

Al responder cite este número
DEF17-000025-DOJ-2300

Bogotá D.C., 6 de marzo de 2017

Doctor
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero Ponente
Sección Primera
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.

27 MAR 5 4:20 PM
CONSEJO DE ESTADO
4F+3A
S. SECCIÓN PRIMERA

Asunto: Expediente No. 11001032400020160007900
Nulidad del Decreto 2054 de 2014, sobre derecho de preferencia en la
carrera notarial
Actor: Hernán Guillermo Jojoa Santacruz
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 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 dentro del término legal a **contestar la demanda** cuyo traslado fue interrumpido por el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio y dispuesto nuevamente por auto del 19 de diciembre de 2016, notificado electrónicamente a este Ministerio el 25 de enero de 2017, así:

1. Norma demandada y concepto de la violación

1.1. Se demanda la nulidad de la totalidad del Decreto 2054 de 2014, por el cual se reglamenta el numeral 3º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, sobre el derecho de preferencia de los notarios de carrera para ocupar otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante y, en subsidio, se solicita que se declare la nulidad de los artículos 4, 5 y 6 del mismo decreto, en los cuales se contemplan los casos en los que se predica vacante una notaría, así como la procedencia y los requisitos de la solicitud para el ejercicio del derecho de preferencia.

1.2. Como concepto de la violación se aducen las siguientes razones:

- Falta de competencia del Gobierno Nacional para regular las causales de vacancia en la carrera notarial, por considerar que esta materia sólo puede ser regulada por el Legislador. Aduce el demandante que el Gobierno incurre en usurpación de funciones legislativas por cuanto no podía definir el concepto de vacancia ni las causales de retiro notarial conforme se desprende del artículo 4 demandado, en el cual pese a reconocer que las causales de retiro son de resorte del legislador, no

Bogotá D.C., Colombia

indica la disposición legal que así lo establece. Además, sigue el demandante, los parágrafos 2 y 3 del mencionado artículo 4, en exceso de la facultad reglamentaria, definen que la vacancia se produce cuando se expide el acto que la reconoce y no al momento de acaecimiento de la causal de retiro, como lo señala la jurisprudencia. Lo anterior, afirma, ha llevado a la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencias del 22 de octubre de 2015, radicados 2015-01012 y 201500985, a inaplicar la norma acusada, al encontrar que la competencia para señalar las causales de retiro y su ocurrencia es exclusiva del legislador.

- El Decreto 2054 de 2014 desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la institución de la vacancia, pues condiciona el momento de acaecimiento de la causal de retiro a la expedición del acto administrativo de remoción del cargo. Lo anterior, pese a que el acto administrativo de retiro del servicio tiene efectos únicamente de reconocimiento de la causal acaecida y el retiro se debe dar una vez configurada la misma.
- La nulidad deprecada debe abarcar la totalidad del Decreto 2054 de 2014 puesto que al desaparecer la definición de vacancia y las causales de retiro señaladas en la norma, desaparece el fundamento jurídico bajo el cual se había propuesto el resto del articulado. Según el actor, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado en los pronunciamientos citados consideró que el Decreto 2054 de 2014 debe ser inaplicado en su totalidad, como quiera que el resto del articulado impone como condición que la notaría sobre la cual se ejerza el derecho de preferencia, se encuentre vacante de conformidad con la definición de vacancia señalada en el artículo 4 de la norma acusada. Así lo establecen los artículos 5 y 6 del Decreto 2054 de 2014, referentes a la procedencia y a los requisitos de la solicitud de aplicación del derecho de preferencia, como consecuencia de la remisión de tales normas a las causales de vacancia del artículo 4 ibídem.

2. Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en este proceso consiste en establecer si el Decreto 2054 de 2014, en cuanto hace referencia a las causales de vacancia de una notaría para efectos de ejercer el derecho de preferencia en la carrera notarial, se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia de la autoridad que lo expidió, exceso de la potestad reglamentaria, usurpación de la reserva legal y vulneración de las normas superiores y de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en materia de causales de retiro y momento a partir del cual se éstas se configuran.

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, 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 arriba por las siguientes razones:

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, 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.

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

Este Ministerio reitera en su integridad lo expuesto en la contestación inicial de la demanda y en la contestación a la reforma de la misma, en el sentido de considerar 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 de carrera pueden 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 *“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, circunscritos a la condición de notario en propiedad ... De igual manera se determinan de manera específica los*

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”.

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, conforme así se estableció por el acto acusado.

