



Al responder cite este número
MJD-OFI21-0004388-VPJ-2000

Bogotá D.C., 17 de febrero de 2021

Doctora
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Honorable Consejera Ponente
Sección Primera
CONSEJO DE ESTADO
ces1secr@consejodeestado.gov.co
CC_nestor.osuna@outlook.com
director.juridico@ucnc.com.co
notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co
notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co
notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co
Bogotá, D.C.



Contraseña:ZTKr0sxzmx

REFERENCIA: Expediente 11001-03-24-000-2020-00305-00
ACCIONANTE: Unión Colegiada del Notariado Colombiano
ASUNTO: Nulidad del artículo 81 del Decreto 1890 de 1999 y del Decreto 2245 de 2000, referente a los recursos del Fondo que administra la Superintendencia de Notariado y Registro.
Contestación a la medida cautelar

Honorable Consejera Ponente:

FRANCISCO JOSÉ CHAUX DONADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.061.687.657, en calidad de Viceministro de Promoción de la Justicia del Ministerio de Justicia y del Derecho, según el Decreto de nombramiento 1399 del 26 de octubre de 2020 y el Acta de posesión 0067 del 27 de octubre de 2020, procedo a dar respuesta a la solicitud de medida cautelar formulada dentro del proceso.

1. Argumentos de la suspensión provisional.

En el escrito de demanda se solicita la suspensión provisional del artículo 81 del Decreto 1890 de 1999 y del Decreto 2245 de 2000, referentes a la destinación de los recursos del Fondo Cuenta Especial del Notariado que administra la Superintendencia de Notariado y Registro, por considerar que estas previsiones al adicionar unas finalidades diferentes para el manejo de esos recursos, resultan contrarias a los artículos 131 de la Constitución Política; 2, 9 y 11 de la Ley 29 de 1973; y 5 del Decreto Ley 1672 de 1997, dado que la materia es competencia del

Bogotá D.C., Colombia



legislador y no puede ser regulada a través de normas de inferior jerarquía.

Afirma, que el propósito del legislador al establecer la creación del Fondo, de hacer autosostenible el servicio notarial mediante el subsidio a los notarios de menores ingresos, capacitación a los notarios y difusión del derecho notarial, se distorsiona al introducir cuatro funciones a las establecidas legalmente, al señalar que estos recursos también deben financiar los concursos para el ingreso a la carrera notarial, subsidiar los despachos notariales afectados por catástrofes o calamidades derivadas de fuerza mayor o caso fortuito, sufragar la adecuación del archivo notarial en el Archivo General de la Nación, y contribuir al costo de la impresión y distribución de los folios de registro civil.

Aduce, que la destinación de los recursos del Fondo solo puede ser modificada, extendida o recortada mediante un instrumento jurídico de rango legal, según lo establece el artículo 131 de la Constitución Política, al señalar que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, de manera que solo mediante ley se puede suprimir o modificar el Fondo, así como asignarle funciones adicionales o restringir su alcance.

2. Consideraciones del Ministerio de Justicia y del Derecho frente a la solicitud de suspensión provisional.

2.1. Aclaraciones preliminares.

Previamente a cualquier consideración debe tenerse en cuenta, que por tratarse el notariado de la prestación de un servicio público de respaldo constitucional, reglado por ley, y la trascendencia de la función que ostenta el notario como guardián de la fe pública, el universo normativo que enmarca la prestación de este servicio, tiene como fin principal la correcta, debida, oportuna y eficiente prestación del servicio notarial, fin del que no se escapan las disposiciones que han reglamentado la creación y modificación del hoy Fondo Cuenta Especial del Notariado, y que debe usarse como un lente a través de la cual se interpretan y aplican tales normas, conforme lo sugiere el mismo actor al referirse al origen de la creación del Fondo encaminado hacia un “servicio público de notariado autosostenible”. Así se desprende del fundamento constitucional, legal y reglamentario que regula la prestación del servicio público notarial, como pasa a verse.



El ejercicio de la función notarial en el régimen jurídico colombiano tiene su fundamento primigenio en el artículo 131 de la Constitución Política, en cual establece que es competencia de la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios.

En concordancia con lo anterior, las normas con rango legal que han definido la prestación del servicio notarial han establecido que el notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial (art. 1, Ley 29 de 1973) y que los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la Ley (art. 8, Decreto Ley 960 de 1970).

