



Al responder cite este número
MJD-DEF21-0000017-DOJ-2300

Bogotá D.C., 25 de febrero de 2021

Doctor

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Honorable Consejero Ponente

Sección Primera

CONSEJO DE ESTADO

ces1secr@consejodeestado.gov.co

CC_leytoncru@yahoo.es; lefrecruz@gmail.com

notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co

notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co

notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co

Bogotá, D.C.



Contraseña:C62OA9vV0r

REFERENCIA: Expediente 11001-03-24-000-2019-00378-00

ACCIONANTE: Luis Efrén Leyton Cruz

ASUNTO: Nulidad del artículo 81 del Decreto 1890 de 1999, referente a los recursos del Fondo que administra la Superintendencia de Notariado y Registro.

Contestación a la medida cautelar

Honorable Consejero Ponente:

FREDY MURILLO ORREGO, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, en calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.6 del Decreto 1427/17 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante la Resolución 0641/12, procedo a dar respuesta a la solicitud de medida cautelar formulada dentro del proceso.

1. Argumentos de la suspensión provisional.

En escrito separado del libelo de demanda, se formula solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del artículo 81 del Decreto 1890/99, referente a la destinación de los recursos provenientes del liquidado Fondo Nacional de Notariado que actualmente administra la Superintendencia de Notariado y Registro, por considerar que tal previsión vulnera el artículo 131 de la Constitución Política, en tanto corresponde al legislador y no al gobierno nacional regular todo lo relacionado con la prestación del servicio público notarial. De ahí que el artículo 9 de la Ley 29/73, estableciera la creación de Fondo con el objeto de mejorar las condiciones económicas de los notarios de insuficientes ingresos y propender por la capacitación de los notarios y la divulgación del derecho notarial, lo cual fue reiterado por el artículo 5 Decreto 1672/97.

Se alega, que el ejecutivo carecía de competencia para regular una materia reservada al

Bogotá D.C., Colombia



legislador, lo cual atenta contra el principio de seguridad jurídica, en tanto las autoridades solo pueden hacer aquello que les está permitido en la ley.

Finalmente, se afirma, que de seguirse aplicando la disposición acusada, se pone en riesgo la viabilidad financiera del Fondo Cuenta Especial de Notariado dispuesto en el Decreto 1672/97, así como el funcionamiento y prestación de los servicios notariales de la mayoría de las notarías del país, que corresponden a aquellas de bajos recursos, por cuanto los recursos financieros que las soportan a través de subsidios recibidos mensualmente del fondo, están destinados a financiar gastos no contemplados en la ley.

2. Consideraciones del Ministerio de Justicia y del Derecho frente a la solicitud de medida cautelar.

2.1. Antecedentes sobre la expedición de la norma acusada.

El artículo 9º de la Ley 29 de 1973, establecía en su contenido lo siguiente:

“Créase el Fondo Nacional del Notariado, con personería jurídica, con el objeto de mejorar las condiciones económicas de los Notarios de insuficientes ingresos, y de propender por la capacitación de los Notarios y la divulgación del derecho notarial, en la forma y términos que establezca la Junta Directiva de dicho Fondo.”

Posterior a esto, a través del artículo 30 de la Ley 344 de 1996 el Congreso de la República revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 6 meses, para suprimir o fusionar dependencias, órganos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional que desarrollen las mismas funciones, que traten las mismas materias o que cumplan ineficientemente sus funciones, con el propósito de racionalizar y reducir el gasto público. En virtud de dichas facultades el Presidente de la República profirió el Decreto 1672 de 1997.

El Decreto 1672 de 1997, estableció en el artículo 1º la supresión del Fondo Nacional del Notariado "FONANOT"; y para tal fin dispuso en su artículo 5º que los recursos que eran destinados a mejorar las condiciones económicas de los Notarios de insuficientes ingresos, a la capacitación de los Notarios y a la divulgación del Derecho Notarial, serían administrados por la Superintendencia de Notariado y Registro a través de un fondo o un sistema especial de manejo de cuentas, sin personería jurídica, estructura administrativa ni planta de personal propia. Igualmente estableció que el Superintendente de Notariado y Registro sería el representante legal del Fondo y el ordenador del gasto.

