extender su propia competencia en razón de valoraciones hermenéuticas que escapan a los mandatos textuales de dichas disposiciones”.



“[o]rdenar lo necesario para la correcta prestación de los servicios de Notariado y de Registro de Instrumentos Públicos” (art. 13.28 idem).

A lo anterior se debe añadir el argumento sistemático, que resulta de la forzosa comprensión del reglamento como un instrumento indispensable en un Estado de Derecho para la consecución de los objetivos propios de la Administración Pública. En efecto, la imposibilidad material y formal del legislador para preverlo todo en el texto de la ley y la habilitación constitucional (arts. 189.11, 189.16, 122, 123, 208, 300 o 313, entre otras normas de la Constitución que se ocupan de este asunto) para que el ordenamiento jurídico se construya progresivamente de manera escalonada con base en las precisas reglas de competencia establecidas por la Constitución y la ley, lo mismo que la legitimidad técnica y democrática que a día de hoy acompañan a la Administración Pública, justifican esta aproximación y hacen posible entender que sea una entidad como LA SUPERINTENDENCIA quien, **en el marco de sus competencias legales y reglamentarias y con base en los preceptos superiores que rigen la materia**, fije la reglamentación de un asunto imperioso para la garantía de la igualdad y la imparcialidad en el ejercicio de la función notarial como la relativa al reparto de las escrituras públicas en eventos en los que hay más de un notario disponible para el otorgamiento de una determinada escritura pública que debe ser suscrita por una autoridad pública.



Por lo anterior, el cargo propuesta no prospera.

4.5.2. La supuesta vulneración de normas superiores.

El actor plantea que las resoluciones demandadas desconocen tanto el artículo 15 de la ley 29 de 1973, como el derecho a la igualdad de los particulares que celebran negocios jurídicos con el FNA y el denominado principio de rogación imperante en material registral. La entidad demandada se opone enteramente a cada uno de los argumentos de la censura por considerar que, contrario a lo afirmado por el actor, las resoluciones atacadas son un desarrollo adecuado del referido artículo 15, no vulneran sino que garantizan el derecho a la igualdad y no se infringe el principio de rogación, que no aplica en el ámbito de la Administración Pública de la misma forma que opera entre particulares.

La Sala comparte los planteamientos de la entidad demandada y encuentra infundados los señalamientos de la demanda. Ellos no solo carecen de fundamento jurídico por envolver una interpretación errónea de las normas superiores invocadas como infringidas, sino que además, como fue señalado por el Ministerio Público en su concepto, pretenden reabrir un debate que ya fue dado y clausurado en su

momento por la sentencia del 13 de agosto de 2009²⁹ sobre la necesidad de someter a reparto las escrituras que deben otorgarse con ocasión de los negocios jurídicos celebrados por el FNA con sus clientes en círculos notariales en los que existe más de una notaría.

En efecto, en consideraciones que esta Sala acoge enteramente, en dicha oportunidad, frente a un debate similar al que ahora ocupa a la Sala, pero originado en un acto que acogía la interpretación que prohija el aquí demandante y excluía del deber de reparto las escrituras del FNA, se expresó lo siguiente:

Para excluir del reparto notarial a las escrituras de venta e hipoteca en que intervenga el Fondo Nacional de Ahorro el Superintendente se fundamentó en el párrafo del artículo 15 de la Ley 29 de 1973, norma que, a juicio de la Sala, no debió ser invocada, si se tiene en cuenta que el inciso 1 del artículo 15 en comento dispone que los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado, entre otros organismos, que deban celebrarse por medio de escritura pública se repartirán equitativamente entre las notarías que existan, cuando en el círculo de que se trate haya más de una.

Para esta Corporación es claro, entonces, que la anterior disposición no requiere de interpretación alguna, pues es nítido su contenido, como también lo es que la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Ahorro es la de empresa industrial y comercial del Estado, razón por la cual, independientemente de que tenga o no por objeto principal de sus actividades desarrollar planes de vivienda y negocios de finca raíz (párrafo del artículo 15 de la Ley 29 de 1973), la circunstancia de detentar la naturaleza jurídica ya dicha hace que las escrituras que suscribe en efecto tengan que someterse a reparto.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 13 de agosto de 2009, Rad. No. 11001-03-24-000-2004-00217-01. C.P.: Martha Sofía Sanz Tobón.

La conclusión a la que llega la demandada en el sentido de que las escrituras en que intervinga el Fondo Nacional de Ahorro se excluyen del reparto por el hecho de que las suscribe con un particular no puede ser de recibo, pues bajo esa óptica tampoco estarían sometidos a reparto, por ejemplo, los contratos que celebren las entidades estatales con un particular y que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, lo cual desconocería también el artículo 15 de la Ley 29 de 1973 que, se reitera, exige que los contratos celebrados por las entidades allí enumeradas que requieran de escritura pública se sometan a reparto.