En el mismo sentido, los artículos 2.2.6.1.6.1.1 y 2.2.6.1.6.1.2 del Decreto 1069 de 2015, reglamentaron la función notarial así:

“Artículo 2.2.6.1.6.1.1.- La autonomía del notario en el ejercicio de su función implica que dentro del marco de sus atribuciones interpreta la ley de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil y no depende de un superior jerárquico que revise sus actuaciones para reformarlas, confirmarlas o revocarlas, sino que actúa bajo su personal responsabilidad.”

“Artículo 2.2.6.1.6.1.2.- Independientemente de la responsabilidad civil o penal que le pueda corresponder, el notario responde disciplinariamente de cualquier irregularidad en la prestación del servicio, aunque no produzca perjuicio.”

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, se ha referido a la naturaleza jurídica de la función notarial y del notario, indicando que:

"(...) Los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, así objetivamente ejerzan la función de dar fe pública de los actos que requieren de su intervención. Son, en cambio, particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración."

En torno a estos planteamientos jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha desarrollado algunas notas distintivas que caracterizan la actividad notarial, como:



"(i) un servicio público, (ii) de carácter testimonial, (iii) que apareja el ejercicio de una función pública, (iv) a cargo normalmente de los particulares, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y (v) a los cuales les otorga, la condición de autoridades" (Sent. C-1508/2000 y C-1212/2001).

Asimismo, debe considerarse, que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 588 de 2000, el notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública notarial.

Ahora bien, respecto el control de legalidad hecho al artículo 6 del Estatuto Notarial, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-093 de 1998 aclaró que el notario debe "acatar las disposiciones que regulan la forma de los instrumentos y negocios que se sometan a su conocimiento para cumplir adecuadamente el acto querido por los solicitantes, evitando que el desconocimiento de tales formalidades pueda conducir a la declaración judicial de ineficacia o nulidad del instrumento, y al consecuente juicio de responsabilidad civil, penal o disciplinario del notario en caso de probarse el dolo o la culpa en su actuación (art. 195 Decreto 960/70). Dicho control, que es eminentemente sustancial, se adelanta no en cumplimiento de una potestad juzgadora que, como ha quedado explicado, no cumple el notario, sino en virtud de la función asesora de que ha sido investido por la Ley."

Aunado a lo anterior, debe observarse lo señalado por el Tribunal Constitucional, quien en la Sentencia T-925 de 2010 señaló que la función notarial es "un servicio público que consiste en declarar la autenticidad de las manifestaciones que son emitidas ante el Notario y dar fe de los hechos que ha podido percibir en ejercicio de su cargo. Esta ha sido considerada una función pública por la trascendencia que tiene para el buen funcionamiento del Estado, y porque se desarrolla con fundamento en prerrogativas estatales."

De las normas y jurisprudencia hasta aquí expuestas se concluye lo siguiente:

- La función notarial se encuentra reglada por la ley.
- El notario es un particular que presta en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración.
- La función notarial es un servicio público, de carácter testimonial, que apareja el ejercicio de una función pública, a cargo normalmente de los particulares, en desarrollo del



principio de descentralización por colaboración y a los cuales les otorga la condición de autoridades.

- El notario no tiene superior jerárquico que le ordene resolver en uno u otro sentido, que le modifique o reforme sus decisiones.
- La función notarial no se limita meramente a servir de testigo inmóvil y sin criterio, sino que acarrea un control de legalidad sobre los actos que son puestos bajo su conocimiento, que consiste en declarar la autenticidad de las manifestaciones que son emitidas ante el él y dar fe de los hechos que ha podido percibir en ejercicio de su cargo.

2.2. Sobre el cuestionamiento del principio de legalidad de los actos administrativos demandados.

Antes de esbozar de manera puntual los pronunciamientos frente a la solicitud de medida cautelar, se advierte al honorable Consejo de Estado la relevancia de los presupuestos que se relacionan a continuación no solo para la decisión que sobre la medida cautelar se adopte, sino que serán pilares desarrollados, entre otros, en la oportuna contestación que se dé al libelo por parte de la defensa, así:

De conformidad con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo procederá únicamente cuando los actos objeto del medio de control “hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

De allí que deba hacerse un análisis del acto expedido frente a las normas en que debía fundarse, las cuales deben hacer parte del ordenamiento jurídico al momento de la expedición del acto, y frente a las cuales debe constatarse el presunto incumplimiento de los requisitos de validez del acto. En consonancia con esto, el numeral 4 del artículo 162 del CPACA señala que “[c]uando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, se advierte que el actor acusa los actos objeto de control de haber vulnerado los artículos 6, 121, 131 y 150 de la Constitución Política; 2, 9 y 11 de la Ley 29 de 1973; y 5 del Decreto Ley 1672 de 1997. No obstante, en unos puntos usa normas



derogadas como base para alegar la supuesta e inexistente ilegalidad y, en otros, no explica cuál es el concepto de violación de dichas normas, ni el por qué.

En efecto, el demandante en repetidas ocasiones, arguye la supuesta violación del artículo 9 de la Ley 29 de 1973. Sin embargo, es indispensable resaltar que dicha norma fue derogada de forma expresa por el artículo 11 del Decreto Ley 1672 de 1997, por lo que no es posible adelantar un juicio de legalidad con base en dicha norma, al haber sido expulsada del ordenamiento jurídico con anterioridad a la expedición de los actos administrativos atacados.

En efecto, el artículo 11 del Decreto Ley 1672 de 1997 dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 11. VIGENCIA. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial los artículos pertinentes del Decreto 2539 de 1993 y los artículos 9 y 13 de la Ley 29 de 1973 y el Decreto 27 de 1974.”

Por otra parte, respecto de los artículos 6, 121, 131 y 150 de la Constitución Política, en ningún momento desarrolla en qué consiste la presunta vulneración a dichas normas, ni explica cómo lo previsto en los decretos cuestionados es contrario a lo establecido en las mismas. Igual ocurre con los artículos 2 y 11 de la Ley 29, que el actor estima supuestamente vulnerados.

En ese sentido, la demanda no cumple con el requisito del numeral 4 del artículo 162 del CPACA, en tanto que, no explica de forma alguna en qué consistiría la supuesta violación de dichas normas. Por tal motivo, no podría adelantarse el examen de legalidad exigido a la luz de dichos preceptos normativos, los cuales, en todo caso, son debidamente acatados por los actos acusados.

Finalmente, frente al alcance que señala la parte actora del artículo 5 del Decreto Ley 1672 de 1997, se anticipa que dicha norma no tiene el objetivo que se le atribuye y, en todo caso, no es esa norma la que establece los fines de los recursos del Fondo, sino que se limita a disponer cómo y a quiénes debe hacerse el traspaso de bienes del liquidado FONANOT.

2.3. Improcedencia de la medida cautelar por incumplimiento de los requisitos para que prospere la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

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[1], 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 esta Sección en el Auto de 27 de agosto de 2015[3], 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* (aparición de buen derecho) y *periculum in mora* (necesidad de urgencia de la medida cautelar)».[4]"

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 y el Decreto 2245 de 2000 desconocen 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 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; 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.

Al respecto, no puede perderse de vista, como lo hace la 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 “Fonannot” 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 y de conformidad con la solicitud del demandante en el acápite de designación de las partes y de sus representantes en la que refiere “citar también como autoridad demandada a la Superintendencia de Notariado y Registro, ya que esa es la entidad que administra el Fondo al que se refiere la norma objeto de la presente demanda”, se solicita a la Honorable Consejera vincular la referida entidad, Superintendencia de Notariado y Registro, 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 y del Decreto 2245 de 2000.

5. Anexos

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del Decreto 1399 de 2020, por el cual se nombra al suscrito en el cargo de Viceministro de Promoción de la Justicia del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Copia del Acta de posesión 0067 de 2020, tomada por el suscrito en el cargo de Viceministro de Promoción de la Justicia del Ministerio de Justicia y del Derecho.

6. Notificaciones

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

De la Honorable Consejera Ponente,



Cordialmente,

FRANCISCO JOSÉ CHAUX DONADO
Viceministro de Promoción de la Justicia

Anexos: Lo Enunciado

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez, profesional especializada.

Revisó y aprobó: Diego Llanos, Director de Justicia Formal.

Radicado: MJD-EXT21-0006515 y MJD-EXT21-0006518

T.R.D. 2300 36.152

[1] 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.

[2] 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)

[3] 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.

[4] 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 Velaverde 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=sl26fduGDfthbDb0q%2FsX0%2FKs9%2FflVpXCjYxyO1nAE8Q%3D&cod=75L6azcx3z%2Fswr9L2W48Jg%3D%3D>