

SERVICIO PÚBLICO NOTARIAL / COMPETENCIA DEL CONGRESO PARA LA ORGANIZACIÓN Y REGLAMENTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO QUE PRESTAN LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES

“[...] Si bien la Constitución de 1991 mantuvo la competencia del Congreso, para la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la Carta le asignó, adicionalmente, al poder legislativo, las facultades reglamentarias «para la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías». Es de resaltar, que por el solo hecho de entrar en vigor la Constitución de 1991, no se puede sostener, prima facie, como lo hace el demandante, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente del Decreto Ley 960 de 1970, porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de todas las normas expedidas bajo la Constitución derogada. Esta afirmación tiene fundamento en el artículo 9 de la Ley 153 de 1887 [...] [S]e infiere con claridad que todas las normas infraconstitucionales existentes para la fecha de promulgación de la Constitución de 1991 mantuvieron su vigencia, salvo aquellas manifiestamente contrarias al contenido material de esta Constitución. [...] El análisis constitucional por el factor de la competencia, debe hacerse frente al ordenamiento constitucional vigente al momento de la expedición de la ley o del reglamento. Es decir, las normas expedidas por las autoridades competentes bajo la antigua Constitución de 1886 mantienen su vigencia, hasta que la nueva autoridad competente, a la luz de la Constitución de 1991, las derogue de forma tácita o expresa. [...] [D]ebe tenerse en cuenta que la Ley 588 de 2000, «por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial», al establecer las reglas relativas al concurso para proveer los cargos de notarios, derogó expresamente, en el artículo 11, los artículos 164, 170, 176, 177 y 179 del Decreto Ley 960 de 1970. Fuerza concluir, entonces, que no se derogó el artículo 178, que contiene el derecho de preferencia derivado de las obligaciones y derechos de la carrera notarial. Ello significa, que el numeral 3 de este precepto, reglamentado por el acto acusado, no puede entenderse derogado ni subrogado por normas posteriores [...] [L]a Ley 588 de 2000 reglamentó, entre otros asuntos, el nombramiento de los notarios en propiedad y algunas disposiciones relativas a la carrera notarial, sin agotar por completo la materia. Luego, estas últimas disposiciones deben ser concordadas con las obligaciones y los derechos por pertenecer a la carrera notarial, establecidas en el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, entre ellos el derecho de preferencia, tantas veces mencionado. Por lo expuesto en este acápite, no prospera el primer cargo de nulidad propuesto por el demandante sobre la derogatoria de la norma reglamentada por inconstitucionalidad sobreviniente. [...]”

DERECHO DE PREFERENCIA DE LOS NOTARIOS / COMPETENCIA DEL GOBIERNO PARA REGLAMENTAR LA MATERIA / VIOLACIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 131 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“[...] El Decreto 2504 de 2014 fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria otorgada en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, y se fundamentó en el artículo 131 de la Constitución Política. [...] [E]l artículo 131 de la Constitución le otorgó al Congreso, además de su función propia legislativa, la facultad de reglamentar, con fuerza de ley, aquellas materias de la actividad notarial. Lo que significa que la intención del constituyente fue la de otorgar a esta corporación legislativa la reglamentación integral de toda la materia, salvo lo concerniente a la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro de las notarías, materia que es de competencia exclusiva del Gobierno nacional. En concordancia con lo anterior, el legislador estableció un conjunto de normas de

carrera notarial para el ingreso a este servicio público en el Decreto Ley 960 de 1970, en la Ley 588 de 2000 y en el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, acusado, que pretende reglamentar el derecho de preferencia de este sistema de carrera. No cabe duda, entonces, de que la materia regulada en el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, está directamente relacionada con la reserva legal del artículo 131 de la Constitución Política. [...] Por lo expuesto, la Sala considera que el decreto acusado no podía reglamentar ni modificar ningún aspecto concerniente al nombramiento de los notarios en propiedad ni asunto alguno derivado de la carrera notarial, como son las obligaciones y derechos derivados de este sistema, por cuanto, como lo ha sostenido esta Sala, de tiempo atrás, sobre estas materias, por mandato constitucional, existe reserva legal. Dicho de otra manera, los asuntos del servicio público que prestan los notarios, entre ellos los aspectos de la carrera notarial, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones; únicamente mediante leyes expedidas por el Congreso o por medio de decretos con fuerza de ley, expedidos por el ejecutivo. En consecuencia (...) es necesario que las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal, de lo contrario vulnerarían la Constitución. [...] La Sala encuentra fundado el segundo cargo expuesto en la demanda de nulidad contra el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, por violación directa del artículo 131 de la Constitución Política. Por consiguiente, se impone declarar su nulidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01431-00(4668-14)

Actor: PEDRO LEONARDO REYES VEGA

Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

Referencia: NULIDAD DEL DECRETO 2054 DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014, EXPEDIDO POR EL GOBIERNO NACIONAL

La Sala procede, en ejercicio de la competencia atribuida por el numeral 1 del artículo 149 del CPACA, a decidir sobre la demanda de nulidad interpuesta contra el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, «por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970».