3.3. No aplicación de lo dispuesto en las sentencias proferidas en apelación de acciones de cumplimiento² el 22 de octubre de 2015 por la Sección Quinta de la Corporación, sobre inaplicación del Decreto 2054 de 2014

El Ministerio de Justicia y del Derecho considera que en el presente caso no resultan aplicables las sentencias proferidas por la Sección Quinta de la Corporación el 22 de octubre de 2015, en apelación de las acciones de cumplimiento adelantadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las cuales **ordenó** al Gobierno Nacional el retiro de unos Notarios por haber alcanzado la edad de retiro forzoso y, además, **dispuso** la inaplicación “**para ese caso y con efectos interpartes**” del Decreto 2054 de 2014, demandado en este proceso, por considerar que el “Gobierno Nacional excedió sus competencias para efectuar la regulación de las causales, por ser una materia que por su naturaleza está reservada al legislador”.

Al respecto, sostiene la Sala en las mencionadas sentencias, que el artículo 125 de la Carta Política solamente establece como causales de retiro la calificación no satisfactoria y la violación del régimen disciplinario, y defiere al legislador el señalamiento de las otras causales, acerca de lo cual solo se encuentra vigente la señalada en el artículo 185 del Estatuto de Notariado y Registro, pues la causal de retiro por edad a la cual hacían referencia los artículos 184 y 185 de ese Estatuto, fue derogada por el Decreto 2163 de 1970 que oficializó el servicio de notariado. Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que esa materia de reserva de ley no tenía regulación legal y, por ende, el Gobierno excedía sus competencias.

El Ministerio considera que los argumentos de inaplicación del Decreto 2054 de 2014 expuestos por la Sección Quinta en relación con el retiro forzoso por edad, no resultan aplicables a este proceso por tratarse de una decisión con efectos interpartes y, además, porque como se señaló en el numeral 3.3 de este escrito, el Gobierno Nacional tiene competencia para reglamentar dentro del marco señalado por el legislador, como en efecto se realizó a través de la norma cuestionada, lo relacionado con la oportunidad, trámite y requisitos de la solicitud para el ejercicio del derecho de preferencia de los notarios para optar a una notaría vacante.

Sobre la materia, debe tenerse en cuenta que la Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia del 30 de abril de 2009, radicado 2005-00151, ya había señalado que el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, que hacía referencia al retiro forzoso por edad de los notarios, no hacía otra cosa que reglamentar las disposiciones del Decreto Ley 960 de 1970, y reiterar el contenido del Decreto Ley 2400 de 1968 sobre retiro por edad de los empleados públicos, aplicable a los Notarios. Por todo lo cual, consideró el Consejo,

² Apelación de sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca radicadas bajo los números 25000234100020150101201 y 25000234100020150098501.

carecía de soporte el argumento según el cual se reprodujo una norma derogada, en tanto que: *(i)* se trata del ejercicio de la facultad reglamentaria ya avalada por la jurisprudencia del Consejo de Estado y *(ii)* se reiteró una norma con fuerza de Ley incluso anterior al Estatuto de Notariado y Registro que según el Consejo de Estado resultaba aplicable a los Notarios.

3.4. Contenido y alcance de las disposiciones acusadas del Decreto 2054 de 2014: Causales de vacancia y causales de retiro: Configuración de las causales.

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 pretensión de nulidad y, según afirma, darían lugar a que se decretara la nulidad 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. Todas estas previsiones dentro de los precisos términos señalados con anterioridad por el legislador y en orden a ejecutar y hacer operativo el mandato legal, así:

(i) En primer término, 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 forma 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.

De igual forma, tampoco resulta procedente afirmar que se usurpan las competencias del legislador y, por ende, se vulnera la reserva legal, al no indicar el referido artículo 4 del Decreto 2054 de 2014, la disposición legal relacionada con la concreción de las circunstancias taxativas de vacancia, pues ello no 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) Por su parte, 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 el hecho de pertenecer a la carrera notarial.

Además, la previsión de la norma al exigir que la solicitud de preferencia sólo se tramitará 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 contraria a la ley, pues el requisito *sine qua non* para que se predique la preferencia es que la notaría se encuentre vacante por falta absoluta de notario, de acuerdo con las circunstancias taxativas señaladas en la ley, como lo previó expresamente 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) Finalmente, 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, éste se encuentre en carrera notarial, se predique de una notaría de la misma circunscripción político-administrativa, que la notaría que se pretende sea de la misma categoría y ésta se encuentre vacante; al igual que 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 pretensión de nulidad del Decreto acusado resulta improcedente, por cuanto no se desvirtúa la presunción de legalidad del mismo por una 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 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.

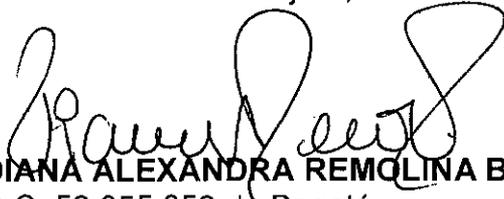
5.3. Copia de la Resolución 0465 de 2016, por la cual se encarga a la suscrita del empleo de Director Técnico de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico.

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

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

EXT17-0002777

T.R.D. 2300-540-10