Ahora bien, el Decreto 1672 de 1997 no solo suprimió el FONANOT, sino que también estableció en su artículo 11 la derogatoria de “todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial los artículos pertinentes del Decreto 2539 de 1993, de los artículos 9º y 13 de la Ley 29 de 1973 y del Decreto 27 de 1974”. Claramente el artículo 9º de la Ley 29 de 1973 que creaba el Fondo Nacional del Notariado, y establecía como objeto del mismo “mejorar las



condiciones económicas de los Notarios de insuficientes ingresos, y de propender por la capacitación de los Notarios y la divulgación del derecho notarial”, perdió su vigencia en virtud de la derogatoria expresa de la norma que lo creaba y que establecía su objetivo.

De manera errónea se puede considerar que la derogatoria de dicho artículo solo se predica en relación con la creación del Fondo y no respecto de los objetivos que dicha norma establecía, puesto que el Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias que le fueron concedidas no hizo distinción alguna sobre el tema en el Decreto 1672 de 1997, y por el contrario sí dejó sin vigencia el contenido total del artículo 9º de la Ley 29 de 1973.

Igualmente se debe precisar que el artículo 5º del Decreto 1672 de 1997, no estableció en su contenido que los recursos que se recibieran del FONANOT se deberían usar única y exclusivamente para mejorar las condiciones económicas de los Notarios de insuficientes ingresos, para la capacitación de los Notarios y para la divulgación del Derecho Notarial. Este artículo solo estableció que el traspaso de los recursos que se recibieran del FONANOT para los fines antes mencionados, serían administrados en adelante por la Superintendencia de Notariado y Registro a través de un fondo o un sistema especial; por tanto, no es dable concluir que el fin del artículo estriba en establecer un listado taxativo y limitado mediante el cual se restringiera el uso de los recursos que se recibieron del Fondo Nacional de Notariado.

2.2. Competencia del ejecutivo para expedir el acto: ejercicio de la potestad reglamentaria[1]

Esta Dirección considera que la norma acusada se encuentra acorde con la Constitución y la ley, por las siguientes razones:

El artículo 81 del Decreto 1890 de 1999 no hace otra cosa que establecer de manera clara la destinación de los recursos del Fondo que administra la Superintendencia de Notariado y Registro y que en su momento provenían del liquidado Fondo Nacional de Notariado (FONANOT), en aras de desarrollar con eficacia y eficiencia las funciones relacionadas con el registro notarial, teniendo en cuenta la derogatoria del artículo 9º de la Ley 29 de 1973. Precisamente es a través de este artículo que se establecen los fines a los cuales se deben destinar los recursos del Fondo, lo que en nada contraría el artículo 131 de la Constitución Política, por cuanto lo que se garantiza a través del artículo 81 es justamente la prestación del servicio en debida forma.

Efectivamente, el artículo 131 de la Constitución establece que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia, es decir, que en ningún momento limita la facultad reglamentaria del Presidente de la República, para poder establecer las condiciones de funcionamiento del Fondo Nacional de Notariado, así como, de la destinación de sus recursos, como de manera equivocada lo interpreta el actor.



En efecto, el Congreso, con algunas pocas excepciones, es libre de regular con todo el detalle que desee los asuntos de los que se ocupa en las leyes. Esa es su facultad. A través de ésta puede legislar con tanto detalle como considere necesario y establecer límites naturales a las facultades reglamentarias del Presidente. Pero, una vez el Congreso legisla, el Presidente tiene una facultad propia: la de producir reglamentos.

Ahora bien, ejercer esta potestad no implica que el Gobierno esté legislando ni definiendo elementos esenciales de la prestación del servicio público que prestan los notarios, ni define el régimen laboral de sus empleados, pues el hecho de reglamentar una ley no equivale a legislar. Al contrario, la facultad reglamentaria se enmarca en los límites de la Constitución y la Ley para lograr “la cumplida ejecución de las leyes”, de acuerdo con el artículo 189.11 de la Constitución Política. En efecto, se trata de una potestad legítima y necesaria para ajustar a las circunstancias reales, las disposiciones generales impuestas por el legislador.

Es decir, que la reglamentación de las características y condiciones especiales que se requieren para establecer la destinación de los recursos del Fondo que administra la Superintendencia de Notariado y Registro y que en su momento provenían del liquidado Fondo Nacional de Notariado (FONANOT), consagradas en el artículo 81 del Decreto 1890 de 1999, corresponde a un aspecto que es propio de la potestad reglamentaria del ejecutivo en el marco del artículo 189.11 ibídem.

Es por estas razones que lo manifestado por el actor con respecto a que las materias objeto de reglamentación exceden las facultades reglamentarias que autoriza la Constitución, carece de fundamento.

Aunado a lo anterior, resulta preciso manifestar, que la financiación de los concursos para el ingreso a la carrera notarial tienen como fuente exclusiva los recursos provenientes del liquidado FONANOT, aspecto que como se ha visto, no resulta contrario a la Ley ni a la Constitución, pues por el contrario, se encarga de desarrollar y hacer cumplir lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 131 de la Carta Política, en cuanto señala que “el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso”.

Con fundamentos en los argumentos expuestos, no se puede concluir que el artículo 81 del Decreto 1890 de 1999, vulnere en forma alguna lo dispuesto en el artículo 131 de la Carta Política, en la Ley 29 de 1973 y el Decreto Ley 1672 de 1997.

2.3. Improcedencia de la medida cautelar por incumplimiento de los requisitos para que prospere la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo constituye una medida cautelar de origen constitucional a luz de lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política[3], a partir del cual se faculta a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que, previa verificación de los requisitos establecidos en la ley, declare que la decisión



administrativa impugnada por vía judicial no surta efectos al menos temporalmente, esto es, hasta que se ponga fin al proceso o se superen las circunstancias que dieron lugar a adoptarla.

Como desarrollo del anotado postulado constitucional, el artículo 231 del CPACA prevé que la medida cautelar procederá cuando luego de analizar el acto y confrontarlo con las disposiciones invocadas por el demandante y/o las pruebas allegadas se advierta su violación, a lo que suma la demostración de la apariencia del buen derecho y el perjuicio de la mora, presupuestos que se predicán de toda medida cautelar, conforme lo ha sostenido la Sección Primera del Consejo de Estado, al señalar:

«[...] la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]».

Tal visión ha sido compartida por la misma Sección en el Auto de 27 de agosto de 2015[4], en el cual subrayó lo siguiente:

«[...] En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina denominan *fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (necesidad de urgencia de la medida cautelar)».[5]"

Al amparo de lo expuesto, se impone colegir que la prosperidad de la medida cautelar se encuentra sujeta a que se acredite la vulneración de las normas superiores invocadas y a que se constate que existe apariencia de buen derecho y necesidad de que se acredite la medida cautelar por perjuicio de la mora, requisitos que no se dan en el presente asunto como se anotará enseguida.

En cuanto la violación de las normas invocadas, se impone recordar que los reparos de la parte demandante se concretan en señalar que, en su criterio, el artículo 81 del Decreto 1890 de 1999 desconoce la Ley 29 de 1973 y el Decreto Ley 1672 de 1997 como quiera añaden destinaciones diferentes a los recursos provenientes del Fondo Nacional de Notariado, afirmación que, como se señaló, carece de fundamento como quiera que, el artículo 9 de la Ley 29 de 1973 se encuentra expresamente derogado y, si se revisa el artículo 5 del aludido Decreto Ley 1672, este no contiene una prohibición dirigida a que dichos recursos se destinen a otros rubros o necesidades como pretende exponer.

En efecto, dicho artículo 5 advierte que los recursos serán administrados por la Superintendencia de Notariado y Registro a través de un fondo o un sistema especial de manejo



de cuentas, para lo cual se contará con la asesoría de un Consejo integrado por el Ministro de Justicia y del Derecho, o su delegado, quien lo presidirá; y un Notario de Tercera Categoría, o su suplente, elegido por los de su misma categoría, sin que la norma establezca la presunta prohibición o limitación que alega la parte actora.

Es más, el segundo inciso de esta disposición advierte que dicho Consejo debe adoptar su propio reglamento para la toma de decisiones, lo que deja ver que se cuenta con cierto grado de discrecionalidad para la administración de los recursos, lo que a la postre llevó al gobierno nacional a reglamentar la materia, circunstancia materializada de forma primigenia en el Decreto 1987 de 1997^[2].

Al respecto, no puede perderse de vista, como lo hace el demandante, que la potestad reglamentaria del Presidente tiene como propósito concretar aquellos tópicos que requieren ser desarrollados con detalle a efectos de que las disposiciones legales surtan efectos, de manera que, al no precisarse en la norma que suprimió el “Fonano” la destinación taxativa de los recursos, era necesario que ello se determinara por vía reglamentaria máxime cuando, se reitera, el artículo 5 no tiene el alcance que se le pretende atribuir, en tanto que éste no impone que sus recursos se destinen exclusivamente a mejorar las condiciones económicas de ciertas notarías, a la capacitación en aspectos notariales y a la divulgación del derecho notarial, como se pretende hacer creer en la demanda y en la solicitud de suspensión provisional, lo que conduce a que se niegue la medida cautelar impetrada.

Sumado a lo anterior, se advierte otra deficiencia relativa a la solicitud de suspensión provisional que impide que ésta prospere. En efecto, como ya se expuso, la Sección Primera del Consejo de Estado ha señalado que para que se acceda a la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo se requiere, además de demostrar la violación de las normas invocadas, la acreditación de los presupuestos de toda medida cautelar conocidos como el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

Conforme lo precisó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Auto de 8 de octubre 2015 proferido en el expediente con radicación 11001-03-24-000-2013-00633-00, “La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicioso de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho”.

Lo expuesto implica que la solicitud de medida cautelar se encuentre provista de los elementos argumentativos y probatorios suficientes que den cuenta de la verosimilitud y alto grado de probabilidad de la vulneración de un derecho a más de la posible ocurrencia de un daño por el paso del tiempo. No obstante, la solicitud de suspensión provisional que nos convoca carece de pruebas, argumentos y fundamentos tendientes a demostrar la ocurrencia de estos elementos,



pese a que ello es una carga que debe suplir quien solicita la medida cautelar, falencia que debe conducir a que se niegue la solicitud.

3. Necesidad de vinculación de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Según lo dispone el artículo 5 del Decreto 1672 de 1997 y el artículo 17 del Decreto 1987 de 1997, el Fondo Cuenta Especial de Notariado es administrado por el Superintendente de Notariado y Registro, quien podrá delegar esta función en el Secretario General, con la asesoría de un Consejo integrado por el Ministro de Justicia y del Derecho, o su delegado quien lo presidirá y un Notario de Tercera Categoría, o su suplente, elegido por los de su misma categoría. Asimismo, el inciso segundo del referido artículo 5 del Decreto 1672 de 1997 señala que el Consejo adoptará su propio reglamento para la toma de decisiones.

Así las cosas, ya que la Superintendencia de Notariado y Registro es la entidad que administra el Fondo al que se refiere la norma objeto de la presente demanda, se solicita a la Honorable Consejero vincular a esta entidad al trámite del presente medio de control por tener injerencia directa en el asunto y requerirse su pronunciamiento en virtud de las calidades legales que la revisten sobre la materia.

4. Petición

Por lo anteriormente expuesto, se solicita al H. Consejo de Estado, NEGAR la suspensión provisional del artículo 81 del Decreto 1890 de 1999.

5. Anexos

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del aparte pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18.6, asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.
- Copia de la Resolución 0641 del 4 de octubre de 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la representación judicial de la entidad para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.
- Copia de la Resolución 0146 del 22 de febrero de 2021, por la cual se nombra al suscrito en el cargo de Director en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Copia del Acta de Posesión 0019 del 23 de febrero de 2021, del suscrito en el cargo de Director

Bogotá D.C., Colombia



de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

6. Notificaciones

Las recibiré en el buzón de correo electrónico notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del Honorable Consejero Ponente,

Atentamente,

FREDY MURILLO ORREGO

Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez, profesional especializada.
Revisó y aprobó: Fredy Murillo Orrego, director.

Radicado: MJD-EXT21-0008453

T.R.D. 2300 36.152

[1] Respuesta de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho y la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, a la solicitud de revocatoria formulada por la Unión Colegiada del Notariado Colombiano. Oficio MJD-OFI20-0001402-DOJ-2300 del 23 de enero de 2020.

[2] Por el cual se adopta la reglamentación para liquidación del Fondo Nacional del Notariado, "Fonannot" en liquidación.

[3] ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

Bogotá D.C., Colombia



La justicia
es de todos

Minjusticia

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Roberto Augusto Serrato Valdés. 14 de mayo de 2019. Radicación número 11001-03-24-000-201400177-00. Actor: Marleny Valverde Mopán. Demandado: Nación Ministerio de Justicia y del Derecho y Departamentos Administrativo de la Presidencia de la República.

<http://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=I3NyGpkGhAbtC8lcZ7ggmLyhJfvsIP81bcNL1SJRrxU%3D&cod=HiD7nDon%2FkE38JS%2Bg8Vw0Q%3D%3D>

Bogotá D.C., Colombia