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el ciudadano Pedro Leonardo Reyes Vega solicitó declarar la nulidad del Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, «por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970», relacionado con el derecho de preferencia para ocupar otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante.

1.1.2. Fundamentos de derecho

Como apoyo de su pretensión, el demandante adujo los siguientes cargos de violación:

i) El artículo 131 de Constitución Política instituye la función notarial como un servicio público, en el que se advierte una de las modalidades de la descentralización por colaboración, ya que la prestación de este servicio y las funciones inherentes han sido encomendadas, de manera permanente, a particulares.

ii) La Corte Constitucional ha establecido como notas distintivas de la actividad notarial, que se trata de un servicio público, a cargo de particulares, quienes actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración, que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto son depositarios de la fe pública, investidos de autoridad, sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas, en sentido subjetivo u orgánico.¹

iii) La Constitución Política de 1991 hizo una distribución de competencias en materia de notariado y registro, pues mientras en el régimen anterior las atribuciones generales estaban reservadas a la ley, la nueva Carta atribuyó unas competencias a la ley y otras al Gobierno, como la de determinar el número de notarios, que equivale a la creación de notarías.

¹ Citó la sentencia C-863 de 2012, en concordancia con las sentencias C-181 de 1997 y C-741 de 1998.

iv) En consecuencia, de la facultad atribuida a la ley para la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, debe entenderse excluido lo relativo a la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro, pues estas últimas facultades le fueron entregadas, a diferencia del régimen anterior, directamente al Gobierno.

v) Por consiguiente, las normas legales que dentro del régimen constitucional anterior regulaban los aspectos precisos que hoy corresponden directa o constitucionalmente al ejecutivo, deben entenderse derogadas por la nueva constitución, por ser contrarias e incompatibles con ella, como es el caso de los artículos 123, 125 y 131 del Decreto Ley 960 de 1970 y 17 de la Ley 29 de 1973, que establecían condiciones para la creación de notarías.

vi) Así las cosas, el ejecutivo no tiene hoy competencia alguna para reglamentar el 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, pues se trata de un asunto propio y exclusivo del legislador, es decir, de reserva de ley.

vii) Entonces, si las normas sobre estas materias, expedidas por el Gobierno nacional con anterioridad a la Constitución vigente, se deben entender derogadas o inconstitucionales, en cuanto no se circunscriben a sus precisas competencias actuales, con mayor razón debe ser retirada del ordenamiento jurídico cualquier norma que sea expedida por el ejecutivo en vigencia de la actual Carta Política, cuyo contenido material o formal se refiera a las precisas y exclusivas facultades del Congreso de la República.

viii) En ese sentido, el Decreto 2054 de 2014, por el cual se reglamenta el derecho de preferencia en la carrera notarial, usurpa las competencias del legislador y para nada se ocupa de las únicas facultades propias del Gobierno en estas materias, destinadas a la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

ix) En efecto, la finalidad del Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014 es reglamentar el derecho de preferencia en la carrera notarial y su trámite, el ingreso, las vacantes y otros aspectos concordantes, que nada tienen que ver con la creación, supresión

y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro; y resulta evidente que sí se refieren a las propias y exclusivas competencias del legislador, en cuanto corresponden a la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores.

1.2. Suspensión provisional

La parte demandante solicitó la suspensión provisional del decreto acusado, la cual sustentó en los mismos argumentos expuestos en el capítulo anterior, «fundamentos de derecho». La Sala Unitaria, mediante providencia del 22 de marzo de 2018² denegó la petición, debido a que el mencionado reglamento fue derogado por el Decreto 1069 de 2015 y, en consecuencia, la medida cautelar carecía de objeto, toda vez que la finalidad de esta herramienta judicial es evitar que el acto produzca efectos jurídicos.

