Al responder cite este número
DEF17-0000004-DOJ-2300

Bogotá D.C., 20 de enero de 2017

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTA SECRETARÍA HOY
23 ENE 2017
SECCIÓN SEGUNDA
EN 3 FOLIOS
Y 3 ANEXOS

Doctor
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Consejero Ponente
Sección Segunda
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.

Asunto: **Expediente No. 11001032500020140143 1 (4668-14)**
Nulidad del Decreto 2054 de 2014, sobre derecho de preferencia en la carrera notarial
Actor: Pedro Leonardo Reyes Vega
Contestación de demanda

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, 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 dentro del término legal a **contestar la demanda** dentro del proceso de la referencia, así:

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se demanda la nulidad del Decreto 2054 de 2014, por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, sobre derecho de preferencia de los notarios de carrera para ocupar otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante, así como la nulidad de todos los actos y normas que conformen unidad normativa con este decreto. Adicionalmente, se pretende que se ordene al Congreso regular las carreras notarial y registral, y al Gobierno ejercer las facultades que al respecto le corresponden, y que se reitere la posición jurisprudencial sobre inconstitucionalidad o derogatoria sobreviniente de la regulación sobre el servicio público notarial, según la sentencia del 9 de noviembre de 1994, Radicado número 2769.

Al respecto, se afirma que la Constitución de 1991 realizó una distribución de competencias en materia de notariado y registro, pues mientras en el régimen anterior las atribuciones generales estaban reservadas a la ley por lo cual las competencias del ejecutivo dependían de aquélla, el régimen actual atribuyó unas competencias a la ley y otras al gobierno, concretamente la de determinar el número de notarios y la creación de notarías. Se trata de competencias directas de la Constitución al ejecutivo que da lugar a la expedición de los reglamentos o decretos constitucionales autónomos, que se

caracterizan por no estar sometidos a las leyes pues éstos desarrollan directamente la Constitución.

Así las cosas, las normas legales que dentro del régimen anterior regulaban los aspectos precisos que hoy corresponden directa y constitucionalmente al ejecutivo, deben entenderse derogadas por ser contrarias e incompatibles con la nueva Constitución, como es el caso de los artículos 123, 125 y 131 del Decreto Ley 960 de 1970 y el artículo 17 de la Ley 29 de 1973, en los cuales se establecían condiciones para la creación de notarías (sentencia del 9 de noviembre de 1994, Radicado número 2769).

En ese sentido, sostiene el actor, que el ejecutivo carece de competencia para reglamentar el servicio público que prestan los notarios y registradores, pues se trata de un asunto exclusivo del legislador, de manera que las normas sobre estas materias expedidas por el ejecutivo con anterioridad a la Constitución de 1991 deben entenderse derogadas en cuanto no se circunscriben a las competencias actuales.

Finalmente, se afirma, que el Decreto 2054 de 2014 al reglamentar el derecho de preferencia en la carrera notarial usurpa competencias del legislador, pues no se ocupa de las competencias propias del Gobierno referentes a la creación, supresión y fusión de círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro, por lo cual la norma debe ser declarada nula.

2. PROBLEMA JURÍDICO CONCRETO

El problema jurídico a resolver en este proceso consiste en establecer si la reglamentación del derecho de preferencia de los notarios para ocupar una notaría que se encuentre vacante, se encuentra viciada de nulidad por falta de competencia del ejecutivo para regular una materia que corresponde exclusivamente al legislador y si las disposiciones sobre servicio público notarial deben entenderse derogadas por ser contrarias a las competencias asignadas en el artículo 131 de la Carta Política.

3. CONSIDERACIONES DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA

En el presente caso la supuesta vulneración de las normas superiores no se configura, por lo cual el Ministerio de Justicia y del Derecho considera que resulta improcedente la pretensión de nulidad del Decreto 2054 de 2014, reglamentario del numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970 (compilado en el Decreto 1069 de 2015), en el cual se dispone que 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 arriba al establecer que el derecho de preferencia encuentra soporte en una disposición de carácter legal que se encuentra vigente; que el ejercicio de este derecho resulta acorde a la exigencia constitucional de concurso abierto para acceder al cargo de notario; y que su aplicación constituye plena garantía del principio de igualdad de oportunidades para acceder al ejercicio del mismo.

3.1. Aclaración previa

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 demandado, pues conforme a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo[1] 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 versaran sobre las mismas materias.

3.2. Competencia del Gobierno Nacional y antecedentes de expedición del acto.

Este Ministerio considera que el Decreto 2054 de 2014 (compilado en el Decreto 1069 de 2015) 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 de carrera ejerzan el derecho de preferencia previsto en el artículo 178, numeral 3 del Decreto Ley 960 de 1970.

Sobre el particular, el fundamento para la expedición del Decreto 2054 de 2014 (que se conserva en la compilación del mismo por el Decreto 1069 de 2015), se justificó expresamente en los considerandos del acto respectivo al señalar que resultaba *"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 la memoria justificativa del proyecto de Decreto por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, concretamente en el aparte relacionado con los antecedentes y razones de oportunidad y conveniencia para la expedición del mismo, se señaló expresamente 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,*

[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 Velilla 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 otrora 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".*

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.

