

Al responder cite este número
DEF 16-0000033-DOJ-2300

Bogotá D.C., viernes, 06 de mayo de 2016

Doctor
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero Ponente
Sección Primera
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.CONSEJO DE ESTADO
5. SECCION PRIMERA
06 MAY 6 3:48PM

Asunto: Expediente No. 11001032400020160007900
Nulidad del Decreto 2054 de 2014, sobre derecho de preferencia para
designación de notarios
Actor: Hernán Guillermo Jojoa Santacruz
Respuesta a la solicitud de suspensión provisional

FERNANDO ARÉVALO CARRASCAL, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Director de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del mismo Ministerio, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15, numeral 6, del Decreto-Ley 2897 de 2011, y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante Resolución 0641 de 2012, procedo a **dar respuesta a la solicitud de suspensión provisional** del artículo 7 del Decreto 306 de 1992, dentro del término de traslado ordenado por auto notificado electrónicamente el 18 de marzo de 2016, así:

1. ARGUMENTOS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el escrito de demanda se solicita la suspensión provisional del Decreto 2054 de 2014, o en su defecto de sus artículos 4, 5 y 6, por considerar que el Gobierno Nacional reglamentó la vacancia y las causales de retiro del servicio notarial, y condicionó la materialización objetiva de tales causales a la existencia de un acto administrativo, sin tener competencia para ello y usurpando funciones legislativas, en contravía de lo dispuesto en la Constitución (artículos 125 y 128), en la ley (artículos 182 y 185 del Decreto Ley 960 de 1970) y en la jurisprudencia nacional.

El demandante aduce como prueba sumaria de la ilegalidad de la norma, copia de las sentencias proferidas en el marco de acciones de cumplimiento, el 22 de octubre de 2015 por la Sección Quinta de la Corporación, en las cuales se decide inaplicar la disposición acusada al encontrar que la competencia para regular la materia es exclusiva del legislador.

Al respecto, se afirma en la demanda, que las causales de retiro de los cargos de carrera han sido definidas taxativamente por el legislador, conforme lo señalan los artículos 125 y 131 de la Carta Política al establecer que el retiro se hará por calificación no satisfactoria, violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Página 1 de 6

en la Constitución o en la ley; y que la reglamentación del servicio que prestan los notarios corresponde al legislador.

Por otra parte, se alega que la vacancia en los casos de retiro forzoso se configura en el momento en que se cumple la edad de retiro y no al momento de expedición del acto administrativo, como lo señala el decreto demandado, pues éste tiene tan solo efectos de reconocimiento de la causal acaecida.

Finalmente, se afirma, que la nulidad deprecada debe abarcar la totalidad del Decreto, pues al desaparecer la definición de vacancia y las causales de retiro propuestas por la norma demandada, desaparece el elemento esencial sobre el cual se soporta el derecho de preferencia y el procedimiento que se pretendía regular.

2. CONSIDERACIONES DE IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el presente caso la supuesta vulneración directa de las normas superiores no se configura, por lo cual el Ministerio de Justicia y del Derecho considera que resulta improcedente la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Decreto 2054 de 2014, reglamentario del numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, según el cual pertenecer a la carrera notarial implica la preferencia para ocupar, a solicitud propia y dentro de la misma circunscripción político-administrativa, otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante. A esa conclusión se llega por las siguientes razones:

2.1. Derogatoria de la norma acusada

Previamente a cualquier consideración sobre la constitucionalidad y legalidad de la norma acusada y sin que ello sea óbice para que la Corporación se pronuncie de fondo sobre la validez del acto, pues conforme a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo¹ la derogatoria de un acto administrativo no es obstáculo para que se decida de fondo respecto de los efectos que produjo durante su vigencia (los cuales continuarán amparados por la presunción de legalidad), este Ministerio pone de presente que el Decreto 2054 de 2014 fue derogado expresamente por el artículo 3.1.1 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, que reguló íntegramente las materias contempladas en él y derogó expresamente todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas a este Sector que versen sobre las mismas materias.

A ese respecto, se considera que la suspensión provisional del Decreto 2054 de 2014, no resulta procedente en virtud de la derogatoria de la norma, toda vez que esta medida cautelar parte del supuesto de la vigencia del acto demandado y, en este caso, el Decreto 2054 de 2014 como se señaló fue derogado por el Decreto 1069 de 2015 que

¹ *Entre otras, sentencia del 23 de agosto de 2012 de la Sección Primera del Consejo de Estado, radicado 2004-00034, Consejero Ponente (e) Marco Antonio Yelilla Moreno: "Así lo ha venido sosteniendo esta Corporación, a partir del pronunciamiento de la Sala Plena en sentencia del 14 de enero de 1991, dentro del expediente número S-157, con ponencia del Consejero de Estado doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla: " . . . aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otorga llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras el pronunciamiento nos produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubieren sido expedidos durante su vigencia"*

comenzó a regir a partir de su publicación el 26 de mayo de 2015 y derogó las disposiciones reglamentarias relativas al Sector Justicia y del Derecho sobre las mismas materias, decreto que no fue demandado en este proceso.