1.3. La contestación de la demanda

La apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:³

i) Antes de cualquier consideración, y sin que ello sea óbice para un pronunciamiento sobre la validez del acto demandado, se pone de presente que el Decreto 2054 de 2014 fue derogado 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 versan sobre las mismas materias.

ii) El derecho de preferencia encuentra soporte en una disposición de carácter legal que se encuentra vigente —numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970—. El ejercicio de este derecho resulta acorde con la exigencia constitucional de concurso abierto para acceder al cargo de notario, y su aplicación constituye plena garantía del principio de igualdad de oportunidades para acceder a su ejercicio.

² Folios 24 a 31 del cuaderno respectivo

³ Folios 87 a 89

iii) El Decreto 2054 (compilado en el Decreto 1069 de 2015) fue expedido en legal forma y por la autoridad competente, 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, con el objeto y finalidad precisa de reglamentar la forma en que los notarios de carrera deben ejercer el derecho de preferencia previsto en el Decreto 960 de 1970.

iv) La expedición del Decreto 2054 de 2014 se justificó expresamente en sus considerandos, al señalar que resultaba procedente reglamentar el derecho de preferencia en cuanto a su aplicación, vigencia y extinción, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en el ejercicio de la función nominadora. Ello, debido a los inconvenientes de índole operativa, por la ausencia de regulación específica atinente a su oportunidad, trámite y requisitos de solicitud. La norma pretende regular específicamente los requisitos de legitimación para el ejercicio del derecho, circunscritos a la condición de notario en propiedad.

v) Carece de fundamento el cargo principal de la demanda, según el cual, no existe en la legislación colombiana disposición legal que sustente el derecho de preferencia para ocupar otra notaría que se encuentre vacante. Al respecto, la Ley 588 de 2000, por la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial, reitera el mandato constitucional del artículo 131, en virtud del cual, el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso de méritos; por ello, procedió a derogar expresamente algunas disposiciones del Estatuto de Notariado que resultaban incompatibles con dicha 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.

vi) En ese sentido, no hay duda de que el numeral 3 del artículo 178, reglamentado por el decreto acusado, no puede entenderse subrogado ni derogado por las normas posteriores que hacen exigible el concurso abierto para acceder al cargo de notario, pues su contenido normativo implica la pertenencia a la carrera notarial. En consecuencia, no puede afirmarse que la norma reglamentada ha sufrido una supuesta subrogación, que el demandante, de manera equivocada, asimila a derogatoria, 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, el cual se encuentra vigente.

1.4. La audiencia inicial

En esta diligencia, que se realizó el 26 de noviembre de 2018, se declaró saneado el proceso y se fijó el litigio en los siguientes términos:⁴

[...] la pretensión se contrae a la declaratoria de nulidad del Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, «por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1979», relacionado con el derecho de preferencia para ocupar otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante.

El demandante consideró que con el acto acusado el gobierno se arrogó una competencia que no le pertenece, pues la reglamentación del servicio público que prestan los notarios es una potestad que es propia del legislador.

Alegó que se desconoció el artículo 131 de la Constitución Política, y la norma debe ser retirada del ordenamiento jurídico por haber sido expedida por el «ejecutivo», por cuanto en vigencia de la actual «Carta Política», dicha preceptiva contiene un «contenido material y formal» que se «refiere a las precisas y exclusivas facultades del Congreso de la República».

En síntesis, el problema jurídico a resolver se contrae a definir sobre la constitucionalidad y legalidad del decreto demandado que el actor alega está incurso en las causales de anulación de: violación de los principios y las normas superiores en que ha debido fundarse e incompetencia, que es el cargo principal.

Las partes y el ministerio público estuvieron de acuerdo con la fijación del litigio.

1.5. Los alegatos de conclusión

1.5.1. La entidad demandada

El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda y, sobre el contenido de las disposiciones del decreto acusado, acerca de la vacancia y causales de retiro de los notarios, manifestó lo siguiente:⁵

i) El artículo 4 del Decreto 2054 de 2014, al señalar las causales por las cuales se predica vacante una notaría, de manera alguna crea o establece de forma autónoma esas causales, pues claramente lo que hace es recurrir al marco normativo señalado previamente por el legislador. El hecho de 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.