3.3. Vigencia del numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970

A juicio del Ministerio, carece de fundamento el cargo principal de la demanda según el cual las disposiciones del Decreto acusado reglamentan el derecho de preferencia, contenido en una disposición legal del Estatuto de Notariado que fue subrogada por las normas posteriores de carácter constitucional y legal referentes a la exigencia de concurso para acceder al cargo de notario y que no existe en la legislación colombiana disposición legal en la cual se fundamente el derecho de preferencia para ocupar otra notaría que se encuentre vacante.

A ese respecto, se considera necesario precisar, que la Ley 588 de 2000 por la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial, reitera el mandato constitucional del artículo 131 superior, en virtud del cual el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso de méritos, por lo cual procede a derogar expresamente algunas disposiciones del Estatuto de Notariado que resultaban incompatibles con tal previsión, **dentro de las cuales no se encuentra el artículo 178** referente a las obligaciones y derechos que surgen por pertenecer a la carrera notarial, como el derecho a permanecer en la misma dentro de las condiciones previstas por el Estatuto, el derecho a participar en los concursos de ascenso, la preferencia para ocupar otra notaria de la misma categoría que se encuentre vacante y la prelación en programas de bienestar social, condicionado esto último a los notarios en propiedad conforme se estableció mediante sentencia C-153 de 1999.

En ese sentido, no hay duda, que el artículo 178 del Estatuto de Notariado, objeto de reglamentación en su numeral 3 por el Decreto demandado 2054 de 2014, no puede alegarse como subrogado, ni tampoco como derogado por las normas posteriores que hacen exigible el concurso abierto para acceder al cargo de notario, pues el contenido normativo del mismo implica la pertenencia a la carrera notarial en los términos de lo previsto en el artículo 131 de la Constitución Política y en la Ley 588 de 2000.

Por lo anterior, carece de veracidad la afirmación de la demanda en el sentido de considerar que la norma objeto de reglamentación ha sufrido una supuesta subrogación (modificación) que el demandante equivocadamente asimila a derogación, pese a tratarse de supuestos diferentes relacionados con la vigencia de las normas, **ninguno de los cuales ha afectado el artículo 178 del Estatuto de Notariado que se encuentra vigente.**

Así las cosas, resulta viable y procedente que el Gobierno Nacional a través del Decreto 2054 de 2014, reglamente la forma en que los Notarios de carrera pueden ejercer el

derecho de preferencia previsto en el artículo 178, numeral 3 del Decreto Ley 960 de 1970.

3.4. No aplicación de la sentencia de inconstitucionalidad sobreviniente de la legislación preexistente en materia de notariado y registro

Según la demanda, al presente caso resulta aplicable la sentencia del 9 de noviembre de 1994, Radicado número 2769, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la cual se hace referencia a la inconstitucionalidad sobreviniente de la legislación preexiste a la Constitución de 1991 en relación con las condiciones para la creación de las notarías, por considerar que dicha normatividad resulta incompatible con las nuevas competencias para tal efecto asignadas en la Carta Política.

A ese respecto, no se considera acertada la mencionada interpretación, por dos razones: 1) porque la materia sobre la cual versa la referida sentencia es diferente de la debatida en esta oportunidad, pues mientras aquella versaba sobre un decreto del ejecutivo relacionado con la creación de una notaría, respecto de lo cual se negaron las pretensiones de la demanda al considerar que fue expedido en el marco de las competencias conferidas al Gobierno directamente por la Carta Política, el presente proceso se refiere a un decreto del ejecutivo relacionado con el trámite y oportunidad para el ejercicio del derecho de preferencia dentro de la carrera notarial, expedido al amparo de la potestad reglamentaria con fundamento en los lineamientos fijados previamente por el legislador; y 2) porque la inconstitucionalidad sobreviniente a la cual se refiere la sentencia como *obiter dicta* y no como *ratio decidendi* en sus considerandos, tiene que ver con la regulación de carácter legal del servicio público notarial que antes de la Constitución de 1991 correspondía de manera plena al legislador y hoy se distribuye entre el legislador y el ejecutivo, y no con la regulación de carácter reglamentario que aún se encuentra vigente y sobre la cual versa el decreto demandado en este proceso.

Por lo anterior, la interpretación de la demanda sobre la aplicación de la sentencia del 9 de noviembre de 1994 resulta improcedente.

Al respecto, se reiteran las consideraciones señaladas en los numerales anteriores sobre competencia del ejecutivo para haber expedido el Decreto 2054 de 2014 y vigencia de la norma legal objeto de reglamentación por el mismo.

3.5. CONCLUSIÓN

Con fundamento en lo anterior, la pretensión de nulidad del acto acusado resulta improcedente, por cuanto no se logra desvirtuar la presunción de legalidad del mismo por supuesta falta de competencia del Gobierno Nacional para expedirlo ni se configura la vulneración de las normas superiores invocadas en la demanda.

4. PETICIÓN

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al H. Consejo de Estado DECLARAR AJUSTADO A DERECHO el Decreto 2054 de 2014 y, en consecuencia, NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

5. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

5.1 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.

5.2 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.

5.3. Copia del Acta de Posesión de la suscrita en el cargo de Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.

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

6. 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,

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
C.C. 52.055.352 de Bogotá
T.P. No. 77.589 del C.S.d.J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez
Revisó y aprobó: Diana Alexandra Remolina Botía

EXT16-0038855, EXT16-0039023

T.D.R. 2300 540 10