En consecuencia, el Decreto 2054 de 2014 que es objeto de la solicitud de medida cautelar, no hace parte del ordenamiento jurídico y dejó de producir efectos, situación que impide por sustracción de materia suspender sus efectos. Lo anterior, dada la diferencia entre la eficacia del acto y su validez, respecto de lo cual continuará el proceso.

En ese sentido, no resulta suficiente aducir que la norma demandada se encuentra compilada en el Decreto único, pues pese a que su contenido normativo fue incorporado en éste, la identificación de la norma es diferente, lo cual hace que se trate de un acto distinto con identidad propia. Además, la fórmula de derogatoria integral que recayó sobre las disposiciones reglamentarias que versen sobre las mismas materias, constituye una evidencia de que la norma con la identificación inicial ha salido del ordenamiento jurídico.

Así lo ha venido señalando el Consejo de Estado, entre otros, en el auto del 29 de enero de 2014², al resolver sobre la suspensión provisional de un acto de contenido general del orden nacional que se encontraba derogado:

“La suspensión provisional, además, es una medida cautelar que apunta a enervar la eficacia, los efectos, del acto administrativo, como se colige no solo de la doctrina y la jurisprudencia, sino también del artículo 91.1 de la Ley 1437 de 2011. Esa misma disposición, expresa, igualmente, que hay pérdida de la fuerza ejecutoria cuando el acto administrativo “pierde vigencia” – artículo 91.5-, lo que ocurre cuando se presenta el fenómeno de derogación de la norma, entendido como “el acto de proceder, mediante disposición posterior, a dejar sin efecto, en todo o en parte, un precepto jurídico precedente”. Es decir, que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo no es procedente cuando la norma acusada ha sido modificada o derogada, por cuanto dicha suspensión parte del supuesto de la vigencia.”

2.2. Antecedentes del Decreto 2054 de 2014 y competencia del Gobierno Nacional para expedirlo

Sin perjuicio de las razones expuestas sobre la improcedencia de la medida cautelar por derogatoria de la norma acusada, este Ministerio considera que el Decreto 2054 de 2014 fue expedido en legal forma y por la autoridad competente, en cuanto el mismo fue proferido por el Gobierno Nacional con fundamento en la potestad reglamentaria de que es titular el Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política; dentro de los términos del marco normativo señalado por el legislador; y con el objeto y finalidad precisa de reglamentar la forma en que los notarios que ingresen a la carrera notarial, procedan a ejercer el derecho de preferencia previsto en el artículo 178, numeral 3 del Decreto Ley 960 de 1970,

Sobre el particular, el fundamento de la expedición del Decreto 2054 de 2014 se justificó expresamente en los considerandos del acto al señalar que resultaba

² Sección Cuarta. Proceso de nulidad 2013-00014. Consejero Ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
Bogotá D.C., Colombia

“procedente reglamentar el derecho de preferencia de que trata el numeral 3 del artículo 178 del Decreto - Ley 960 de 1970, en cuanto a su aplicación, vigencia y extinción, con el fin de garantizar seguridad jurídica en el ejercicio de la función nominadora.”

De igual forma, en los antecedentes y razones de oportunidad y conveniencia para la expedición del Decreto, se señaló claramente en la memoria justificativa del proyecto inicial, que el *“derecho de preferencia o prerrogativa de orden legal que permite a un notario en propiedad ocupar de manera preferente una notaría que llegare a quedar vacante, ... presenta inconvenientes de índole operativo en virtud de la ausencia de regulación específica atinente a su oportunidad, trámite y requisitos de solicitud, al igual que claridad conceptual sobre la incorporación específica de un notario con el fin de concretar el contenido del derecho previo a su ejercicio efectivo”*, razón por la cual la norma *“pretende regular específicamente los requisitos de legitimación para el ejercicio del derecho, circunscritos a la condición de notario en propiedad ... De igual manera se determinan de manera específica los lineamientos propios de la solicitud de ejercicio del derecho como son la oportunidad, requisitos, trámite y agotamiento de la misma.”* (resaltado fuera del texto)

A ese respecto, no resulta acertado sostener, como lo pretende la demanda, que la concreción de la oportunidad, trámite y requisitos de la solicitud para el ejercicio del derecho de preferencia de los notarios de carrera para optar a una notaría que llegue a quedar vacante, no pueda ser objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional dentro de los precisos términos señalados previamente por el legislador, en orden a hacer operativa y ejecutable la previsión legal.

En ese sentido, en virtud de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 2054 de 2014, -que a juicio del accionante constituyen el eje central de la solicitud de suspensión provisional y, según afirma, darían lugar a que se decretara la medida cautelar de la norma en su integridad-, (i) se establecen los casos en que se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias conforme a las cuales se presenta una falta absoluta de notario, (ii) se establece la procedencia de la solicitud para el ejercicio del derecho de preferencia y (iii) se señalan los requisitos de dicha solicitud, de ninguna manera al margen de lo señalado por el legislador, como se alega en la demanda, sino en los precisos términos señalados previamente por el mismo y en orden a ejecutar y hacer operativo el mandato legal, así:

(i) El artículo 4 de la norma acusada al señalar las causales por las cuales se predica vacante una notaría **por la concreción de las circunstancias taxativas señaladas en la ley** conforme a las cuales se presenta una falta absoluta de notario, de manera alguna crea o establece de manera autónoma esas causales, pues claramente la disposición al hacer referencia expresa a la concreción de tales circunstancias taxativas señaladas en la ley, no hace más que recurrir al marco normativo señalado previamente por el legislador, por lo cual resulta inaceptable afirmar que en ese sentido el Gobierno Nacional se atribuye competencias legislativas. Pero, además, el no indicar la norma legal referida a la concreción de las circunstancias taxativas de vacancia, tampoco constituye un vicio de nulidad por infracción de normas superiores, cuando el tenor literal de la norma necesariamente lleva a recurrir directamente al mandato legal respectivo. El que la norma acusada enliste las causales de vacancia que configuran una falta absoluta de notario en los términos previstos por el legislador, no constituye una atribución indebida de competencias legislativas cuando la misma norma remite para el efecto al mandato legal.

Sobre el particular tampoco resulta acertado sostener que el artículo 4 del Decreto 2054 de 2014, estableció las causales de retiro de los notarios, pues del contenido de la norma no se desprende tal afirmación.

(ii) El **artículo 5** de la norma acusada al establecer que procede la solicitud de ejercicio del derecho de preferencia, en aquellos eventos en los que el notario se encuentre en carrera notarial y solicite ocupar dentro de la misma circunscripción política - administrativa, otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante, no puede alegarse que se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia del Presidente de la República para regular la materia, pues la norma en consonancia con lo dispuesto en el artículo 178, numeral 3 del Decreto Ley 960 de 1970, contempla ese derecho como una de las prerrogativas o derechos de los notarios por pertenecer a la carrera notarial.

Además, la previsión de la norma al exigir que la solicitud de preferencia solo se tramita cuando se constate que la notaría respecto de la cual se quiere ejercer el derecho se encuentre vacante y que no procederá cuando en ésta exista notario en interinidad, de ninguna manera se considera contrario a la ley, pues el requisito *sine qua non* para que se predique la preferencia es que la notaria se encuentre vacante por falta absoluta de notario, de acuerdo con las circunstancias taxativas señaladas en la ley, como lo señaló el mismo decreto en su artículo 4 al hacer referencia a las causales de vacancia conforme a las cuales se presenta una falta absoluta de notario.

(iii) El **artículo 6** de la norma acusada al establecer como requisitos de la solicitud de ejercicio del derecho de preferencia que la formule el notario a nombre propio, encontrarse en carrera notarial, tratarse de una notaría de la misma circunscripción político-administrativa, ser la notaría que se pretende de la misma categoría y encontrarse vacante, como se señaló respecto del artículo anterior, no resulta contrario a lo dispuesto en el Decreto Ley 960 de 1970, que en su artículo 178, numeral 3, establece tales requisitos para ejercer el derecho de preferencia y, así como se expresó, la exigencia de vacancia de la notaría que se pretende, resulta ser una exigencia necesaria y apenas lógica para ejercer el derecho de preferencia.

Con fundamento en lo anterior la solicitud de suspensión provisional del Decreto acusado resulta improcedente, por cuanto no solo la norma con dicha identificación se encuentra derogada, sino que no logra desvirtuarse la presunción de legalidad de la misma por falta de competencia del Gobierno Nacional para expedirla ni se configura la vulneración de las normas superiores invocadas en la demanda.

3. PETICIÓN

Por lo anterior, se solicita respetuosamente al Consejero Ponente, negar por improcedente la solicitud de suspensión provisional del Decreto 2054 de 2014.

4. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

4.1 Copia de la parte pertinente del Decreto 2897 de 2011, en cuyo artículo 15, numeral, 6, se asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento

Jurídico, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

4.2 Copia de la Resolución 0641 de 2012, por la cual se delega la representación judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, para intervenir en los procesos ante el Consejo de Estado.

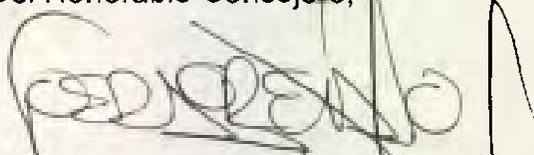
4.3. Copia del Acta de Posesión del suscrito en el cargo de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.

4.4. Copia del oficio en el cual se exponen las razones por las cuales no se requiere presentación personal de este memorial por parte del suscrito.

5. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Calle 53 No. 13-27 de esta ciudad y en el buzón de correo electrónico del Ministerio para recibir notificaciones notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del Honorable Consejero,



FERNANDO ARÉVALO CARRASCAL
C.C. 88.138.161 de Ocaña, N. de S.
T.P. No. 69.381 del C. S. de la Jra.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez
Revisó: Ángela María Bautista Pérez
Aprobó: Fernando Arévalo Carrascal

EXT16-0015683

T.D.R. 2300 540 10