⁴ Folios 108 a 112

⁵ Folios 124 a 128

ii) El hecho de que el artículo 5 del decreto acusado disponga que procede el 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 político-administrativa otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante, no lo vicia 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 de los notarios, por el hecho de pertenecer a la carrera notarial.

iii) El artículo 6 del Decreto 2054 de 2014, al establecer requisitos para el ejercicio del derecho de preferencia, no resulta contrario a lo dispuesto en el Decreto Ley 960 de 1970, en tanto su artículo 178, numeral 3, establece tales requerimientos para desplegar el referido derecho, y la exigencia de que la notaría pretendida se encuentre vacante resulta ser una reclamación necesaria y apenas lógica para dicho efecto.

1.5.2. El demandante

El señor Pedro Leonardo Reyes Vega recorrió el término para alegar y reiteró los argumentos invocados en la demanda.⁶ Agregó los siguientes:

i) La Constitución Política le confirió al concurso el máximo valor, puesto que lo convirtió en la única posibilidad para ser notario en propiedad. Ello se explica por ser la actividad de los notarios la prestación de un servicio público y no el simple desempeño de tareas privadas reguladas por el Estado.

ii) El concurso es un procedimiento para garantizar el derecho a la igualdad, en la medida en que el criterio determinante para acceder a una posición se vuelve el mérito evaluado, con base en los resultados objetivos de la competencia entre los participantes, y excluye, por lo tanto, consideraciones subjetivas de tipo familiar, filosófico, religioso o político.

iii) El que un notario no sea remplazado mediante concurso, desconoce que la exigencia del artículo 131, inciso 2, de la Constitución Política, excluye que los

⁶ Folios 498 a 520

nombramientos de notarios se sigan haciendo con base en privilegios, lo cual viola también el derecho a la igualdad.

1.6. Intervención del Ministerio Público

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Expuso los siguientes argumentos:⁷

i) La Carta Política, dentro de la asignación de competencias, establece las atribuciones del presidente de la República, entre las que se encuentra el reconocimiento de una facultad administrativa, condicionada y sujeta a las definiciones normativas de la ley, que establece los principios y reglas generales para su debida ejecución.

ii) El poder reglamentario del ejecutivo no es absoluto, sino limitado, en la medida en que debe someter su regulación a los presupuestos que le fijen la Constitución y la ley, es decir, que no puede contradecirlos, sobrepasarlos o cambiarlos, porque de ser así, viola de nulidad el acto por exceder dicha facultad.

iii) Es cierto que el artículo 131 de la Constitución Política fijó la competencia en materia notarial en el Congreso y en el ejecutivo. Al primero, le asignó la reglamentación general del servicio público de los notarios y registradores, mientras que, al segundo, la creación, supresión y fusión de las notarías y oficinas de registro. Sin embargo, no es menos cierto que también utilizó disposiciones de carácter legal para sustentar el acto acusado, en este caso, para regular lo concerniente al derecho de preferencia que corresponde a una normativa que le permitía cumplir con el ejercicio de la facultad reglada, pues el numeral 3 del artículo 178 del Decreto 960 de 1970 autoriza al Gobierno nacional para desarrollar el tema.

iv) El Decreto 960 de 1970 fue expedido con base en las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso al presidente de la República, mediante la Ley 8 de 1969 y comprende una materia específica y organizada respecto al tema notarial. En consecuencia, la prohibición que contempla el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, se refiere a la imposibilidad de conceder facultades extraordinarias al presidente para cambiar lo esencial de la materia que regula, por

⁷ Folios 170 a 182

tratarse de una competencia asignada de manera exclusiva al legislador, presupuesto que se equipara a lo previsto en el numeral 10 del artículo 76 de la anterior Carta Política, y por el cual el legislador, a través de la Ley 8 de 1969, autorizó al ejecutivo para expedir el Decreto Ley 960 de 1970 para regular el Estatuto de Notariado y Registro.

v) La Corte Constitucional, en Sentencia SU-250 del 26 de mayo de 1998, concluyó que el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 estaba vigente y, por tanto, podía convocar los concursos para proveer los cargos de notarios, pues de lo contrario se estaría desconociendo el artículo 131 de la Carta Política que dispone, precisamente, que la vinculación de estos funcionarios se debe hacer a través del proceso de selección.

vi) De modo, que si bien con la Constitución de 1991 se modificó la competencia en materia notarial, que era exclusiva del Congreso, y se asignó un aspecto de ella al ejecutivo, como una forma de distribuir la facultad reglamentaria, no significa que ciertos temas que continuaron en cabeza del Congreso hayan sido derogados, como lo entiende el demandante, y, por ende, no quedaron vedados de la reglamentación por parte del ejecutivo, en la medida en que estas leyes se encuentran vigentes, a diferencia de la competencia que le asignó directamente el artículo 131 de la Carta Política al ejecutivo.