Corolario de lo anterior es que la decisión que se acusa vulnera no solamente los artículos 15 de la Ley 29 de 1973 y 144 del Decreto 2148 de 1983, sino el 13 de la Constitución Política, dado que exceptúa al Fondo Nacional de Ahorro de la regla general de reparto aplicable a todos los organismos administrativos del sector central y del sector descentralizado territorial y por servicios, último del cual, como ya se dijo, hace parte el Fondo.

Finalmente, la Sala considera que, en últimas, la decisión acusada avala que las minutas de escrituras públicas donde intervinga el FNA se suscriban en la notaría que a bien tenga el respectivo Director General, situación que, precisamente, pretende evitar el artículo 15 de la Ley 29 de 1973, cuando establece que cuando haya más de una notaría tales escrituras se repartirán equitativamente entre las que existan (subrayado y negrillas fuera de texto).

Es indudable que tanto el carácter de servicio público del Notariado (reconocido directamente por el art. 131 de la Constitución, así como por los artículos 1º del Decreto 2163 de 1970 y de la ley 29 de 1973), como la especial sujeción de la Administración Pública en todos sus actos a los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad establecidos por el artículo 209 de la Constitución, justifican la existencia de normas que den un tratamiento especial o diferenciado a



las solicitudes de escrituras públicas que deban ser tramitadas por entidades públicas. Ello se refleja, en últimas, como se aprecia en las disposiciones administrativas demandadas, en la existencia de un conjunto de reglas particulares, que buscan garantizar que cuando en el círculo de que se trate haya más de una notaría, las escrituras públicas se repartan equitativamente entre las que existan. Esto, con el fin expresamente perseguido por la ley (como se evidencia en la frase final del inciso 1º del artículo 15 de la ley 29 1973) de evitar que la administración establezca privilegios en favor de algún notario en particular.

No se puede olvidar que a partir de la expedición de la ley 432 de 1998 el FNA se transformó en empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente; razón por la cual no existe duda, según lo previsto por la frase 1 del inciso 1º del artículo 15 de la ley 29 de 1973, respecto a que cuando en el círculo de que se trate haya más de una notaría, los actos que deban celebrarse por medio de escritura pública se repartirán equitativamente entre los despachos notariales existentes, para lo cual deben someterse al régimen de reparto que establezca LA SUPERINTENDENCIA, conforme se estableció de manera precedente en este fallo.



En definitiva, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-126 de 1994 a propósito de las entidades locales, en un razonamiento que es perfectamente generalizable al conjunto de las autoridades públicas, pretender que un ente administrativo tenga la facultad de escoger a su arbitrio la Notaría “equivale a darle un tratamiento jurídico desproporcionado a la naturaleza de la función pública, equiparándola en absoluto a la facultad de los particulares. Es así como el principio de la *rogación* sólo es aplicable a los usuarios particulares, al paso que las autoridades tienen la obligación de *Reparto*; en otras palabras, los usuarios particulares con la "rogación" son titulares de un derecho, y en cuya virtud nace la facultad de elección; en cambio, **las autoridades tienen el deber de cumplir una orden legal, y para ello tienen la potestad predeterminada del Reparto**” (negrillas fuera de texto).

De aquí que a pesar de que el artículo 4º del Decreto 960 de 1970 indique que según el principio de rogación “[l]os Notarios sólo procederán a ejercer sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho de elegir libremente el Notario ante quien deseen acudir”, ello no pueda aplicarse incondicionadamente o sin matices para el caso de la Administración Pública. El peso de los referidos principios de igualdad, moralidad e imparcialidad establecidos por el artículo 209 de la Constitución como rectores del actuar



administrativo sirven de base a la regla sentada por la frase 1 del inciso 1º del pluricitado artículo 15 de la ley 29 de 1973, que establece **el deber legal de reparto objetivo de las escrituras otorgadas por las entidades públicas** cuando ello tiene lugar en un círculo en el que existe más de una notaría.

Por lo anterior, y ante la manifiesta diferencia existente entre el régimen jurídico de los actos de los particulares y los que rigen las actuaciones de la Administración, encuentra la Sala que la supuesta vulneración del derecho a la igualdad resulta asimismo carente de todo sustento jurídico. Esto, por ser claro para la Sala que el derecho de igualdad proclamado por el artículo 13 de la Carta no impone una exigencia de igualación ni de trato idéntico entre los diferentes sujetos de Derecho. Conforme ha resaltado la jurisprudencia constitucional, dicha previsión debe ser entendida en un sentido flexible y acorde con la equidad, alejado de un igualitarismo absoluto, en virtud del cual se impone “tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual”³⁰. De aquí que no sea procedente equiparar el régimen jurídico privado con el jurídico público.

Por esta causa, el cargo planteado no prospera.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996.



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

FALLA:

PRIMERO: DECLARARSE INHIBIDA para fallar respecto de la Resolución No. 9516 del 20 de octubre de 2010, “Por la cual se da cumplimiento a una orden judicial y se modifica el artículo 13 de la Resolución No. 2277 de 2006”.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.



Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA