



Radicado: 11001-03-25-000-2017-00032-00 (0098-2017)
Demandante: Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., dos (02) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD
Radicado: 11001-03-25-000-2017-00032-00 (0098-2017)
Demandante: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

Temas: Edad de retiro forzoso para notarios

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

O-201-2020

ASUNTO

1. La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda en el proceso judicial tramitado en virtud del medio de control de nulidad de que trata el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 que ejerció el señor Mauricio Fajardo Gómez en contra de la Nación, Ministerio de Justicia y del Derecho¹.

DEMANDA²

Pretensiones

2. **Primera:** Que se declare la nulidad de los artículos 1 del Decreto 3047 de 1989 y 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, expedidos por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, en cuanto regulan que a la edad de 65 años lo notarios deben retirarse forzosamente.

3. **Segunda:** Que se declare la nulidad del numeral 4 del artículo 4 del Decreto 2054 de 2014 y del artículo 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015, expedidos por

¹ La demanda también se dirigió contra la Nación, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin embargo esta interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio proferido el 16 de abril de 2018 (F. 76). Tal recurso fue resuelto favorablemente mediante auto del 25 de junio de 2019 (Ff. 176-179) en el que se ordenó su desvinculación del proceso.

² Ff. 7 a 72.



el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, en cuanto previeron como causal de vacancia de una notaría el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años.

Normas violadas y concepto de violación

4. Las normas que el demandante considera vulneradas se agrupan a continuación:

- 4.1. Disposiciones transgredidas por el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989: Artículos 2, 20, 76-1 y 2, 120-3 y 188 de la Constitución Política de 1886.
- 4.2. Disposiciones transgredidas por el artículo 4, numeral 4 del Decreto 2054 de 2014, al igual que por los artículos 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015: Artículos 1, 2, 3, 6, 121, 123, 125, 131, 150-1 y 23, 189-11, 209 y 210 de la Constitución Política de 1991; artículos 34 y 35 de la Ley 1437 de 2011; y artículo 54 de la Ley 734 de 2002.
- 4.3. Disposiciones transgredidas por todos los actos administrativos demandados: Artículos 144 y 146 del Decreto Ley 960 de 1970; artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970.

5. En el acápite de «hechos» aparece un recuento histórico que es útil como contexto para la mejor comprensión del concepto de violación. Veamos:

6. En primer lugar, explicó que el Decreto Ley 960 de 1970, «por el cual se expide el Estatuto del Notariado», consagró la edad como una causal de retiro forzoso en su artículo 183 y, en el 184, precisó que, en el caso de los notarios, aquella sería de 65 años. No obstante, el Decreto Ley 2163 de 1970 dispuso la derogatoria expresa de ambos preceptos en su artículo 46.

7. A continuación, indicó que, en 1989, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3047, reglamentario de la Ley 960 de 1970, señalando en su artículo 1 que la edad de retiro forzoso para los notarios era de 65 años. En cuanto al Decreto 2054 de 2014, cuyo artículo 4, numeral 4, previó la edad de 65 años como causal de vacancia de una notaría, sostuvo que fue dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria.

8. Seguidamente, afirmó que, aunque las últimas dos normas fueron derogadas por el Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, este reprodujo su contenido en los artículos 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3, los que a su vez fueron objeto de derogatoria por mandato de la Ley 1821 de 2016, artículo 4.



9. Sobre esa base, el concepto de violación aludió a las siguientes causales de nulidad:

- 9.1. **Falta de competencia por violación del principio de reserva de ley** pues, en su criterio, el régimen laboral de los notarios y, por ende, la edad de su retiro forzoso, es un asunto que corresponde definir exclusivamente al legislador³, razón por la cual el Gobierno Nacional no podía regular la materia en ejercicio de la potestad reglamentaria. Para el demandante, esta premisa quedó confirmada con la expedición de la Ley 1821 de 2016 que se encargó de definir la edad de retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.

Aunado a lo anterior, afirmó que los actos administrativos demandados se traducen en la consagración de una causal de inhabilidad, impedimento e incompatibilidad, lo que atenta contra el principio de reserva legal ya que este es un régimen cuya regulación compete a la Constitución o a la Ley, más no a la administración pública.

- 9.2. **Falta de competencia por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.** Según el demandante, los artículos 4, numeral 4, del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015 sobrepasaron el contenido del Decreto Ley 960 de 1970 al incluir como causal de vacancia definitiva del empleo de notario el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años, a pesar de que el artículo 144 de este último no consagra dicha hipótesis como una causal de pérdida del cargo. Al respecto, precisó que la consagración de estas causales debe ser taxativa por medio de una disposición legal.

Adicionalmente, sostuvo que el carácter reglamentario de los actos administrativos demandados era solo aparente pues en materia de edad de retiro forzoso para los notarios no existía en el ordenamiento jurídico una norma de rango legal que pudiera ser desarrollada.

También alegó que la entidad demandada se extralimitó en el uso de las facultades de producción normativa pues, mediante los actos administrativos acusados, adicionó una causal al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios, sobrepasando el contenido del artículo 54 de la Ley 734 de 2002.

- 9.3. **Desconocimiento de normas superiores en que debía fundarse.** En este punto, explicó que el Gobierno Nacional, mediante los actos

³ El demandante considera que la sola violación de la reserva de ley da lugar a que se configuren las causales de nulidad por (i) falta de competencia; (ii) expedición irregular; (iii) falsa motivación; (iv) e infracción de las normas en que debía fundarse el acto administrativo; sin embargo, su argumentación frente a todas ellas es la misma: que la atribución de definir la edad de retiro forzoso de los notarios está asignada a la ley, por consiguiente, se trata de la causal de nulidad por falta de competencia.



administrativos acusados, «revivió» los artículos 183 y 184 del Decreto Ley 960 de 1970 al reproducir su contenido, a pesar de que estos habían sido expresamente derogados por el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970. De acuerdo con ello, alegó la violación de este último pues a través de disposiciones de naturaleza reglamentaria se desconocieron los efectos derogatorios de una norma con fuerza de ley. En ese orden de ideas, sostuvo que el contenido de los artículos derogados solo podía reincorporarse al ordenamiento jurídico a través de preceptos con fuerza legal, como ocurrió al proferirse la Ley 1821 de 2016.

- 9.4. **Expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.** A juicio del demandante el Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en esta causal por haber proferido los Decretos 2054 de 2014 y 1069 de 2015 incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a todos aquellos que pudieran estar interesados en las decisiones que adoptaría el Gobierno Nacional en relación con la edad de retiro forzoso de los notarios. De acuerdo con el demandante, tal omisión condujo a infringir los artículos 34 y 35 del CPACA.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

10. En primer lugar, el Ministerio de Justicia y del Derecho advirtió sobre la derogatoria expresa de la que fueron objeto los artículos 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3. numeral 4 del Decreto 1069 de 2015 por disposición de la Ley 1821 de 2016. Sin embargo, anotó que ello no impide el pronunciamiento judicial sobre la validez en razón a los efectos que pudieron producir cuando estuvieron vigentes.

11. Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en las siguientes consideraciones.

12. Adujo que el Consejo de Estado, mediante sentencia del 30 de abril de 2009, se pronunció sobre la legalidad del artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, cuyo contenido corresponde en su integridad al artículo 2.2.6.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015. Indicó que tal providencia negó las pretensiones de la demanda por considerar que la edad de retiro forzoso es un aspecto atinente a la reglamentación del ejercicio de la función notarial y que esta potestad se ejerció en desarrollo del Decreto Ley 2400 de 1968.

⁴ Ff. 124-128.



13. De acuerdo con ello, sostuvo que los argumentos de aquel pronunciamiento resultan plenamente aplicables al *sub lite* debido a que en ambos casos el cargo alegado es el de falta de competencia.

14. En ese orden de ideas, consideró que, al igual que en dicha oportunidad, debe concluirse que la facultad reglamentaria ejercida por el presidente de la República tuvo como límite la Constitución y la ley. Además, su objeto fue contribuir a la concreción de los aspectos regulados en los artículos 137, 181 y 182 del Estatuto Notarial, en cuanto a la posibilidad del retiro forzoso de los notarios.

15. Por otra parte, resaltó la improcedencia de alegar la vulneración de la Constitución de 1886 pues, a su juicio, el parámetro de juridicidad de las normas demandadas tiene que ser el marco constitucional vigente.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁵

16. La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última⁶. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, de allí que el juez esté obligado a resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones, puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo». Por tal motivo los problemas jurídicos adecuadamente formulados se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones y la sentencia. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida para proferir la sentencia. Veamos los principales apartes:

[...] EXCEPCIONES PREVIAS Y MIXTAS (art. 180-6 CPACA)

- La demandada no propuso excepciones previas ni mixtas
- De otro lado, no se encontró acreditada ninguna excepción adicional de las enlistadas en el artículo 100 del CGP ni de las enunciadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Decisión notificada en estrados.

FIJACIÓN DEL LITIGIO (art. 180-7 CPACA)

[...] Del análisis de la demanda, el despacho, de manera provisional, fijó los siguientes **problemas jurídicos**:

Primero: El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia por las siguientes razones:

⁵ Ff. 120-123, cuaderno principal.

⁶ Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).



- 1.1. Expedir los actos administrativos demandados en desconocimiento del principio de reserva de ley, por ser la edad de retiro forzoso un asunto que, según el demandante, corresponde definir al legislador⁷.
- 1.2. Exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por, presuntamente, haber agregado a las causales de pérdida del cargo de notario que prevé el Decreto Ley 960 de 1970⁸ el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años. Este causal se predica en relación con (i) el artículo 4, numeral 4, del Decreto 2054 de 2014 y (ii) el artículo 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.
- 1.3. Exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por, presuntamente, haber agregado, a través de los actos administrativos demandados, una causal al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios, en desconocimiento del artículo 54 de la Ley 734 de 2002.

Segundo: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido los actos demandados incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella? Deber que a juicio del demandante está contenido en los artículos 34 y 35 del CPACA. Este causal se predica en relación con: **(i)** El artículo 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014; y **(ii)** El artículo 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.

El despacho interroga a las partes y el Ministerio Público frente a la fijación del litigio.

La parte demandante se encuentra conforme con la fijación del litigio, pero realiza algunas consideraciones frente a los problemas jurídicos planteados, los cuales quedaron consignados en el CD de audio y video.

La apoderada del Ministerio de Justicia está conforme con la fijación del litigio planteada por el despacho.

El Ministerio Público está conforme con la fijación del litigio planteada, en cuanto a lo señalado por la parte actora solicita al despacho sea adicionado.

El despacho adiciona el problema jurídico así:

- Si el Ministerio de Justicia al expedir los actos acusados, incurrió en la causal de desconocimiento de las normas superiores en que debía fundarse al revivir normas anteriores que ya habían sido derogadas e igualmente desconoció los efectos derogatorios de la norma que lo dispuso.

Decisión notificada en estrados [...]

⁷ El demandante considera que la sola violación de la reserva de ley da lugar a que se configuren las causales de nulidad por (i) falta de competencia; (ii) expedición irregular; (iii) falsa motivación; (iv) e infracción de las normas en que debía fundarse; sin embargo, su argumentación frente a todas ellas es la misma: que la atribución de definir la edad de retiro forzoso de los notarios está asignada a la ley, por consiguiente, se trata de la causal de nulidad por falta de competencia.

⁸ Artículo 144.



ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁹

17. En esta oportunidad procesal, además de solicitar que se tengan en cuenta las consideraciones de la demanda, explicó las razones que en su criterio desvirtúan los argumentos del Ministerio de Justicia y del Derecho.

18. Así, explicó que, con fundamento en los artículos 3 de la Ley 153 de 1887 y 3.1.1. del Decreto 1069 de 2015, debe entenderse que este último derogó el Decreto 3047 de 1989. En ese sentido, afirmó que sostener, como lo hace la entidad demandada, que el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989 fue compilado en el Decreto 1069 de 2015 implicaría aceptar que el primero solo perdió su vigencia con la derogatoria del segundo, lo cual no es cierto. En cualquier caso, compartió el criterio de la entidad demandada en cuanto a que la derogatoria de los actos administrativos acusados no obsta para que se efectúe el estudio de su legalidad.

19. De otro lado, se opuso a las razones que ofreció la entidad demandada para sugerir la existencia de una cosa juzgada. Con tal fin, esgrimió los siguientes argumentos:

19.1 Al no ser el Decreto 1069 de 2015 una norma compilatoria del Decreto 3047 de 1989, el análisis judicial que se realizó respecto de este último no puede hacerse extensivo al primero.

19.2 A pesar de que las decisiones administrativas demandadas versan sobre la misma materia, se trata de normas independientes y autónomas entre ellas, lo que significa que el estudio que se haga respecto de alguna no tiene que ser obligatoriamente igual al de las demás.

19.3 Las causales de nulidad que se formularon en la demanda que dio origen al presente proceso son completamente distintas de aquellas de las que se ocupó el Consejo de Estado en sentencia del 30 de abril de 2009, lo que hace más notoria la imposibilidad de extender sus efectos al *sublite*.

19.4 El Decreto Ley 960 de 1970 no puede tenerse como la norma legal reglamentada por los actos demandados porque sus artículos 183 y 184 fueron expresamente derogados por el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970.

19.5 Los efectos derogatorios de ese último artículo se mantuvieron incólumes hasta la expedición de la Ley 1821 de 2016, antes de esta norma no hubo una disposición de jerarquía legal que desvirtuara tales efectos o que hubiese retomado el contenido de los preceptos derogados.

⁹ Ff. 213-235.



19.6 No resulta procedente sostener que el Decreto Ley 2400 de 1968 es el soporte legal de las decisiones administrativas acusadas porque su artículo 1 señala que la norma aplica para el personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del poder público, última dentro de la cual no pueden incluirse los cargos de los notarios, de conformidad con los artículos 131 y 188, superiores.

19.7 Tampoco puede acudirse a la mencionada sentencia del 30 de abril de 2009 porque en ella el Consejo de Estado no estudió de fondo si la disposición se ajustaba a los artículos 131, 150 y 189-11 de la Carta Política, sino que apenas hizo alusión tangencial a aquellos.

19.8 Si en gracia de discusión se aceptara que dicha providencia realizó un análisis de fondo de tales normas, lo cierto es que no incluyó un juicio respecto de todos los artículos que se estiman vulnerados en la demanda que dio origen a este proceso.

19.9 La sentencia del 30 de abril de 2009 tiene deficiencias argumentativas y problemas de razonamiento lógico. Además, anotó, según el artículo 189 del CPACA, cuando se niegan las pretensiones de nulidad, la cosa juzgada solo puede predicarse de la *causa petendi*, y la que se expone en este caso dista mucho de aquellas sobre las que se ha pronunciado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

20. De otro lado, señaló que el hecho de que se invoquen como normas violadas algunos artículos de la Constitución de 1886, no significa que se pretenda que el juicio de constitucionalidad de la norma reglamentaria demandada se haga a la luz de la anterior Carta Política. Con ello simplemente se busca demostrar que el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989 nació viciado desde su expedición, sin olvidar que la jurisprudencia de esta jurisdicción ha sostenido que es preciso estudiar el ordenamiento vigente al momento de la expedición del acto enjuiciado.

21. Acto seguido, el demandante se encargó de analizar, uno por uno, los problemas jurídicos consolidados en la etapa de fijación del litigio de la audiencia inicial. Concluyó que todos ellos deberían resolverse en forma positiva, para lo cual reiteró brevemente los argumentos contenidos en el concepto de violación de la demanda.

22. Interesa resaltar que, en relación con la causal de expedición irregular de los actos demandados, el demandante precisó que las pruebas aportadas por el Ministerio de Justicia y del Derecho sobre el particular eran nulas, lo que debe traducirse en que no se acreditó en modo alguno que se hubiesen satisfecho los requisitos de los artículos 34 y 35 del CPACA, manifestación que se plasmó en



la demanda como una afirmación negativa indefinida, que como tal no requiere prueba.

Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁰

23. En sus alegatos de conclusión reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda relativos a la competencia que tenía el Gobierno Nacional para expedir los actos administrativos acusados.

24. Adicionalmente, negó que se pudiera predicar un exceso en la potestad reglamentaria como quiera que el artículo 4 del Decreto 2054 de 2014, cuyo contenido se reprodujo en el Decreto 1069 de 2015, dispone claramente las causales de vacancia de una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas señaladas en la ley para que se presente una falta absoluta del notario. Explicó que, de acuerdo con ello, las normas demandadas no hacen más que remitir al marco normativo previamente fijado por el legislador.

25. Según el Ministerio de Justicia, tampoco es factible aducir una extralimitación en lo que se refiere al régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos contemplados en el artículo 54 de la Ley 734 de 2002, porque además de esta última norma, a los notarios también los obliga las disposiciones especiales como los son los artículos 4 de la Ley 588 de 2000; 133, 135, 136 y 137 del Decreto Ley 960 de 1970, en concordancia con el Decreto Ley 2400 de 1968. El mismo Código Disciplinario Único remite expresamente al régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos contemplados en preceptos especiales que regulan la función notarial. Con base en ello, afirmó que el ejecutivo no creó una nueva causal de inhabilidad, sino que se remitió a lo dispuesto por el legislador en esa materia, particularmente a lo dispuesto en el Decreto Ley 2400 de 1968.

26. De otro lado, se opuso al reproche según el cual los actos administrativos enjuiciados son nulos por no haberse informado la iniciación de la actuación administrativa que les dio origen. Al respecto, adujo que el procedimiento que echa de menos el demandante, solo se predica respecto de los «actos de carácter personal» y no de aquellos de naturaleza general, últimos que solo deben ser publicados conforme lo ordena el artículo 65 del CPACA.

27. Finalmente, manifestó que, contrario a las alegaciones del demandante, los actos acusados no revivieron normas que anteriormente habían sido derogadas. Sobre el particular, anotó que este asunto ya había sido dirimido por la jurisdicción en la mencionada sentencia que profirió el Consejo de Estado el 30 de abril de 2009, con la cual se puede afirmar que existía una norma de rango legal, esto es el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, que respaldó la expedición de las decisiones administrativas demandadas y que de acuerdo con aquel

¹⁰ Ff. 242-246.



pronunciamiento judicial no perdió vigencia con la promulgación de la Constitución Política.

MINISTERIO PÚBLICO¹¹

28. La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto en el que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad de las disposiciones acusadas.

29. En relación con el primer problema jurídico, concluyó que se constata una falta de competencia del ejecutivo en la expedición de aquellas. Para tales efectos, comenzó por señalar que, según el artículo 150-23 de la Carta Política, corresponde al Congreso de la República expedir las leyes que han de regir el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, mientras que el 131 *ibidem* dispone que la regulación del servicio público que prestan los notarios, al igual que la definición del régimen laboral de sus empleados, compete a la ley. Por su parte, el artículo 125 superior consagra que el retiro de la carrera se produce, entre otras, por las causas establecidas en la Constitución o en la ley.

30. Con sustento en estas normas, concluyó que es el legislador quien debe ejercer la potestad de producción normativa respecto del servicio que prestan los notarios, lo que debe comprender temáticas como el retiro del cargo y, con ello, la definición de la edad de retiro forzoso. En esas condiciones, consideró que dichos asuntos son ajenos a la competencia reglamentaria que con apoyo en el artículo 189-11 de la Constitución puede ejercer el presidente de la República, este último que, para regular la materia, tendría que ser investido por el Congreso de facultades extraordinarias *pro tempore*.

31. Adicionalmente, sostuvo que los actos administrativos demandados fueron dictados sin competencia por el presidente porque, para la fecha en que se expidieron los artículos 183 y 184 del Decreto Ley 960 de 1970, que eran las normas que podrían darles sustento, habían sido derogados por el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970. Continuó afirmando que, si bien el artículo 173 del Decreto Ley 960 de 1970 prohibió designar notarios en condiciones de retiro forzoso, lo cierto es que esa norma no consagró expresamente la edad como una de esas causales.

32. De otro lado, al igual que el demandante, estimó que el contenido de los actos administrativos objeto de revisión se tradujo en una modificación del régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios para la que no tenía competencia porque esta se encuentra asignada exclusivamente a disposiciones con fuerza de ley.

¹¹ Ff. 202-211.



33. En relación con los efectos de la sentencia, propuso que sean a futuro en aras de proteger a todos aquellos que de alguna manera obtuvieron derechos o situaciones concretas durante el tiempo de vigencia de las normas.

34. Al abordar el estudio del segundo problema jurídico, concluyó que las decisiones administrativas demandadas no debían cumplir con el requisito de informar el procedimiento administrativo del que fueron producto puesto que no se trata de actos proferidos de oficio. De esta forma, descartó que hubiesen sido expedidos irregularmente o con desconocimiento del derecho de audiencia.

35. Finalmente, se ocupó de analizar si los artículos enjuiciados desconocieron los efectos derogatorios del artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970 al reproducir el contenido de las normas que dejó sin rigor, a lo que dio una respuesta negativa bajo el entendido de que aquellos mantuvieron su vigencia hasta el momento en que se publicó la Ley 1821 de 2016.

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS

36. La Sala estima necesario realizar un ajuste en uno de los problemas jurídicos que, fruto del diálogo y la concertación con las partes, se plantearon de manera provisional en la etapa de fijación del litigio de la audiencia inicial. Específicamente, se reformulará el último interrogante propuesto en aquella diligencia, por las razones que pasan a explicarse.

37. En dicha oportunidad, al preguntar sobre los cuestionamientos que habrían de resolverse para dirimir la *litis*, el demandante solicitó adicionar un problema jurídico, a lo que el magistrado ponente accedió, proponiendo el siguiente:

37.1. «[...] Si el Ministerio de Justicia al expedir los actos acusados, incurrió en la causal de desconocimiento de las normas superiores en que debía fundarse al revivir normas anteriores que ya habían sido derogadas e igualmente desconoció los efectos derogatorios de la norma que lo dispuso [...]»

38. Al respecto, la parte demandante señaló estar conforme siempre y cuando se tenga en cuenta que, particularmente, la relevancia de aquel problema jurídico radica en establecer si una disposición derogada por una norma con fuerza de ley puede «revivirse» a través de su reproducción en una norma de carácter reglamentario, ello refiriéndose a la derogatoria parcial que produjo el Decreto Ley 2163 de 1970 frente al Estatuto de Notariado. El magistrado ponente indicó en la audiencia que tales manifestaciones serían advertidas a la hora de proferir la decisión de fondo.



39. Así pues, por tratarse de un asunto debatido en audiencia inicial y, por ende, transparente para ambas partes y para el Ministerio Público, y que, en todo caso, al revisar nuevamente el concepto de violación de la demanda, resulta acorde con lo allí planteado, el problema jurídico que se estructuró en la audiencia inicial en los anteriores términos será reformulado como sigue:

39.1. ¿Los actos administrativos acusados, en su carácter de disposiciones de naturaleza reglamentaria, incurren en la causal de infracción de las normas superiores en que debían fundarse pues, al reproducir el contenido de los artículos 183 y 184 del Decreto Ley 960 de 1970, presuntamente habrían desconocido los efectos derogatorios de una norma con fuerza de ley como es el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970?

40. Visto lo anterior, las preguntas que corresponde resolver en esta oportunidad son las siguientes:

Primer problema jurídico

41. ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia por las siguientes razones?:

- 41.1. Expedir los actos administrativos demandados con desconocimiento del principio de reserva de ley, por ser la edad de retiro forzoso un asunto que, según el demandante, corresponde definir al legislador¹².
- 41.2. Exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por, presuntamente, haber agregado a las causales de pérdida del cargo de notario que prevé el Decreto Ley 960 de 1970¹³ el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años. Este causal se predica en relación con (i) el artículo 4, numeral 4, del Decreto 2054 de 2014 y (ii) el artículo 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.
- 41.3. Exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por haber agregado, a través de los actos administrativos demandados, una causal al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios, en desconocimiento del artículo 54 de la Ley 734 de 2002.

¹² El demandante considera que la sola violación de la reserva de ley da lugar a que se configuren las causales de nulidad por (i) falta de competencia; (ii) expedición irregular; (iii) falsa motivación; (iv) e infracción de las normas en que debía fundarse; sin embargo, su argumentación frente a todas ellas es la misma: que la atribución de definir la edad de retiro forzoso de los notarios está asignada a la ley, por consiguiente, se trata de la causal de nulidad por falta de competencia.

¹³ Artículo 144.



Segundo problema jurídico

42. ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido los actos demandados incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella? Este causal se predica en relación con: (i) El artículo 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014; y (ii) El artículo 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.

Tercer problema jurídico

43. ¿Los actos administrativos acusados, como disposiciones de naturaleza reglamentaria, incurren en la causal de infracción de las normas superiores en que debían fundarse pues, al reproducir el contenido de los artículos 183 y 184 del Decreto Ley 960 de 1970, presuntamente habrían desconocido los efectos derogatorios de una norma con fuerza de ley como es el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970?

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

- PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

44. ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al expedir los actos administrativos demandados en desconocimiento del principio de reserva de ley, por ser la edad de retiro forzoso un asunto que, según el demandante, corresponde definir al legislador?

45. A efectos de resolver este interrogante, la Subsección se ocupará de estudiar lo concerniente a (i) la competencia como presupuesto de validez del acto administrativo; (ii) principio de reserva de ley; (iii) la edad de retiro forzoso: materia sometida a reserva de ley; (iv) el efecto de la cosa juzgada de las decisiones judiciales; y por último (v) examen del caso concreto.

(i) La competencia como presupuesto de validez del acto administrativo

46. El proceso de formación y expedición de un acto administrativo corresponde a la administración¹⁴, como sujeto activo al que se le ha asignado la competencia necesaria para que, a través de tal mecanismo, adopte decisiones unilaterales por medio de las cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

¹⁴ Debe entenderse que dicho concepto comprende tanto a los servidores públicos como a los particulares investidos de funciones administrativas.



47. De acuerdo con ello, para que esa manifestación de voluntad estatal sea válida se requiere, entre otros, que a la autoridad de quien emana, le haya sido atribuida: vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia, que no es otra cosa que la capacidad jurídica que se predica de los sujetos particulares en el derecho privado.

48. Así pues, la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado desenvolverse a una autoridad administrativa.

49. A efectos de garantizar derechos fundamentales como el debido proceso y la seguridad jurídica, las normas que fijan competencias deben ser expresas, claras y anteriores a la expedición del acto administrativo de que se trate, lo que demuestra la íntima conexión que tiene el concepto objeto de estudio con el principio de legalidad y que el fundamento constitucional de ambas figuras reside en los artículos 2¹⁵, 6¹⁶, 121¹⁷, 122¹⁸ 123.2¹⁹, 209²⁰ superiores.

50. En ese orden de ideas, dado que la competencia permite que las decisiones de la administración se encuentren revestidas de legalidad, el acto administrativo estará viciado de nulidad en aquellos casos en que se profiere por un sujeto que carece de capacidad jurídica para actuar, esto es, sin una competencia atribuida por el ordenamiento. Es por ello que el artículo 137 del

¹⁵ ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

¹⁶ ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (esto es legalidad formal).

¹⁷ ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

¹⁸ ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente ...

¹⁹ ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...]

²⁰ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.



CPACA consagra la falta de este requisito como uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos, al señalar que toda persona podrá solicitar que se anulen aquellos que «[...] hayan sido expedidos [...] sin competencia».

51. Como puede observarse, la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo debido a que no se afina en el contenido de este, en su motivación o finalidad, sino en el sujeto que lo expide pues lo que se advierte en tales casos, es que el derecho positivo no consagra una facultad general que le permita actuar al Estado, en abstracto, como autoridad normativa, porque se requiere de una concreción de la competencia en una o varias autoridades administrativas.

52. Ahora, es importante tener en consideración que la asignación de competencias a la administración pública atiende a diferentes factores que pueden identificarse como el funcional, el material, el territorial y, en algunos casos, el temporal. La expedición de un acto administrativo en ausencia de cualquiera de ellos da lugar a la nulidad de la decisión:

- 52.1. Factor funcional: Se refiere al ejercicio de atribuciones según el grado jerárquico que, dentro de la estructura organizacional de la administración pública, ostenta el servidor público o particular investido de funciones administrativas.
- 52.2. Factor material: Supone que el acto administrativo proferido sea el desarrollo de una competencia efectivamente asignada a la autoridad que lo expidió.
- 52.3. Factor territorial: Parte de reconocer que debe haber una división del territorio que permita delimitar el espacio geográfico en el que la autoridad administrativa se encuentra habilitada para el desempeño de sus funciones.
- 52.4. Factor temporal: Es un parámetro que aplica en determinados casos en los que el ordenamiento jurídico impone un límite de tiempo para que la administración pueda ejercer su poder decisorio.

53. Finalmente, conviene anotar que las normas que deben considerarse a efectos de estudiar la competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos son aquellas vigentes al momento de hacer uso de la respectiva facultad de producción normativa²¹.

²¹ Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-014 del 21 de enero de 1993 precisó que «[...] la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. [...]».



(ii) Principio de reserva de ley

54. Como primera medida, es preciso señalar que el trasfondo histórico de este principio reside en el constitucionalismo revolucionario francés, el cual, al concebir la ley como máxima expresión de la soberanía popular, le confirió preeminencia en el ordenamiento jurídico. Esto hizo que, en sistemas normativos como el colombiano, de marcada influencia francesa, sin desconocer la actual supremacía constitucional, se predicara la existencia de una cláusula general de competencia en cabeza del Congreso de la República²², la cual lo faculta para ejercer su función de producción normativa en cualquier ámbito, salvo que se trate de alguno que, por expresa disposición del constituyente, debe ser regulado por la administración a través del reglamento.

55. Ahora bien, además de aquella cláusula general de competencia en favor del Congreso, en ciertos casos, la Constitución²³ ha previsto la exigencia de que la regulación de un determinado asunto se realice a través de una fuente del derecho en particular que, en este caso, es la ley. Esto es lo que se conoce como el principio de reserva de ley que, en otras palabras, da cuenta de un condicionamiento con ocasión del cual la configuración de ciertos temas solo puede realizarse mediante la expedición de (i) una ley en sentido formal, es decir aquella que surge del legislador ordinario o (ii) por disposiciones que sin haber surgido en el seno del Congreso de la República, tienen rango de ley al expedirse por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió aquel²⁴.

56. En el ordenamiento jurídico colombiano este último supuesto encuentra una limitación importante en el texto del artículo 150 superior, numeral 10, el cual identifica los siguientes asuntos que por ser de competencia exclusiva del legislador no pueden ser regulados a través de la concesión de facultades extraordinarias:

- 56.1. La expedición de códigos.
- 56.2. La expedición de leyes estatutarias.
- 56.3. La expedición de leyes orgánicas.
- 56.4. El decreto de impuestos.

²² Artículo 114 y 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política.

²³ La norma superior ha dispuesto la existencia de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, administración de justicia, servicios públicos, organización de la administración pública, impuestos, entre otros.

²⁴ En su libro «Lecciones de derecho administrativo», el profesor Luciano Parejo Alfonso define la reserva de ley como una «[...] técnica de delimitación de ámbitos materiales a favor de los órganos con competencia constitucional para dictar Leyes, de tal suerte que la regulación de dichos ámbitos debe producirse en primera instancia, mediante Leyes en sentido formal o, en todo caso, y con alguna limitación, por normas que, aún emanadas del Gobierno correspondiente, tienen rango y fuerza de ley [...]» (Editoriales: Tirant lo Blanch y Universidad Externado de Colombia; tercera edición; Bogotá; 2010; p. 96).

56.5. La expedición de leyes marco a las que hace referencia el numeral 19 del artículo 150 superior, esto es, normas generales en las que se prevén los objetivos y criterios a los que debe someterse el Gobierno con el fin de organizar el crédito público; regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional; modificar las disposiciones del régimen de aduanas; regular la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con recursos captados del público; fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; regular el régimen de prestaciones sociales mínimas para los trabajadores oficiales y modificar la estructura de ministerios, departamentos administrativos y demás organismos de la administración nacional²⁵.

57. Visto lo anterior, en los casos en que tiene aplicación la reserva de ley no se encuentra permitido regular la materia por medio de preceptos de inferior jerarquía o fuerza normativa, como lo son los reglamentos. En esos términos, el principio en cuestión constituye una garantía esencial de los estados modernos hacia sus asociados, si se tiene en cuenta que los asuntos sujetos a reserva legal involucran temas de gran importancia e interés social y económico que, en tal virtud, deben positivarse como resultado de una amplia deliberación que garantice el principio democrático, lo que le otorga legitimidad a la norma de derecho resultante.

58. Es importante resaltar la forma en que la reserva de ley constituye un límite inquebrantable a la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión. Esto no significa que se excluya el reglamento porque, una vez expedida la ley, podrán dictarse aquellos que se conocen como reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, los cuales gozarán de validez en la medida en que tengan una adecuada cobertura legal, esto es, en cuanto se dediquen a ejecutar o desarrollar la ley a la que se encuentran inmediatamente ligados. Esto quiere decir que en aquellos casos solo habrá espacio para el reglamento, en la medida en que previamente haya una habilitación legal.

59. Sobre el particular, el profesor Luciano Parejo Alfonso enseña lo siguiente:

59.1. [...] La **finalidad** entonces de la técnica de la reserva de Ley se circunscribe, en principio, a **subordinar el acceso a una materia**

²⁵ Es importante anotar que el numeral 10 del artículo 150 superior no incluye expresamente las leyes marco como uno de los supuestos en los que aplica la cláusula de reserva de ley, en su lugar, se contempla la prohibición de conferir facultades extraordinarias al Gobierno para expedir las leyes de que trata el numeral 20 de la misma norma, esto es, las que se ocupan de la creación de los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que la remisión que hace el numeral 10 al 20 del artículo 150 de la Constitución es producto de un lamentable descuido pues en la votación final de la norma se retiró el numeral 15, de manera que el numeral relativo a las leyes marco, que antes era el 20, pasó a ser el 19.

perteneciente al campo por ella acotado y, por tanto, la intervención reguladora de normas inferiores (de rango reglamentario), **a la ocupación previa de esa materia por una Ley** con el contenido (variable) que la CE quiere (en virtud, justamente, del tipo de reserva de Ley) que sea establecido precisamente por el órgano parlamentario. Una vez que la Ley haya fijado –mediante una regulación propia- los contenidos requeridos por la norma constitucional, **pueden llamar a otras normas** (reglamentarias) **a colaborar con ella** –para complementar aquella regulación- y en todo caso, producirse la normación reglamentaria de desarrollo [...] ²⁶

60. En el evento de no haberse previsto una reserva de ley, la respectiva regulación se podrá realizar a través del reglamento siempre y cuando se tenga la competencia para el efecto y se respete el contenido de disposiciones superiores, de manera que no se trastorne el sistema de fuentes. En ese sentido, la reserva legal es un mecanismo constitucional que permite proteger el reparto de competencias entre el legislador y la administración pública o, si se quiere, entre la ley y el reglamento.

61. En relación con la materia objeto de estudio, el máximo tribunal constitucional ha distinguido entre dos clases de reserva de ley, así:

- 61.1. [...] i) Una, *material*, que la conforma el conjunto de supuestos o materias sobre las cuales la Constitución exige una regulación de rango legal. Este tipo de reserva supone que los temas que no han sido reglados por la ley, no pueden ser regulados por normas reglamentarias. Sin embargo, debe precisarse que excepcionalmente el Presidente de la República a través de una norma con fuerza de ley, como legislador extraordinario con facultades expresamente otorgadas, pueda reglamentar el tema correspondiente. (ii) Otra, *formal*, que significa que cualquier materia, por intrascendente que sea, que haya sido regulada en la ley, no puede ser modificada por un reglamento. En razón a las materias restringidas o a los trámites especiales exigidos, sólo el Congreso está facultado para realizar la regulación [...] ²⁷

62. Lo anunciado hasta ahora indica que, en los eventos en que por disposición expresa del constituyente la competencia es exclusiva del legislador no es admisible el vaciamiento de las facultades atribuidas a este mediante la expedición de normas que carezcan de rango y fuerza legal. No obstante, surge el interrogante de cómo identificar tales hipótesis, pues lo cierto del caso es que el uso constitucional de la palabra ley no es unívoco.

63. Así, en ocasiones la norma superior se refiere a la ley en un sentido formal que se define a través de un criterio orgánico como aquel precepto expedido por el Congreso o, al menos, que tiene rango y fuerza de ley formal. En otras ocasiones la Constitución alude a la ley en un sentido material, es decir, una

²⁶ Luciano Parejo Alfonso; «Lecciones de derecho administrativo»; Editoriales: Tirant lo Blanch y Universidad Externado de Colombia; tercera edición; Bogotá; 2010; pp. 96-97.

²⁷ Sentencia C-219 del 19 de abril de 2017, Corte Constitucional, expediente D-11662.



disposición con carácter jurídico vinculante, con independencia del órgano que haya dispuesto su producción.

64. Ante la dificultad que puede representar esta ambivalencia a efectos de determinar si existe reserva de ley o no, la Subsección A considera que en cada caso particular será necesario definir el alcance de la expresión «ley» contenido en la norma objeto de revisión.

65. Mal podría pensarse que todas las cuestiones pasibles de ser regladas por la ley están sujetas a reserva legal pues ello desnaturalizaría la esencia de esta institución. Así, mientras que la cláusula de competencia del legislador constituye una regla general que le permite a este ocuparse de cualquier materia que no haya sido asignada privativamente a la administración, la reserva de ley aparece como una excepción que obedece a la especial trascendencia que la norma de normas le ha otorgado a un determinado asunto.

66. Es por ello que, en lugar de predicar la aplicación generalizada de tal reserva en todo uso que haga la Constitución de la palabra ley, conviene adoptar una posición que opte por estudiar, en cada caso concreto, si a la luz del ordenamiento jurídico la regulación de la temática en particular solo puede efectuarse a través un precepto con fuerza y rango de ley²⁸, para lo cual el intérprete debe tener en cuenta los siguientes criterios:

CONFIGURACIÓN	67. CASUÍSTICA
Materias sometidas a reserva de ley por disposición del artículo 150 superior, norma competencial del Congreso de la República.	(i) Códigos (Competencia exclusiva del legislador ordinario – art.150 #10). (ii) La estructura de la administración nacional; la creación, supresión o fusión de ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; la reglamentación de la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales; la creación o autorización para la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. (iii) El ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia a cargo del Gobierno.

²⁸ Sobre la importancia de no predicar la aplicación generalizada de la reserva de ley, el profesor Héctor Santaella Quintero señala que «[...] Solo un examen detallado del texto constitucional permite determinar con precisión qué asuntos han sido reservados. Dicho análisis permitirá distinguir tanto las reservas de ley formal como de ley material y las reservas de ley ordinaria de las reservas de leyes especiales o cualificadas [...]». *Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta*; En «La constitucionalización del derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de derecho administrativo»; Universidad Externado de Colombia; 2014; Bogotá; p. 111. En esa misma línea, en la nota al pie número 96 de dicho artículo indica lo siguiente: «[...] ¿Para qué reservar algo en particular si la totalidad está reservada? Por esto no tiene sentido la equiparación que a veces se observa entre la cláusula general del parlamento y la reserva de ley. Como señala MERKL., “el sentido de la reserva legal es que la forma legal se impone para la formulación del derecho de un cierto contenido, pero no para todo el derecho”.



	(iv) Las autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. (v) El decreto de impuestos (Competencia exclusiva del legislador ordinario – art.150 #10). (vi) La expedición de leyes marco (Competencia exclusiva del legislador ordinario – art.150 #10) en asuntos de crédito público; comercio exterior y régimen de cambio internacional; régimen de aduanas; actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con recursos captados del público; régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; régimen de prestaciones sociales mínimas para los trabajadores oficiales; estructura de ministerios, departamentos administrativos y demás organismos de la administración nacional (vii) La apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías. (viii) Cuestiones relativas al Banco de la República y a las funciones de su Junta Directiva. (ix) La intervención económica en asuntos de que trata el artículo 334 superior como explotación de recursos naturales, uso del suelo; producción, distribución, utilización y consumo de los bienes; y en los servicios públicos y privados. (x) La prestación de servicios públicos. (xi) El ejercicio de funciones públicas. (xii) La propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.
Reserva de ley orgánica (Art. 151 CP) Competencia exclusiva del legislador ordinario (Art.150 #10)	(i) Reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras (Art. 151 CP). (ii) Normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo (Arts. 151, 342 y 352 CP). (iii) Normas sobre asignación de competencias normativas a las entidades territoriales (Art. 151 CP). (iv) Ordenamiento territorial (Arts. 150 #4, 288, 297, 307 y 329 CP)
Reserva de ley estatutaria (Art. 152 CP) Competencia exclusiva del legislador ordinario (Art.150 #10)	(i) Derechos y deberes fundamentales, así como procedimientos y recursos para su protección²⁹. (ii) Administración de justicia³⁰. (iii) Organización y régimen de partidos y movimientos políticos³¹; estatuto de la oposición y las funciones electorales³². (iv) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana³³.

²⁹ Algunos ejemplos son la Ley 1751 de 2015 (derecho a la salud); Ley 1755 de 2015 (derecho de petición); Ley 1618 de 2013 (derechos de las personas con discapacidad).

³⁰ Ley 270 de 1996, Estatutaria de administración de justicia.

³¹ Ley 130 de 1994, Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones. Al igual que la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones.

³² Ley 1909 de 2018, por medio de la cual se adopta el estatuto de la oposición política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes.

³³ Ley 134 de 1994, por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana.



	(v) Estados de excepción ³⁴ . (vi) Igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República.
--	--

68. **Respecto de las demás alusiones** que haga el texto constitucional al término «ley», la Sala considera que la ubicación de la norma respectiva al interior de la Carta Política puede servir como pauta para dilucidar el sentido en que se ha utilizado aquel concepto.

69. PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN³⁵	Si las decisiones esenciales para la sociedad y el Estado deben reservarse a la actividad de producción normativa del legislador, goza de toda lógica que los asuntos comprendidos en la parte dogmática del texto superior, al integrar los elementos que orientan y legitiman la actividad estatal, queden sometidos a tal reserva la mayoría de las veces, salvo que de la interpretación sistemática del texto y de la jurisprudencia constitucional pueda concluirse lo contrario. Por eso, en principio, en estos casos, aplica una especie de indicio de reserva legal , debiéndose entender que, por regla general, el término «ley» es usado en un sentido formal, es decir, como aquel precepto de carácter vinculante que resulta luego de haberse agotado el respectivo trámite legislativo o aquel que, habiéndose expedido por el Gobierno Nacional, tiene rango y fuerza de ley ³⁶ .
PARTE ORGÁNICA DE LA CONSTITUCIÓN³⁷	El carácter instrumental de la parte orgánica de la norma de normas, que tiene razón de ser solo en cuanto sirva a la aplicación y realización de los principios, valores y derechos contemplados en su parte dogmática, hace que no resulte imperativa la intervención exclusiva del legislador en las materias allí comprendidas, salvo que de la interpretación sistemática del texto y de la jurisprudencia constitucional pueda concluirse lo contrario. Por eso, en estos casos, opera un indicio de ausencia de reserva legal , debiéndose entender que, por regla general, cuando la Carta Política utiliza la expresión «ley» se refiere a su sentido material, es decir, como cualquier tipo de precepto de carácter vinculante, con independencia de su rango y fuerza normativa.

70. De esta forma, que la disposición de que se trate pertenezca a la parte dogmática o a la orgánica de la Constitución sirve de indicio para presumir la existencia o no de reserva de ley. Sin embargo, esta proposición, lejos de constituir una regla absoluta, aparece como un simple criterio orientador que tendrá que ser valorado en armonía con la norma de que se trate y esta, a su vez, interpretarse sistemáticamente a la luz del texto superior.

³⁴ Ley 137 de 1994, Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia.
³⁵ Es aquella que comprende los valores, principios y derechos fundamentales previstos en el texto superior.
³⁶ La Constitución española adopta un criterio semejante cuando dispone en su artículo 53 que «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a) [...]» (subraya la Sala).
³⁷ Es aquella en la cual se establece, entre otras, la estructura organizacional del Estado, al igual que las competencias y potestades básicas otorgadas a sus diferentes órganos y autoridades.

71. Por ello, definir si el constituyente dispuso o no que el tema en particular fuese regulado en forma privativa por el legislador, dependerá de la valoración que se haga en cada caso concreto, evaluación que, de cualquier forma, deberá llegar a una respuesta afirmativa cuando logre establecerse que se trata de un asunto que, luego de ser estudiado a la luz de la carta política y de la jurisprudencia constitucional, puede catalogarse como de **especial trascendencia** por su **íntima conexión** con el modelo de Estado Social de Derecho y con la satisfacción de los fines esenciales del Estado³⁸, del interés general o de principios transversales como el democrático o de separación de poderes³⁹.

72. Finalmente, es importante destacar la existencia de ciertos eventos en los que entender que la Constitución alude a la «ley» como norma jurídica con rango y fuerza de tal resultaría contrario a aquella pues una lectura de la disposición respectiva de cara al ordenamiento jurídico no deja otra opción que concluir que el término ley fue usado en un sentido material, esto es, aludiendo a todo tipo de disposición jurídicamente vinculante sin que interese su naturaleza.

73. A título simplemente enunciativo, tal es el caso del artículo 4 cuando señala que «[...] Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades [...]»; el 6 que dispone que «[...] Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes [...]»; y el 13 según el cual «[...] Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley [...]». Mal podría pensarse que, en ese mismo orden, los ciudadanos y residentes en Colombia únicamente están obligados al cumplimiento de las leyes expedidas por el Congreso; que la responsabilidad de los particulares solo surge ante la violación de las normas que ha proferido el legislador; o que el derecho a la igualdad solo se puede exigir respecto de aquellas últimas.

(iii) La edad de retiro forzoso. Materia sometida a reserva de ley

³⁸ ARTICULO 2.º: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

³⁹ Tal es el caso, a manera de ejemplo, del régimen de explotación de los recursos no renovables que prevé el artículo 360 superior, de conformidad con el cual «[...] La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios [...]».



74. Según se anotó, tratándose de un vicio de falta de competencia como el que se está examinando, el referente de constitucionalidad y legalidad debe ser la norma vigente al momento de haberse ejercido la atribución de que se trate. En ese orden de ideas, en virtud de la fecha de expedición de los actos acusados, el estudio de la competencia en cuestión debe realizarse a la luz de la Constitución actual, al igual que bajo los postulados de la Constitución de 1886.

- **Análisis según la Constitución de 1991⁴⁰**

75. La edad de retiro forzoso constituye una causal de desvinculación del servicio público. La única referencia que sobre la materia realizó la Constitución de 1991 se encuentra consagrada en el artículo 233 superior en cuanto dispone la permanencia en el cargo de magistrado de alta corte siempre que se observe una buena conducta, se obtenga un rendimiento satisfactorio y no se haya llegado a edad de retiro forzoso.

76. La jurisprudencia constitucional⁴¹ ha señalado que la determinación de las causales para que opere el retiro forzoso que no se encuentren directamente definidas en la Constitución, corresponde al Congreso de la República en ejercicio de las facultades legislativas ordinarias que le han sido asignadas en el ya mencionado artículo 150, numeral 23.

77. El fundamento normativo de esta conclusión se encuentra dado por el artículo 125 constitucional, de acuerdo con el cual el retiro del servicio público «[...] se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas **en la Constitución o la ley**»⁴².

78. En esa medida, se ha sostenido que, al no existir otra referencia normativa que desde la Constitución Política regule el retiro forzoso del servicio público, la edad, como una de las causales de procedencia de esta figura, únicamente puede ser reglada a través de una norma con fuerza y rango de ley. En efecto, al analizar la exequibilidad de la Ley 1821 de 2016, que modificó la edad máxima para el retiro forzoso del servicio público fijándola en 70 años, la Corte Constitucional concluyó en sentencia C-084 de 2018 que «[...] el señalamiento de la edad de retiro forzoso es una atribución que le compete ejercer de forma exclusiva al legislador, en desarrollo de lo previsto en el artículo 125 de la Carta [...]».

79. La Sala, en armonía con el criterio constitucional, estima que la expresión «ley» contenida en el citado artículo 125 fue utilizada en su sentido formal toda vez que, la Constitución de 1991 contempló la función pública como uno de los

⁴⁰ Bajo su vigencia se expidieron los artículos 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014; 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.

⁴¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias C-084 de 2018 y C-563 de 1997.

⁴² En sentencia C-082 de 1996, la Corte Constitucional sostuvo que «La regulación del ejercicio de la función pública es materia reservada a la ley».



ejes básicos e inherentes para la realización del modelo de Estado previsto en aquella.

80. La fuerza con la que se quiso constitucionalizar la función pública a partir de 1991, se ve reflejada en los siguientes hechos: (i) a lo largo de toda la Carta Política y no solo en el Título V, capítulo 2, que lleva aquel nombre, pueden encontrarse normas que la regulan y; (ii) su vinculación estrecha con los valores y principios esenciales del Estado. Esta última característica se observa incluso desde el mismo preámbulo que señala como uno de los fines del Estado asegurar el trabajo a todos sus integrantes, postulado que se reitera en el artículo 1 *ibidem* como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho.

81. Además, conviene destacar que la forma en que por excelencia logra satisfacerse el interés general, como otro de los principios fundantes del modelo de Estado colombiano, es a través de la función pública. Ello se explica en que es en ejercicio de las competencias propias del servicio público que se materializan los fines esenciales estatales de que trata el artículo 2 superior, al igual que los demás postulados, principios, reglas y mandatos que componen el ordenamiento jurídico.

82. La función pública también guarda íntima conexión con el principio democrático que prevén el preámbulo y el citado artículo 1 pues mediante el ejercicio del derecho al voto, los ciudadanos escogen a los servidores públicos de elección, como depositarios de la voluntad del pueblo.

83. Junto a las anteriores, son muchas otras las normas consagradas a lo largo de la Constitución Política de 1991 entre las que puede establecerse una relación directa o indirecta con el servicio público, lo que refleja que se trata de una institución jurídica de especial trascendencia en cuanto permite la realización del modelo de Estado Social de Derecho y la satisfacción de sus fines esenciales, del interés general o de principios transversales como el democrático. En tales condiciones, no cabe duda que el artículo 125 superior contempló una reserva legal al momento de establecer las causales del retiro del servicio público.

84. En este punto es de vital importancia precisar que dicho artículo hace referencia, en forma general, a la función pública o servicio público, sin limitar la aplicación de su contenido a quienes técnicamente pueden circunscribirse en la categoría de servidores públicos, lo que significa que los notarios, como particulares que prestan un servicio público, quedan cobijados dentro del ámbito de aplicación tal precepto.

- **Análisis según la Constitución de 1886⁴³**

⁴³ Bajo su vigencia se expidió el Decreto 3047 de 1989 cuyo artículo 1 es objeto de la demanda.



85. A pesar de que esta Constitución se expidió en otro contexto normativo, cuando el ordenamiento jurídico se caracterizaba por una regulación jurídica incipiente respecto de la función pública, también es factible sostener que en el marco de la Constitución de 1886 se establecía una reserva de ley para reglamentar lo relativo al servicio público, entendiendo que dentro de este quedan comprendidas las causales de retiro.

86. En efecto, el artículo 76 de dicha norma, modificado por el Acto Legislativo 1 de 1979, señalaba lo siguiente en su numeral 10:

86.1.[...] Artículo 76. Es función del Congreso reformar la Constitución por medio de actos legislativos, hacer las leyes y ejercer el control político sobre los actos de Gobierno y de la administración de acuerdo con los numerales 3º y 4º del artículo 103 [...] 10. Regularlos otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los Artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales; expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado, y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar [...]

87. Por su parte, el artículo 62 *ejusdem* indicó que, por medio de la ley, se determinarían «[...] los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro público [...]».

88. De acuerdo con lo explicado en precedencia, al estar comprendida dentro de la norma de competencia del legislador, no cabe duda de que, bajo la Constitución de 1886, la regulación de los aspectos del servicio público que tuviesen relevancia constitucional, como lo es el retiro de este, solo podía efectuarse a través de una disposición con rango y fuerza de ley. Además, conviene recordar que la jurisprudencia ha entendido que la edad de retiro forzoso genera una prohibición, impedimento o incompatibilidad para el ejercicio de funciones públicas, otro argumento más para considerar que, en virtud de la remisión al artículo 62 citado, este asunto queda incluido dentro de las atribuciones competenciales exclusivas del Congreso de la República.

89. Teniendo claro que la edad de retiro forzoso del servicio público es una materia sometida a reserva de ley, queda por definir si los artículos demandados tenían una cobertura legal apropiada en virtud de la cual pueda concluirse que su expedición obedeció al ejercicio de la potestad reglamentaria de que goza el Gobierno Nacional y no a la usurpación de una función propia del legislador.

90. La Sala considera que este asunto ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación y que están dados los presupuestos para predicar la existencia de cosa juzgada en ese preciso aspecto, según se explica a continuación.

(iv) El efecto de la cosa juzgada de las decisiones judiciales

91. La cosa juzgada es una institución jurídico procesal en virtud de la cual las decisiones contenidas en una sentencia y otras providencias judiciales tienen el carácter de invariables, vinculantes y concluyentes, ello con la finalidad de lograr la terminación definitiva de controversias que permita la realización de la seguridad jurídica⁴⁴ como principio fundante dentro de un Estado social de derecho.

92. En relación con los efectos de una providencia que hace tránsito a cosa juzgada, se han identificado los siguientes: la presunción de veracidad de lo resuelto; la inmutabilidad de la decisión, que significa que la materia que ya ha sido objeto de estudio no puede, en principio, ser sometida a un nuevo pronunciamiento de fondo; la imposibilidad de revocar directamente la resolución judicial⁴⁵; y, en los casos en que el objeto del proceso es una pretensión de nulidad, aparece además la prohibición de reproducir el acto administrativo suspendido o anulado, la cual tiene fundamento legal en el artículo 237 del CPACA.

93. De acuerdo con este último, la restricción busca evitar que, a través de la expedición de nuevas normas, se reintroduzcan al ordenamiento jurídico disposiciones ya anuladas o suspendidas, para lo cual, más allá de la redacción, ha de tenderse en cuenta la esencia del acto administrativo que ha perdido su fuerza ejecutoria. Ahora bien, el artículo en comento permite retomar el contenido de este último en aquellos casos en que, tras la expedición de la sentencia o el auto respectivo, desaparecen los fundamentos jurídicos de la decisión anulatoria o de suspensión.

94. Para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada es imprescindible que, previamente, el asunto en cuestión haya sido objeto de estudio por la jurisdicción y que al respecto esta haya adoptado una decisión de fondo que se encuentre debidamente motivada, pudiéndose verificar el cumplimiento de las siguientes exigencias:

- 94.1. Identidad de partes: Al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados, salvo que se trate de un medio de control de simple nulidad toda vez que su carácter público, que propende por la protección del interés general, permite que sea promovido por cualquier persona de manera que, en tal

⁴⁴ En este sentido ver entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 28 de febrero de 2013, radicación: 11001-03-25-000-2007-00116-00(2229-07) Actor: Luz Beatriz Pedraza Bernal, y de la Corte Constitucional C-259 de 2015.

⁴⁵ Al respecto puede consultarse la sentencia C-096 de 2017, proferida por la Corte Constitucional.



supuesto, no es necesario que se presente identidad absoluta de partes para que se configure la cosa juzgada.

94.2. Identidad de *causa petendi*: La demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. De presentarse nuevos elementos, al juez solamente le está dado analizar los nuevos supuestos.

94.3. Identidad de objeto: Deben versar sobre la misma pretensión.

95. En línea con ello, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 189, precisa que la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, dicho de otra forma, la decisión de la administración desaparece del ordenamiento jurídico para todo el mundo. Igual efecto produce la sentencia que niegue la nulidad «[...] pero sólo en relación con la *causa petendi* juzgada [...]»⁴⁶. Así pues, en este último supuesto el efecto, además de ser *erga omnes*, es relativo, de modo que el control judicial no obsta para que la manifestación de voluntad de la administración sea enjuiciada nuevamente por razones diferentes a las ya estudiadas.

96. Los requisitos arriba anotados ponen de presente que, tratándose de medios de control en los que se procesa una pretensión de nulidad, lo que determina la existencia de la cosa juzgada es la posibilidad de predicar, en uno y otro caso, una coincidencia entre los actos administrativos enjuiciados y la censura u objeto de reproche que da lugar al pronunciamiento judicial. En otras palabras, en ambos procesos debe haber similitud entre lo que se conoce como la «materia juzgada».

97. Para realizar tal constatación, el ordenamiento jurídico optó por privilegiar un criterio sustancial, reflejado ya en el artículo 237 del CPACA previamente estudiado, pues con independencia de la redacción o del cuerpo normativo en que se encuentre inserta la disposición, si en esencia se trata de la misma norma que está siendo controvertida por las mismas razones, habrán de predicarse los efectos propios de la cosa juzgada. Esto es así en atención a la diferencia que existe entre la norma y la disposición, entendida aquella como la regla que subyace de fondo a esta última.

98. Este razonamiento dio lugar a que la jurisprudencia constitucional distinguiera la cosa juzgada formal de la genuinamente material. La primera de ellas se produce cuando la disposición enjuiciada es exactamente igual. Por su parte, la cosa juzgada material opera en los eventos en que, si bien el debate

⁴⁶ En palabras del profesor Carlos Alberto Betancur Jaramillo, la causa *petendi* «[...] guarda íntima relación con el numeral 4º del artículo 137 que exige en toda demanda de impugnación de un acto administrativo la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de violación [...]». Ver artículo *Acciones y recursos ordinarios* p. 228.



versa sobre la misma norma que fue objeto de control inicial, esta se encuentra contenida en otro texto jurídico o incluso, estando dentro del mismo, fue reproducida en otro artículo de manera exacta o con otra redacción, pero conservando la esencia.

99. En lo que respecta a la oportunidad procesal para declarar la existencia de cosa juzgada es preciso anotar, con sustento en el artículo 180 del CPACA, que idealmente debe hacerse en la etapa de decisión de excepciones propia de la audiencia inicial, bien sea que, porque la propuso el demandado como medio de defensa o bien porque, de oficio, el despacho advirtió su configuración. Sin embargo, el hecho de que no se resuelva allí no obsta para que, de encontrarla probada, el juez la declare al momento de proferir la respectiva sentencia.

100. Visto lo anterior, a continuación, se presentan de manera esquematizada los principales elementos distintivos del atributo en cuestión:

100.1. Cosa juzgada	
Requisitos de configuración	(i) Identidad de partes, salvo que se trate de una pretensión de nulidad simple. (ii) Identidad de <i>causa petendi</i> . (iii) Identidad de objeto.
Efectos de la decisión	(i) Presunción de veracidad. (ii) Inmutabilidad. (iii) Irrevocabilidad directa. (iv) Prohibición de reproducción del acto administrativo anulado, cuando se trata de una pretensión de nulidad
Alcance de los efectos (pretensión de nulidad)	(i) La declaratoria de nulidad produce efectos <i>erga omnes</i> . (ii) La sentencia que niega la nulidad produce efectos <i>erga omnes</i> únicamente respecto de la <i>causa petendi</i> .
Oportunidad para declararla	(i) En la audiencia inicial, en la etapa de decisión de excepciones previas y mixtas. (ii) En la sentencia.

101. Por su parte, las decisiones que deben proferirse en caso de determinar la existencia de cosa juzgada pueden sintetizarse de la siguiente manera:

101.1. Decisión en caso de operar la cosa juzgada		
	Cosa juzgada formal	Cosa juzgada material
Sentencia declaró la nulidad	Estar a lo resuelto	(i) Estarse a lo resuelto y (ii) Declarar la nulidad de la norma por desconocimiento del artículo 237 del CPACA
Sentencia negó la nulidad	Estar a lo resuelto	Estar a lo resuelto
Sentencia interpretativa, aditiva,	Estar a lo resuelto	(i) Estarse a lo resuelto e (ii) Incorporar la misma interpretación, adición o sustitución a



integradora o sustitutiva	la lectura del texto normativo enjuiciado.
---------------------------	--

102. Por último, es importante señalar que la contrariedad en que incurra una sentencia respecto de otra que haya hecho tránsito a cosa juzgada se encuentra prevista como una causal de procedencia del recurso extraordinario de revisión, salvo que en el segundo proceso se haya resuelto negativamente la excepción de cosa juzgada⁴⁷.

(v) Caso concreto

103. El argumento central de ambas partes en los alegatos de conclusión giró en torno a la configuración de cosa juzgada o no, en relación con la sentencia del 30 de abril de 2009, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en del expediente 2005-00151⁴⁸.

104. Así, mientras que el Ministerio de Justicia y del Derecho sostuvo que el presente asunto debe fallarse estándose a lo resuelto en tal providencia porque allí se resolvió lo relativo a la competencia de dicha agencia ministerial para regular la materia, el demandante se opuso a esta petición al considerar que, por múltiples razones, resulta inviable concederle efectos de cosa juzgada.

105. De acuerdo con lo anterior, para definir si en el asunto *sub examine* se configura la cosa juzgada la Sala comenzará por confrontar ambos procesos a efectos de verificar si existe coincidencia de *causa petendi* y objeto.

106. En relación con el objeto, se advierte que en uno y otro caso las pretensiones de nulidad recaen sobre los siguientes actos administrativos:

Expediente	106.1. Pretensión	
2005-00151 Sentencia del 30 de abril de 2009	Artículo 1 del Decreto 3047 de 1989	«Señalase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal [...]»
0098-2017 Este proceso	Artículo 1 del Decreto 3047 de 1989.	«Señalase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal [...]»
	Artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015.	

⁴⁷ Así lo prevé el artículo 250 del CPACA, numeral 8.
⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente 2005-00151, acción de nulidad, actor: Christian Fernando Cardona Nieto.



	Artículo 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014.	«Se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas establecidas en la ley conforme a las cuales se presenta una falta absoluta del notario. De conformidad con lo anterior las causales son las siguientes: [...] 4. Retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años. [...]
	Artículo 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.	

107. Por su parte, la *causa petendi* en cada proceso puede resumirse como sigue a continuación:

107.1. Expediente	2005-00151 Sentencia del 30 de abril de 2009	0098-2017 Este proceso
Normas vulneradas	- Artículos 1, 13, 40, numeral 7, 53, 113, 114, 131, 150, 152, literal a) de la Constitución Política. - Artículos 2 y 3 de la Ley 931 de 2004. - Sentencia SU-250 de 1998 de la Corte Constitucional.	- Disposiciones transgredidas por el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989: Artículos 2, 20, 76-1 y 2, 120-3 y 188 de la Constitución Política de 1886. - Disposiciones transgredidas por el artículo 4 del Decreto 2054 de 2014, al igual que por los artículos 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015: Artículos 1, 2, 3, 6, 121, 123, 125, 131, 150-1 y 23, 189-11, 209 y 210 de la Constitución Política de 1991; artículos 34 y 35 de la Ley 1437 de 2011; y artículo 54 de la Ley 734 de 2002. - Disposiciones transgredidas por todos los actos administrativos demandados: Artículos 144 y 146 del Decreto Ley 960 de 1970; artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970.
Causales de nulidad invocadas	- Falta de competencia por violación del principio de reserva de ley estatutaria puesto que, al tratarse de derechos constitucionales fundamentales, la igualdad y el acceso a cargos públicos solo pueden limitarse a través de una norma con dicho rango.	- Falta de competencia por violación del principio de reserva de ley debido a que el régimen laboral de los notarios y, por ende, la edad de su retiro forzoso, es un asunto que corresponde definir exclusivamente al legislador. - Falta de competencia por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria toda vez que ni el artículo 144 del Decreto Ley 960 de 1970 ni alguna otra norma con fuerza de ley consagra la edad como una causal de pérdida del cargo. - Falta de competencia por violación del principio de reserva de ley y por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria como quiera que los actos administrativos demandados se traducen en



	- Desconocimiento de normas superiores en que debía fundarse por violación de derechos a la igualdad y al acceso a cargos públicos previstos en los artículos 13 y 40-7 superiores. - Falta de motivación.	la consagración de una causal de inhabilidad, impedimento e incompatibilidad que solo compete definir al Congreso y que, en todo caso, excedería el contenido del artículo 54 de la Ley 734 de 2002 al adicionar una causal no prevista en él. - Desconocimiento de normas superiores en que debía fundarse. El contenido de los artículos 183 y 184 del Decreto Ley 960 de 1970, derogados por el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970, solo podía reincorporarse al ordenamiento jurídico a través de preceptos con fuerza legal. - Expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa ya que no se cumplió el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a todos aquellos que pudieran estar interesados en las decisiones que adoptaría el Gobierno Nacional en relación con la edad de retiro forzoso de los notarios.
--	--	---

- *Análisis de la causa petendi*

108. De acuerdo con los reproches formulados en una y otra demanda, únicamente existe coincidencia de *causa petendi* en lo que tiene que ver con la alegada falta de competencia por violación del principio de reserva de ley. En esas condiciones, de llegar a concluirse que operó la cosa juzgada esta sería solo parcial, en lo que se refiere al subproblema jurídico relativo a una posible falta de competencia generada por la transgresión de dicho principio.

109. Y es que si bien en el expediente con radicado 2005-00151 la censura del demandante se enfocó en la violación de la reserva de ley estatutaria, lo cierto es que el análisis que realizó la Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia del 30 de abril de 2009 se limitó a examinar si la norma allí demandada tenía suficiente cobertura en una ley ordinaria, tal y como se plantea en el *sub examine*, lo que permite concluir que frente a ese aspecto puntual sí hay identidad de *causa petendi*.

- *Análisis del objeto*

110. **Artículo 1 del Decreto 3047 de 1989.** Es enjuiciado tanto en el presente proceso como en aquel que dio origen a la sentencia del 30 de abril de 2009. En ese orden de ideas, al ser exactamente la misma norma controvertida podría considerarse la existencia de una cosa juzgada formal.



111. **Artículo 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014 y artículos 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.** No existe correspondencia formal entre ellos y la disposición de la que se ocupó la citada providencia. Por ese motivo, conviene examinar si es factible que respecto de estos se haya configurado aquel atributo en su dimensión material, lo que se recuerda ocurre cuando la norma inicialmente juzgada se encuentra contenida en otro texto jurídico o incluso, estando dentro del mismo, fue reproducida en otro artículo de manera exacta o con diferente redacción, pero conservando la esencia.

112. En cuanto al artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015 se advierte que su texto es exactamente igual al del artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, solo que están incluidos en diferentes cuerpos normativos.

113. Otro es el caso de los numerales 4 de los artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015, pues como su tenor literal no se identifica con el del referido artículo 1 es necesario definir si aquellos reprodujeron materialmente el contenido de este último. En efecto, se estima que ello fue lo que sucedió pues la regla que sustancialmente subyace a tales disposiciones es la misma y consiste en la consagración de la edad de 65 años como causal de retiro forzoso de los notarios⁴⁹. En tales condiciones, resulta procedente pensar que frente a dichos artículos puede operar la cosa juzgada material.

114. Verificada como está la identidad de objeto y de *causa petendi*, la Subsección A concluye que la pluricitada sentencia del 30 de abril de 2009 hizo tránsito a cosa juzgada en lo que tiene que ver con la presunta falta de competencia por violación del principio de reserva de ley para definir la edad de retiro forzoso de los notarios.

115. Es importante resaltar que la providencia en cuestión fijó como uno de los objetos de la *litis* pronunciarse sobre la presunta «Incompetencia del Gobierno Nacional para expedir el Decreto contentivo de la disposición acusada». Al respecto consideró que los artículos 137, 181 y 182 del Decreto Ley 960 de 1970, por el que se profiere el Estatuto de Notariado, permiten colegir que «[...] por expreso mandato **legal** LA EDAD DE RETIRO FORZOSO es un aspecto atinente a la reglamentación del ejercicio de la función notarial [...]». En ese sentido, estimó que si dicho decreto ley «[...] aludió a la edad de **RETIRO FORZOSO**, nada impide

⁴⁹ Como se anotó previamente, el aparte demandado del artículo 1 del Decreto 3047 de 1989 consagra lo siguiente: «Señalase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años [...]», por su parte los numerales 4 de los artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015 señalan que «Se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas establecidas en la ley conforme a las cuales se presenta una falta absoluta del notario. De conformidad con lo anterior las causales son las siguientes: [...] 4. Retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años [...]».



considerar que a los Notarios se les pueda aplicar la edad de 65 años fijada en el citado **DECRETO LEY 2400 de 1968** [...]» (negrita y subrayado del texto original).

116. De acuerdo con ello, la Sección Primera concluyó que el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989 no se arrogó una función del legislador pues lo que hizo fue reiterar el mandato legal contenido en los artículos 137, 181 y 182 del Decreto Ley 960 de 1970 respecto del retiro forzoso en general y en el 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, específicamente en lo que hace a la edad de 65 años como una de las causales para que se produjera tal retiro. Esto significa que los actos administrativos demandados tenían suficiente cobertura en el Decreto Ley 2400 de 1968, por lo tanto, no infringieron el principio de reserva legal.

117. En ese orden de ideas, la Sala decidirá estarse a lo resuelto en la sentencia proferida el 30 de abril de 2009 por la Sección Primera de esta Corporación que negó la pretensión incoada contra el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, en lo que respecta a la causal de nulidad por falta de competencia a raíz de la violación del principio de reserva de ley. Es importante anotar que, debido a que la existencia de cosa juzgada parcial se predica tanto en su dimensión formal⁵⁰ como sustancial⁵¹, sus efectos comprenden no solo el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, sino también los artículos 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014; 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.

118. **En conclusión**, con la expedición de los actos administrativos demandados, el Ministerio de Justicia y del Derecho no incurrió en la causal de falta de competencia por violación del principio de reserva de ley. Si bien el retiro del servicio público y, con ello la edad como una de las causales para que este opere, es un asunto que compete exclusivamente al legislador, en el caso de los notarios, los artículos acusados consagraron la edad de retiro forzoso con sustento en una norma que tenía rango y fuerza legal como lo es el Decreto Ley 2400 de 1968, según lo definió el Consejo de Estado a través de su Sección Primera en sentencia del 30 de abril de 2009, última que en tal virtud produce, parcialmente, efectos de cosa juzgada en este proceso.

119. Cabe recordar que, en la actualidad, esta materia se encuentra regulada en Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016 que modificó la edad de retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas, fijándola en 70 años.

- **POTESTAD REGLAMENTARIA Y CAUSALES DE VACANCIA DE NOTARÍA**

120. ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por,

⁵⁰ Respecto del artículo 1 del Decreto 3047 de 1989.

⁵¹ Respecto del artículo 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014 y artículos 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.

presuntamente, haber agregado a las causales de pérdida del cargo de notario que prevé el Decreto Ley 960 de 1970⁵² el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años? Este causal se predica en relación con (i) el artículo 4, numeral 4, del Decreto 2054 de 2014 y (ii) el artículo 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015.

121. Con el fin de dar respuesta a este interrogante, la Sala abordará el estudio de la potestad reglamentaria para luego analizar al examen del caso concreto.

(i) Ejercicio de la potestad reglamentaria

122. Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico.

123. El hecho de que esta estructura jerárquica no aparezca definida explícitamente en la Constitución Política no es óbice para afirmar su existencia ya que a lo largo de este texto pueden encontrarse sendas disposiciones que dan cuenta de la primacía o sujeción que se le confiere a cada tipología normativa. Así, por ejemplo, el artículo 4.º superior, prevé que «[...] 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 [...]».

124. De esta forma, se ha entendido que la Constitución y los preceptos convencionales que se integren al ordenamiento jurídico interno, ocupan el nivel más alto dentro de este, seguidas en orden por las leyes que deben expedirse con sujeción a aquellas y por los actos administrativos, los que de acuerdo a la categoría en la que puedan clasificarse deberán obedecer a la Constitución y a la ley, o en algunos casos, solo a la primera.

125. Dicha estratificación normativa se convierte en un criterio de validez que ha sido explicado en los siguientes términos por la Corte Constitucional:

125.1. [...] La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que

⁵² Artículo 144.



permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico [...]⁵³

126. Establecido lo anterior, resulta claro que las facultades de producción normativa de la administración tienen un límite incuestionable en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento.

127. Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene⁵⁴.

128. En este punto resulta relevante, de conformidad con el objeto del presente proceso, explicar que los reglamentos que desarrollan leyes habilitantes son aquellos que se profieren en ejercicio de una competencia asignada directamente por la Constitución con sometimiento, por disposición de la misma carta suprema, a una norma legal que faculte el desarrollo de dicha atribución. Se trata entonces de normas superiores que establecen potestades normativas en cabeza de la administración utilizando las expresiones «de conformidad», «de acuerdo» o «según la ley».

129. Ahora bien, en relación con los límites a la potestad reglamentaria de la administración frente a los tres tipos de normas reglamentarias que se señalaron, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

129.1. [...] en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior

⁵³ Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, Corte Constitucional, expediente D-2441.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2010, Radicación 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado.

categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta (sic) en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario [...]⁵⁵ (Subrayas fuera del texto original)

130. Así pues, para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios⁵⁶. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias.

131. En ese sentido, es importante señalar que a pesar de que en el medio de control de nulidad se enjuicia la legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que, de encontrar que el reglamento no se ajusta a los preceptos constitucionales, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política⁵⁷, así como a los fines del Estado Social de Derecho⁵⁸, a los cuales no puede ser ajeno en el desarrollo de sus funciones.

(ii) Caso concreto

⁵⁵ Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01, expediente 24715.

⁵⁶ En el caso de los llamados reglamentos «constitucionales autónomos» debido a que es la propia Constitución la que directamente atribuye la competencia o potestad regulatoria, no puede predicarse algún tipo de sujeción a la ley. Por ello se ha sostenido que la relación entre dichos actos administrativos y la ley, en lugar de estar sometida a una jerarquía, se caracteriza por un criterio de distribución de competencias normativas que ha efectuado la propia carta política. Por su parte, en el caso de los decretos que reglamentan una ley marco, se predicará subordinación entre estos y la ley que desarrollan, pero no respecto de las demás leyes, con las cuales existirá una relación horizontal en la escala jerárquica.

⁵⁷ Artículo 6.º de la Constitución Política.

⁵⁸ Artículo 2.º *ibidem*.



132. El demandante sostuvo que el carácter reglamentario de los actos administrativos demandados es solo aparente porque en materia de edad de retiro forzoso para los notarios no existía en el ordenamiento jurídico una norma de rango legal que pudiera ser desarrollada. Este reproche quedó resuelto en el acápite anterior en el que se señaló que el Decreto 2400 Ley de 1968 constituyó el fundamento legal para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional.

133. Aunado a ello, consideró que los artículos 4, numeral 4, del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015 sobrepasaron el contenido del Decreto Ley 960 de 1970 al incluir como causal de vacancia definitiva del empleo de notario el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años, a pesar de que el artículo 144 de este último no consagra dicha hipótesis como una causal de pérdida del cargo.

134. Los textos normativos a los que hace alusión el demandante son del siguiente tenor:

Artículo 144 del Decreto Ley 960 de 1970	Artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015
CAUSALES DE PÉRDIDA DEL CARGO>. El cargo se pierde: 1. Por aceptación de la renuncia. 2. Por ejercer otro cargo público. Sin embargo, quienes ejerzan Notaría en propiedad no la perderán cuando fueren designados interinamente o por encargo para alguno en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público, o en otra Notaría o en Oficina de Registro. 3. Por no presentarse el Notario a desempeñarlo, vencido el término de la licencia que se le haya concedido. 4. Por destitución decretada en providencia firme.	VACANTE. Se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas establecidas en la ley conforme a las cuales se presenta una falta absoluta del notario. De conformidad con lo anterior las causales son las siguientes: 1. Muerte. 2. Renuncia aceptada. 3. Destitución del cargo. 4. Retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años. 5. Declaratoria de abandono del cargo. 6. Ejercicio de cargo público no autorizado por la ley. Parágrafo 1°. En el caso establecido en el numeral 1 se entenderá la vacancia desde la fecha de defunción del notario, según conste en el respectivo Registro Civil de Defunción. Parágrafo 2°. En los casos señalados en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 la fecha de la vacante estará determinada por el acto administrativo que acepte la renuncia, declare la destitución, retire al notario por cumplir la edad de retiro forzoso, declare el abandono del cargo o el ejercicio de



	cargo público no autorizado por la ley, respectivamente. Parágrafo 3°. También se produce la vacancia cuando el notario sea retirado del cargo por acto administrativo por ser declarado en interdicción judicial o cuando caiga en ceguera o sufra cualquier otro quebranto de salud física o mental permanente que implique notoria disminución del rendimiento en el trabajo, o enfermedad que lo inhabilite por más de ciento ochenta días. El estado físico o mental deberá ser certificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de que trata la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1352 de 2013 o las disposiciones que lo modifiquen o deroguen.
--	---

135. A simple vista podría pensarse que los preceptos acusados exceden el contenido del artículo 144 del Estatuto de Notariado, pues, en efecto, este último no contempla el retiro forzoso por edad como una causal de pérdida del cargo de notario.

136. Sin embargo, esta circunstancia no supone una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria porque lo cierto del caso es que los artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015 no se ocupan de reglamentar las causales de pérdida del cargo sino una categoría más amplia que es la de la vacancia absoluta del empleo de notario.

137. Dentro del contexto de la función pública, la vacancia se refiere a un cargo o empleo que se encuentra sin ocupar o sin proveer. En ese orden de ideas, los artículos en los que se encuentran insertos los numerales acusados se encargan de agrupar las diferentes circunstancias en las que puede predicarse tal fenómeno, independientemente de que este ocurra por una causal de aquellas que el legislador, en su libertad de configuración, decidió denominar como de pérdida del cargo o por una de retiro forzoso, como sucede con la edad.

138. En otras palabras, la vacancia puede manifestarse de diferentes maneras pues, al margen de la figura que dé lugar a su concreción, lo importante es que materialmente se trate de una situación en la que el empleo de notario queda sin ser provisto debido a que, por alguna razón, quien lo ocupaba fue desvinculado del servicio público lo que, se reitera, puede suceder tanto en una hipótesis de las que la ley definió como de pérdida del cargo o como en una de retiro forzoso.

139. En tales condiciones, el criterio esencial para evaluar la validez de las causales de vacancia previstas en una norma reglamentaria será la constatación de que, sustancialmente, estas fueron consagradas con antelación en la ley en desarrollo de la cual la administración pública está ejerciendo la potestad de producción normativa.



140. Es por ello que los artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015 señalan de manera expresa que la vacancia de una notaría se genera por la falta absoluta del notario cuando se presenta alguna «[...] de las circunstancias taxativas establecidas en la ley [...]».

141. Ahora bien, según se explicó en el acápite anterior, la edad, como uno de los supuestos que da lugar al retiro forzoso, es una causal de desvinculación del servicio público, lo que permite concluir que, efectivamente, se trata de una causal de vacancia de una notaría y que, además, antes de la expedición de la Ley 1821 de 2016, esta tuvo fundamento legal en la lectura armónica de los Decretos Leyes 960 de 1970 y 2400 de 1968. Así las cosas, no advierte la Sala que el Gobierno Nacional, a través de los mencionados artículos, haya extralimitado el uso de su facultad de producción normativa.

142. **En conclusión**, la inclusión de la edad de retiro forzoso como una hipótesis de vacancia de una notaría no supuso un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ejercida por el Ministerio de Justicia y del Derecho a través de los artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015. Si bien la edad no está contemplada en el artículo 144 del Decreto 960 de 1970 como una de las causales de pérdida del cargo, la vacancia notarial no se limita a estas últimas sino a cualquier supuesto en el que hay una falta absoluta del notario que se traduce en que el empleo quede libre para ser provisto, como ocurre cuando se produce el retiro del servicio por alcanzar la edad máxima legalmente prevista.

- **POTESTAD REGLAMENTARIA Y RÉGIMEN DE INHABILIDADES**

143. ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por haber agregado, a través de los actos administrativos demandados, una causal al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios, en desconocimiento del artículo 54 de la Ley 734 de 2002?

144. Dado que ya se precisó el marco conceptual del ejercicio de la potestad reglamentaria, la Sala pasará directamente a estudiar el caso concreto. Con tal fin, es importante señalar que la interacción entre los diferentes órganos del Estado y entre este y los particulares se encuentra reglada por una serie de normas imperativas y de orden público que desarrollan el principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas y, con ello, la posible responsabilidad asociada a este⁵⁹.

145. Dentro de ese contexto, en aras de garantizar condiciones de eficiencia, idoneidad, imparcialidad, transparencia, publicidad, probidad y moralidad administrativa, el ordenamiento jurídico contempló la existencia de regímenes de

⁵⁹ Artículos 6, 121, 122, 123, 124, 126 y 127 de la Constitución Política.

inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses que afectan tanto a quienes desarrollan una función pública como a personas jurídicas y naturales que, sin tener a su cargo el desempeño de tal labor, pretenden entablar relaciones jurídicas con instituciones estatales.

146. Este sistema de principios, valores y normas asegura la prevalencia del interés general sobre cualquier otro de índole particular que pueda asistirle a quien pretenda crear un vínculo con el Estado a través del ejercicio de un cargo que entrañe funciones públicas o de la celebración de algún negocio jurídico.

147. En cuanto a la diferencia existente entre inhabilidades e incompatibilidades, se ha señalado que estas últimas aluden a una limitación para desplegar una actividad por el hecho de ocupar un determinado cargo, pues ello podría comprometer su ejercicio en condiciones ecuanímes y objetivas. En esa línea, la Corte Constitucional ha precisado que una incompatibilidad es:

147.1. [...] una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado [...]⁶⁰

148. Las inhabilidades, por su parte, se han entendido como una serie de reglas y exigencias que condicionan el acceso y ejercicio de funciones públicas. Esta Corporación ha señalado que aquellas pueden ser preexistentes o sobrevinientes y que, además, su configuración pueda tanto impedir el acceso al servicio público, lo que daría lugar a un supuesto de inelegibilidad, como afectar la continuidad en el cargo a raíz de la falta de calidades, cualidades de idoneidad o de moralidad⁶¹.

149. En relación con la clasificación de las inhabilidades, la jurisprudencia constitucional sostiene que pueden ser (i) generales o específicas, según se prediquen de todo aquel que preste un servicio público o hayan sido establecidas para una rama, entidad o cargo particular; (ii) temporales o permanentes, en cuanto operen o no en todo momento; (iii) absolutas o relativas, según afecten todas las actuaciones que realice la persona en quien recae la inhabilidad o solo algunas de ellas; y, finalmente, atendiendo a su origen, es posible identificar (iv) aquellas que son fruto del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado o las que se generan por una razón diferente que responda a elementos objetivos que hagan

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-181 de 1997.

⁶¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias del Consejo de Estado proferidas el 8 de febrero de 2011 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (radicado 11001031500020100099000) y el 12 de octubre de 2001, por la Sección Quinta (expediente 2721).

incompatibles el ejercicio de un cargo público con la satisfacción del interés general, impidiendo que el candidato en quien se configure una causal lo ocupe.

150. Dado que las inhabilidades e incompatibilidades limitan las libertades y derechos de las personas a acceder a un cargo público, su origen debe ser constitucional o legal⁶². Ello también explica que la consagración de las diferentes causales sea taxativa y su interpretación restrictiva.

151. Ahora bien, al regular el régimen inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los particulares⁶³, la Ley 734 de 2002⁶⁴ dispuso lo siguiente:

151.1. [...] ARTÍCULO 54. INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.
 2. Las contempladas en los artículos 80. de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.
 3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.
- Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir [...]

152. A juicio del demandante, la citada norma fue infringida por el Gobierno Nacional a través de los artículos 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014; 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015, porque a pesar de que aquel no contempló la edad de retiro forzoso como una causal de impedimento e inhabilidad, estos últimos le dieron la calidad de tal y, de esta forma, se extralimitaron en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

153. Al respecto, es preciso anotar que, aunque se ha entendido que la edad de retiro forzoso genera una prohibición o impedimento para el ejercicio de

⁶² Esto incluye la posibilidad de regular lo concerniente al régimen de inhabilidades a través de decretos con fuerza de ley.

⁶³ Para los efectos del CDU, son particulares quienes «[...] cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos. Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos. No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias [...]» (artículo 53 de la Ley 734 de 2002).

⁶⁴ «Por la cual se expide el Código Disciplinario Único». Este último fue derogado por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario.



funciones públicas, lo cierto es que esta no puede catalogarse como una de causal propia del régimen de régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades al que se ha hecho alusión.

154. Para constatar esta afirmación, basta con volver sobre la naturaleza y finalidad a la que responden cada una de estas figuras. Así, mientras que la edad de retiro forzoso se estructura sobre la base de un derecho al relevo generacional y, al mismo tiempo, la oportunidad que merecen las personas mayores de continuar aportando a la sociedad; el régimen en comento busca que, en circunstancias en las que los intereses personales puedan reñir con la satisfacción del interés general, se garantice el respeto de este último y, con ello, algunos de los principios que deben regir el servicio público como lo son la eficiencia, la idoneidad, la imparcialidad, la transparencia, la publicidad y la moralidad administrativa.

155. En ese orden de ideas, el hecho de que en términos prácticos el retiro forzoso y el régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades puedan tener un mismo efecto, esto es, la imposibilidad de continuar en la prestación del servicio público, no permite identificar el primero como una de las causales de aquel régimen, pues lo cierto es que quien alcanza la edad que se defina para tales efectos debe dejar el empleo porque se estima que ya ha cumplido la etapa laboral de su vida, debiendo brindarle la oportunidad de trabajar a otra persona, y no porque la edad pueda ser una circunstancia que amenace la probidad, objetividad y rectitud con la que ha de ejercerse el servicio público.

156. No obstante, si en gracia de discusión quisiera pensarse que en efecto la edad de retiro forzoso es una causal propia del régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades, tampoco le asistiría razón al demandante toda vez que, por expresa disposición de su inciso final, el artículo 54 de la Ley 734 de 2002 debe leerse mediante la integración sistemática de los diversos preceptos constitucionales y con fuerza de ley que regulen la materia. En otras palabras, el citado artículo 54 contiene una norma inacabada cuyo contenido debe articularse con las demás reglas que hayan creado el constituyente o el legislador en materia de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades. Si este fuera el caso, la edad de retiro forzoso tendría suficiente cobertura legal en el Decreto Ley 2400 de 1968.

157. **En conclusión**, a través de los actos administrativos demandados el Ministerio de Justicia y del Derecho no agregó una causal al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios, en desconocimiento del artículo 54 de la Ley 734 de 2002. En consecuencia, no excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

158. ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa

por, presuntamente, haber proferido los actos demandados incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella?

159. Con el fin de resolver este interrogante, la Sala se ocupará del estudio de los siguientes ítems: (i) expedición irregular de los actos administrativos o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; (ii) deber de información al público de los proyectos específicos de regulación; y (iii) caso concreto.

i) Expedición irregular de los actos administrativos o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa

160. Entre estas causales existe una íntima conexión debido a que ambas se estructuran a partir de la transgresión del procedimiento administrativo, entendido como el conjunto de etapas necesarias para que se produzca una manifestación unilateral de voluntad de la administración que tenga como efecto crear, modificar o extinguir una situación jurídica.

161. En otras palabras, lo que justifica su consagración como causales de nulidad es la sujeción de los actos administrativos a un procedimiento y a unas formas previamente determinadas en los preceptos normativos que les resulten aplicables. La utilidad de esas normas se hace evidente, toda vez que, por lo general, constituyen verdaderas garantías para los administrados, las cuales tienen sus raíces en el derecho al debido proceso estatuido en el artículo 29 de la Constitución Política⁶⁵.

162. Sobre este derecho fundamental, se ha dicho que goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra, material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtirse, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. Por otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el principio *non bis in idem*, el derecho a contradecir las pruebas, entre muchas otras.

163. Con base en esa distinción, es plausible aseverar que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación del acto administrativo que resulta de dicho trámite. Así, bajo la teoría de las formalidades y procedimientos sustanciales y no sustanciales o accidentales, esta Corporación ha sostenido que para que las irregularidades procesales puedan afectar la validez de un acto administrativo tienen que ser

⁶⁵ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Octava Edición. Medellín: Señal Editora, 2013, p. 295.

determinantes⁶⁶. Una formalidad sustancial es aquella que, además de garantizar los derechos de los afectados con la decisión, asegura que esta última sea adoptada en un sentido y no en otro.

164. En sentencia del 25 de mayo de 1968, la Sección Primera del Consejo de Estado recogió con gran precisión los principales planteamientos de la postura en cuestión, la cual tiene su origen en la jurisprudencia y doctrina francesas. Veamos:

164.1. [...] La doctrina divide las formas en tres categorías a saber: Las previas o requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo correspondiente; las concomitantes que deben adoptarse al tiempo de la expedición del acto, y las posteriores cuando la ley las establece para ser cumplidas después de la emisión del acto. Aunque generalmente las formalidades hacen parte integrante de la manera de manifestarse la voluntad de la administración, no toda omisión de ellas acarrea la nulidad del acto [...] Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los Tribunales deben examinar cada caso, con base en que sólo las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad. A este propósito el mismo Walline dice: “En cuanto a la determinación de cuando la formalidad tiene carácter sustancial y cuando no lo es, por lo general es una cuestión de hecho. La directiva jurisprudencial a este respecto es la siguiente: ¿Cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado? ¿Habría sido la misma que la establecida en el acto? ¿Habría sido otra? La jurisprudencia no exige el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas a los administradores, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones respectivas [...] (Cita de Alberto Preciado, Conferencia de Derecho Administrativo Especial, Universidad Javeriana, 1966)⁶⁷ (subrayas fuera del texto original)

165. Visto lo anterior, resulta plausible concluir que la inobservancia de las formalidades accidentales no conduce a la nulidad del acto administrativo, mientras que, por regla general, la de aquellas que puedan catalogarse como sustanciales sí tienen la virtualidad de enervar su presunción de legalidad, sin embargo, con tal fin, será preciso constatar la existencia de al menos una posibilidad razonable de que la administración hubiese tomado una decisión diferente de haber dado cumplimiento a la respectiva formalidad.

⁶⁶ Al respecto, el Consejo de Estado, Sala Plena, señaló lo siguiente en sentencia del 11 de junio de 1974, (expediente 1950): «[...] una omisión de carácter formal [...] que no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad misma del Concejo, configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no lo hace nulo. Distinta sería la situación si la irregularidad pierde su carácter formal y circunstancial y se proyecta en el ámbito mismo de la competencia del órgano que expide el acto o bien, cuando signifique la omisión de un requisito sustancial para proferirlo, condiciones estas últimas que no ostentan la formalidad que se comenta y que, ella sí, haría anulable el acto por su propio contenido material [...]»

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Sentencia de 25 de mayo de 1968.

ii) Deber de información al público de los proyectos de regulación específica

166. Es una realidad que las nuevas dinámicas a las que responde el Estado Social de Derecho propenden en mayor medida por la democratización del procedimiento administrativo. Este propósito se ve reflejado en disposiciones constitucionales como el artículo 1 superior, conforme al cual el Estado colombiano se encuentra organizado bajo la forma de república «democrática, participativa y pluralista»; el artículo 2, que indica que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como el 209 *ibidem*, que al contemplar los principios que rigen la función administrativa, prevé los de interés general y publicidad.

167. Por su parte, la Ley 489 de 1998 indicó que la función administrativa debe desarrollarse, entre otros, conforme a los principios de participación, publicidad y transparencia⁶⁸; y su ejercicio debe consultar siempre el interés general⁶⁹. En armonía con ello, el artículo 32⁷⁰ de esta ley regula que, en cumplimiento de la obligación que tienen todas las entidades estatales de atender los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública, deben involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en su formulación, ejecución, control y evaluación.

168. Con tal fin, la norma prevé como posibles acciones (i) la convocatoria a audiencias públicas; (ii) la incorporación de políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana en sus planes de desarrollo y de gestión; (iii) la difusión y promoción de los derechos ciudadanos relativos al correcto funcionamiento de la administración pública; (iv) el incentivo de la formación de asociaciones que representen los intereses de los usuarios y ciudadanos; (v) el apoyo a los mecanismos de control social que se constituyan; y (vi) la aplicación de herramientas que le otorguen transparencia a la función administrativa.

169. La Ley 1437 de 2011⁷¹ también contiene los principios que guían las decisiones de las autoridades, entre otros, los del debido proceso, transparencia, publicidad y participación. Sobre este último, el numeral 6 del artículo 3 *ejusdem* señala que constituye el fundamento para que las autoridades promuevan y atiendan las iniciativas que adelanten los ciudadanos, organizaciones y comunidades con el fin de intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

170. Por su parte, el artículo 8, numeral 8 del CPACA, consagra el deber que tiene las entidades estatales y los particulares que cumplan funciones

⁶⁸ Artículo 3, Ley 489 de 1998.

⁶⁹ Artículo 4, inciso 2, Ley 489 de 1998.

⁷⁰ Artículo modificado por el artículo 78 de la Ley 1474 de 2011.

⁷¹ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

administrativas de mantener informado a los administrados de los proyectos de actos administrativos de carácter general y abstracto que pretendan expedir en ejercicio de su potestad regulatoria. Al respecto señala la disposición:

170.1. [...] ARTÍCULO 8.º. DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: [...]

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general [...]

171. Como puede observarse, la norma contempla una etapa previa a la definición y expedición de las regulaciones, consistente en compartirle a la comunidad el contenido de estas en borrador. Este mecanismo tiene como propósito garantizar la participación de las personas que eventualmente podrían verse afectadas por aquellas, lo que permite que el proceso de diseño de dichos actos administrativos tenga en consideración los intereses de los grupos sobre los cuales podrían llegar a tener un impacto. Sin duda alguna, esto beneficia la forma en que se desarrolla la actividad regulatoria de la administración, pues la democratización de las decisiones estatales redunda en pro de su legitimidad y en una mayor transparencia en su adopción.

172. Ahora bien, es importante señalar que esta garantía no influye en la unilateralidad que caracteriza al acto administrativo, pues las observaciones que en tal virtud realicen los interesados carecen de cualquier efecto vinculante para las autoridades, quienes, por ende, en la expedición de dichas decisiones no se encuentran sometidas más que a la Constitución y a la ley, particularmente a los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 superior, al igual que aquellos que prevé su artículo 1 y a los fines estatales de que trata el artículo 2 *ibidem*.

173. El 14 de septiembre de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁷² se pronunció respecto del alcance del artículo 8, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, para precisar que la expresión «proyectos específicos de regulación» debe entenderse como toda propuesta de acto administrativo general y abstracto que pretenda ser expedida por una autoridad administrativa

⁷² Si bien es cierto que conforme al artículo 112 del CPACA los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no son vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario, nada obsta para que, al constituir opiniones técnico jurídicas emitidas por esta Corporación en ejercicio de la función asesora o consultiva que le asigna el artículo 237-3 superior, sirvan de apoyo en la fundamentación de una determinada decisión judicial, no porque propiamente se le reconozca algún tipo de obligatoriedad sino porque el funcionario encargado de administrar justicia encuentra ajustados los razonamientos aducidos en tales conceptos.

en un asunto o materia de su competencia. De igual manera, destacó la posibilidad de restringir la exigencia de este deber cuando (i) exista ley especial en la materia y (ii) se trate de procedimientos militares o de policía que requieran decisiones de ejecución inmediata a efectos de evitar o remediar perturbaciones del orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas⁷³.

174. En lo que se refiere al plazo para la recepción de las observaciones, la misma Sala sostuvo que debe fijarse buscando alcanzar un equilibrio que permita la más amplia participación ciudadana posible sin que ello repercuta negativamente o demore en exceso el normal desarrollo de las competencias de las autoridades administrativas. Por tal motivo, estimó que, en tales casos, se debe garantizar que la sociedad pueda intervenir durante un periodo que resulte razonable, proporcional y adecuado⁷⁴.

175. Frente a la competencia para establecer dicho plazo, el concepto en cuestión hizo énfasis en que fue atribuida de forma expresa a las autoridades que se encuentran sujetas al deber de publicar los proyectos específicos de regulación. En tal virtud, precisó que no es posible que el presidente de la República se arrogue dicha facultad, sin embargo, sí resulta admisible que [...] en el ejercicio de su potestad reglamentaria, mediante Decreto establezca los criterios o parámetros que deben tomar en consideración las autoridades para la determinación de dicho plazo, y reglamente los demás aspectos necesarios para la adecuada y efectiva aplicación del mandato contenido en el señalado numeral [...] ⁷⁵

176. De acuerdo con ello, una de las normas compiladas en el Decreto 1081 de 2015⁷⁶ fue el Decreto 1345 de 2010⁷⁷. Este último se ocupó, entre otros asuntos, de las condiciones en que debía ejercerse la potestad de expedición de decretos y resoluciones en dos hipótesis: (i) cuando previo a la respectiva regulación debía cumplirse el «deber de consultar» (artículo 9) y (ii) cuando previo a ello, debía «someterse a consideración del público la información sobre proyectos específicos de regulación» (artículo 10).

⁷³ Concepto del 14 de septiembre de 2016; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; radicación 11001030600020160006600 (2291).

⁷⁴ Al respecto, adujo que «[...] la autoridad, para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados. En este caso, se considera necesaria una motivación reforzada que acredite y justifique la legalidad del término [...]». *Ibid.*

⁷⁵ Concepto del 14 de septiembre de 2016; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; radicación 11001030600020160006600 (2291).

⁷⁶ «Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República».

⁷⁷ «Por el cual se establecen directrices de técnica normativa».



177. Ahora, las directrices de técnica normativa que recopiló el Decreto 1081 de 2015, fueron modificadas por el Decreto 1609 del mismo año⁷⁸, último que reguló las hipótesis anunciadas en los siguientes términos:

177.1. [...] Artículo 2.1.2.1.13. *Deber de consultar*. Cuando la Constitución y la ley así lo ordenen, deberán realizarse las consultas en ellas señaladas, caso en el cual a la memoria justificativa deberá anexarse la constancia que acredite que se ha cumplido dicho trámite.

Artículo 2.1.2.1.14. *Publicidad*. Cuando de conformidad con la ley deba someterse a consideración del público la información sobre proyectos específicos de regulación antes de su expedición, a la memoria justificativa se anexará también la constancia del cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado.

Sin perjuicio del uso de los demás medios que se consideren necesarios para dar a conocer el proyecto a los sectores interesados, este deberá estar disponible en el sitio Web de la respectiva entidad [...]

178. En línea con ello, el artículo 2.1.2.1.6. *ibidem* dispuso que los proyectos de decreto y resolución de que se ocupa tal normativa deben acompañarse de una memoria justificativa que incluya, entre otras, el «cumplimiento de los requisitos de consulta y publicidad previstos en los artículos 2.1.2.1.13 y 2.1.2.1.14 del presente Decreto, cuando haya lugar a ello» (numeral 7).

179. El 14 de febrero de 2017 se expidió el Decreto 270, «Por el cual se modifica y se adiciona el Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República, en relación con la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación». En su artículo 1, este sustituyó el texto del citado artículo 2.1.2.1.14 por el siguiente:

179.1. [...] Artículo 2.1.2.1.14. Publicidad de los proyectos específicos de regulación expedidos con firma del Presidente de la República. Con el fin de que los ciudadanos o grupos de interés participen en el proceso de producción normativa, a través de opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, los proyectos específicos de regulación elaborados para la firma del Presidente de la República deberán publicarse en la sección de Transparencia y Acceso a la Información Pública del sitio web del Ministerio o departamento administrativo que los lidere, por lo menos durante quince (15) días calendario, antes de ser remitidos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Excepcionalmente, la publicación podrá hacerse por un plazo inferior, siempre que el Ministerio o el Departamento Administrativo lo justifique de manera adecuada. En cualquier caso, el plazo deberá ser razonable y ajustado a la necesidad de la regulación.

Parágrafo 1°. Para los efectos de este título, entiéndase como “proyecto específico de regulación” todo proyecto de acto

⁷⁸ «Por el cual se modifican la directrices generales de técnica normativa de que trata el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República».

administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente.

Parágrafo 2°. La publicación de cada proyecto específico de regulación se hará junto con la de un Soporte Técnico.

Dicho Soporte deberá contener, como mínimo, la siguiente información: los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la norma; su ámbito de aplicación y los sujetos a quienes va dirigida; un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica de la disposición; un estudio preliminar sobre su posible impacto económico y un estudio preliminar sobre el posible impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, si fuere el caso.

Parágrafo 3°. Los proyectos específicos de regulación que establezcan o regulen un trámite deberán publicarse junto con la Manifestación de Impacto Regulatorio a que se refiere el artículo 39 del Decreto-ley número 019 de 2012 [...]

180. De otro lado, el mencionado Decreto 270 de 2017 adicionó una serie de normas que, dentro del marco del deber de publicidad de los proyectos específicos de regulación, se encargaron de reglar (i) la promoción de la participación ciudadana (art. 2); (ii) el plazo para la publicación de los proyectos que no lleven la firma del presidente de la República (art. 5); y (iii) las excepciones al deber de publicar proyectos de regulación (art. 6).

181. Aunado a ello, al ocuparse del contenido de las memorias justificativas, su artículo 4 agregó al numeral 7 que cuando «[...] la entidad no haya publicado el proyecto específico de regulación por el término previsto en el primer inciso del artículo 2.1.2.1.14 [...]», dichas memorias deben incluir las razones que lo impidieron.

182. Del anterior estudio surgen dos conclusiones. La primera es que no hay que confundir el deber de consulta previa con el de publicidad de los proyectos específicos de regulación. Si bien ambos tienen fundamento constitucional en el principio de democracia participativa, se trata de instituciones autónomas que se estructuran bajo circunstancias diferentes y con sujeción a sus propias reglas⁷⁹.

⁷⁹ Para los efectos del caso *subexamine*, basta con señalar que la consulta previa es un derecho fundamental cuya titularidad reside en los grupos étnicos del país, del cual hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. Aquel supone el deber de consultar a los pueblos interesados cuando se prevean acciones legislativas o administrativas capaces de afectarlos directamente en su integridad, costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física y otros aspectos. Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de marzo de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación 13001-23-33-000-2017-00677-01(AC). La finalidad del derecho a la consulta previa consiste en propiciar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades interesadas respecto de las propuestas. En relación con su alcance, la Corte Constitucional ha señalado que no se agota en la divulgación de información sino que trasciende a una participación mucho más activa con ocasión de la cual las comunidades puedan, materialmente, manifestar su posición respecto de la medida a adoptar de manera tal que pueda incidir en la determinación que asuma el Estado. Por ello, ha precisado tal Corporación que «[...] Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y

Es por ello, por ejemplo, que los decretos a los que se ha hecho referencia se han ocupado de su regulación por separado.

183. De esta distinción se desprende una importante consecuencia pues el artículo 46 del CPACA dispone que «[...] Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar [...]. Por tratarse de una figura diferente a la consulta previa, el deber de publicidad de los proyectos específicos de regulación no tiene cabida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo y, por ende, para que el incumplimiento de este último pueda conducir a la nulidad de la respectiva decisión administrativa tendrá que acudirse a la regla que se dejó sentada en el capítulo anterior.

184. Lo anterior significa que, por regla general, la falta de publicación de uno de estos proyectos, acompañado del procedimiento respectivo, dará lugar a la nulidad del acto por la causal de expedición irregular o con violación del derecho de defensa pues dicha exigencia constituye una verdadera garantía a favor de los administrados que pueden resultar afectados por la determinación que adopte la respectiva entidad estatal. Sin embargo, excepcionalmente, cuando pueda advertirse que la decisión final de la administración no hubiera sido distinta de haberse atendido tal forma, la inobservancia de tal deber carecerá de la aptitud de enervar la presunción de legalidad del acto administrativo.

185. La segunda conclusión que puede establecerse es que, aunque el fundamento del deber de publicidad de los proyectos de regulación descansa sobre principios constitucionales esenciales dentro del Estado Social de Derecho como el pluralidad y de democracia participativa, el derecho al debido proceso, al igual que sobre la regla que previó el numeral 8 del artículo 8 del CPACA, lo cierto es que antes de la expedición de los Decretos 1081 y 1609 de 2015, y en especial del Decreto 270 de 2017, la regulación de este deber resultaba incipiente, pues no existía un mandato normativo a nivel general que concretara las condiciones bajo las cuales debía garantizarse. Ahora, esta situación, por supuesto, no eximía el acatamiento de tal deber, pero sí permite concluir que la evaluación de su cumplimiento ha de efectuarse en proporción al nivel de detalle de las exigencias normativas de cada momento.

(iii) Caso concreto

186. A juicio del demandante el Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en esta causal por haber proferido los Decretos 2054 de 2014 y 1069 de 2015 incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a

económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros [...]» (Corte Constitucional, sentencia SU- 039 de 1997).



todos aquellos que pudieran estar interesados en las decisiones que adoptaría el Gobierno Nacional en relación con la edad de retiro forzoso de los notarios. Aunque afirmó que la omisión señalada condujo a infringir las formalidades propias del procedimiento administrativo a que hacen referencia los artículos 34 y 35 del CPACA, según se explicó, materialmente, su reproche apunta a la alegada vulneración del artículo 8, numeral 8, del CPACA.

187. Al respecto, se encuentra que, como bien lo anotó el demandante en los alegatos de conclusión, la entidad demandada no allegó prueba alguna en este sentido, por lo que es cierto que en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de publicación de los proyectos de regulación que dieron origen a la expedición de los Decretos 2054 de 2014 y 1069 de 2015.

188. No obstante, la Sala no anulará los artículos 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014, 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015, puesto lo cierto es que, al evaluar el caso concreto, no se advierte al menos una posibilidad razonable de que la administración hubiese tomado una decisión diferente de haber dado cumplimiento a la respectiva formalidad por lo que su alegada inobservancia carecería de la aptitud para enervar la presunción de legalidad del acto administrativo.

189. Ello se explica en que, de haber dado cumplimiento a dicho deber, las manifestaciones que hubiesen podido realizar los interesados no habrían tenido la potencialidad de generar un impacto en la decisión de la administración porque la edad de 65 años como causal de retiro forzoso aplicable a los notarios ya se encontraba regulada en una norma con fuerza de ley como lo era el Decreto Ley 2400 de 1968.

190. **En conclusión**, el Ministerio de Justicia y del Derecho no incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido los actos demandados incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO

191. ¿Los actos administrativos acusados, como disposiciones de naturaleza reglamentaria, incurren en la causal de infracción de las normas superiores en que debían fundarse pues, al reproducir el contenido de los artículos 183 y 184 del Decreto Ley 960 de 1970, presuntamente habrían desconocido los efectos derogatorios de una norma con fuerza de ley como es el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970?

192. De acuerdo con el demandante, mediante los actos administrativos acusados, el Gobierno Nacional «revivió» los artículos 183 y 184 del Decreto Ley



960 de 1970 al reproducir su contenido, a pesar de que estos habían sido expresamente derogados por el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970. En su criterio, esa forma de proceder condujo a la violación de este último artículo pues a través de disposiciones de naturaleza reglamentaria se desconocieron los efectos derogatorios de una norma con fuerza de ley.

193. Este reproche no está llamado a prosperar porque si como se ha sostenido hasta ahora el Decreto Ley 2400 de 1968 constituía el fundamento legal para predicar que la edad de retiro forzoso de los notarios era de 65 años, no resulta consecuente afirmar que los artículos acusados reprodujeron el contenido de los derogados artículos 183 y 184 del Estatuto de Notariado, como sí lo es que tales normas responden a lo previsto en el artículo 31 del mencionado decreto ley.

194. **En consecuencia**, las disposiciones demandadas no incurrieron en la causal de infracción de las normas superiores en que debían fundarse pues su contenido, lejos de apoyarse en artículos previamente derogados por una norma con fuerza de ley, tuvo como sustento en una norma vigente y con fuerza de ley como lo era el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968.

Decisión

195. Por lo anterior, la Subsección A, en lo que respecta a la causal de nulidad por falta de competencia debido a la violación del principio de reserva de ley, decidirá estarse a lo resuelto en la sentencia del 30 de abril de 2009 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado. Respecto de las demás causales de nulidad alegadas, denegará las pretensiones de la demanda incoada en contra del Ministerio de Justicia y del Derecho como representante del Gobierno Nacional.

196. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Estarse a lo resuelto en la sentencia del 30 de abril de 2009, en la que la Sección Primera de esta Corporación negó la pretensión incoada en contra del artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, en lo que respecta a la causal de nulidad por falta de competencia a raíz de la violación del principio de reserva de ley, de conformidad con la parte considerativa de la presente providencia.

Segundo: Denegar las pretensiones de la demanda instaurada en contra de la Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho, respecto de los artículos 1 del



Decreto 3047 de 1989; 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3, numeral 4, del Decreto 1069 de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Reconocer personería a la abogada Olivia Inés Reina Castillo, identificada con cédula de ciudadanía 40.176.805 y tarjeta profesional 58.945 del C. S. de la J., para ejercer la representación judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho dentro del presente proceso, de conformidad con el Decreto 1427 del 29 de agosto de 2017 y la Resolución 641 del 4 de octubre de 2012, proferidos por la entidad y que obran entre los folios 239 y 241 del expediente.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.