2. Consideraciones

Cuestión previa

Antes de plantear el problema jurídico, la Sala debe advertir que el Decreto 2504 del 16 de octubre de 2014 fue derogado de manera expresa por el artículo 3.1.1.⁸

⁸ Artículo 3.1.1. Derogatoria integral. Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. **Por consiguiente, de conformidad con el artículo 3o de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Justicia y del Derecho que versan sobre las mismas materias**, con excepción, exclusivamente, de los siguientes asuntos:

1) No quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos relativos a la creación y conformación de comisiones intersectoriales, comisiones interinstitucionales, consejos, comités, sistemas administrativos y demás asuntos relacionados con la estructura, configuración y conformación de las entidades y organismos del sector administrativo. En particular se exceptúan de la derogatoria integral las siguientes normas reglamentarias: Decretos 2817 de 1974, 1320 de 1997, 3110 de 2007, 697 de 1999, 1733 de 2009, 261 de 2010 modificado por el Decreto 491 de 2012, 2374 de 2010, 1829 de 2013 artículos 62 a 79, 20 de 2013 y 2055 de 2014.

2) Tampoco quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos que desarrollan leyes marco.

3) Igualmente, quedan excluidas de esta derogatoria las normas de naturaleza reglamentaria de este sector administrativo que, a la fecha de expedición del presente decreto, se encuentren suspendidas

del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho». Este estatuto compiló las disposiciones del Decreto 2504 de 2014 en el Título 6, Capítulo 3 —Derecho de Preferencia.

Lo anterior significa, que desde el día 26 de mayo, cuando se publicó en el Diario Oficial el Decreto 1069 de 2015, el ordenamiento acusado dejó de producir efectos jurídicos. Sin embargo, es preciso un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad, pues al momento de instaurarse la demanda en esta Corporación (5 de noviembre de 2014)⁹ la norma acusada se encontraba vigente, ya que solo vino a desaparecer de la vida jurídica, por su derogatoria, como se dijo anteriormente, el 26 de mayo de 2015.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que cuando en el curso del proceso los actos de contenido general acusados son derogados, el juez debe pronunciarse sobre su legalidad o ilegalidad, pues solo así se logra el propósito de mantener el orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, la que se recobra no con la derogatoria de la norma, sino con el pronunciamiento definitivo del juez contencioso, ya que es este quien declara su conformidad o no con la normatividad jurídica, y es dicho pronunciamiento el que puede incidir sobre los efectos que produjo la norma mientras estuvo vigente.¹⁰

por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las cuales serán compiladas en este decreto, en caso de recuperar su eficacia jurídica.

Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto compilatorio. (Negrita no es del texto).

⁹ Folio 11 vuelto

¹⁰ Sobre este aspecto, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia del 14 de enero de 1991, expediente No. S-157, consejero ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, sostuvo:

«Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho, ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales

También ha dicho que tal pronunciamiento de mérito solo puede darse tratándose de actos de contenido general que existan al momento de presentarse la demanda, comoquiera que la existencia del acto es presupuesto indispensable para demandar su nulidad. Si falta ese presupuesto procesal de la demanda, como es la existencia del acto administrativo, la decisión no puede ser sino inhibitoria, por sustracción de materia, situación que no acontece en esta litis, pues la norma acusada sí estaba vigente al momento de impetrarse la demanda.¹¹

2.1. Problema jurídico

De acuerdo con los planteamientos del demandante, el problema jurídico se contrae a establecer: (i) si las disposiciones del Decreto Ley 960 de 1970, relativas al servicio público notarial, deben entenderse derogadas por resultar contrarias a las nuevas competencias asignadas al Congreso y al Gobierno nacional en el artículo 131 de la Constitución Política, y ii) si el Decreto 2504 de 2014, por el cual se reglamentó el derecho de preferencia de los notarios para ocupar una notaría que se encuentre vacante, está viciado de nulidad, por la presunta falta de competencia del Gobierno para reglamentar la materia, en tanto su regulación le corresponde exclusivamente al legislador.

2.2. El decreto demandado

El Decreto 2504 de 2014 fue expedido por el presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria (numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política). Tuvo como objeto y ámbito de aplicación (artículo 1) reglamentar el derecho de preferencia del numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970¹², previsto para los notarios que han ingresado a la carrera notarial. En las disposiciones generales del capítulo II (artículos 2 a 4) se precisó que:

actos particulares, por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podía controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo».

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 19 de septiembre de 2002. Radicado 255-00. Consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.

¹² Artículo 178. El pertenecer a la carrera notarial implica: 1. Derecho a permanecer en la misma Notaría dentro de las condiciones del presente estatuto. 2. Derecho a participar en concursos de ascenso. 3. **Preferencia para ocupar, a solicitud propia y dentro de la misma circunscripción político - administrativa, otra Notaría de la misma categoría que se encuentre vacante.** 4. Prelación en los programas de bienestar social general y en los de becas y cursos de capacitación y adiestramiento. La permanencia en la carrera está subordinada a la continuidad en el servicio, salvo el caso de licencia. (Subraya la Sala).

- los notarios beneficiados con el derecho de preferencia son los posesionados y nombrados en propiedad, es decir, los que hubiesen superado todas la etapas del concurso;
- para efectos del ejercicio del derecho de preferencia, la circunscripción político-administrativa, que menciona la norma reglamentada, «corresponde al departamento o al Distrito Capital de Bogotá en el cual se encuentre la notaría de la cual es titular el notario que ejerce el derecho»; y
- el derecho de preferencia se puede ejercer cuando exista una vacancia absoluta de un empleo de notario, por cualquiera de las causales establecidas en la ley.

El capítulo III del Decreto 2504 de 2014 reglamentó, de los artículos 5 al 8, la procedencia, los requisitos y el trámite de la solicitud del derecho de preferencia, y, en el artículo 9, señaló un periodo de transición para las solicitudes presentadas con anterioridad a la vigencia de la norma reglamentaria.

El siguiente es el texto del Decreto 2504 de 2014:

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO
DECRETO NÚMERO 2054 DE 2014

Por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970

EI PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el artículo 131 y 189 Numeral 11 de la Constitución Política, y en desarrollo del Decreto-Ley 960 de 1970, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 131 de la Constitución Política dispone que el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso, y que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores.

Que el numeral 3° del artículo 178 del Decreto - Ley 960 de 1970 establece que el 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.

Que el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 establece que la carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior.

Que se considera 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.

En mérito de lo expuesto.

DECRETA:

CAPÍTULO I. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. Objeto y Ámbito de Aplicación. El presente capítulo tiene por objeto reglamentar la forma en que los notarios que han ingresado a la carrera notarial procederán a ejercer el derecho de preferencia previsto en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto-ley 960 de 1970.

CAPITULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2. Ingreso a la Carrera Notarial. Se entenderá que ha ingresado a la carrera notarial, aquel aspirante que por el hecho de superar todas las etapas de un concurso público y abierto de méritos y en consecuencia encontrarse incluido en la lista de elegibles vigente conformada para un determinado círculo notarial, sea nombrado en propiedad como Notario, acepte su designación y tome posesión del cargo.

Artículo 3. Circunscripción Político-Administrativa. Para efectos del ejercicio del derecho de preferencia en los términos establecidos en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto-ley 960 de 1970, se entiende que la circunscripción político-administrativa en la cual puede ejercerse el mencionado derecho de preferencia corresponde al departamento o al Distrito Capital de Bogotá en el cual se encuentre la notaría de la cual es titular el notario que ejerce el derecho.

PARÁGRAFO. Los notarios del Círculo Notarial de Bogotá, D. C., solo podrán ejercer derecho de preferencia dentro del Distrito Capital.

Artículo 4. Vacante. Se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas establecidas en la ley conforme a las cuales se presenta una falta absoluta del notario. De conformidad con lo anterior las causales son las siguientes:

1. Muerte.
2. Renuncia aceptada.
3. Destitución del cargo.
4. Retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años <Numeral derogado por el artículo 4 de la Ley 1821 de 2016>
5. Declaratoria de abandono del cargo.
6. Ejercicio de cargo público no autorizado por la ley.

PARÁGRAFO 1o. En el caso establecido en el numeral 1 se entenderá la vacancia desde la fecha de defunción del notario, según conste en el respectivo Registro Civil de Defunción.

PARÁGRAFO 2o. En los casos señalados en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 la fecha de la vacante estará determinada por el acto administrativo que acepte la renuncia, declare la destitución, retire al notario por cumplir la edad de retiro forzoso, declare el abandono del cargo o el ejercicio de cargo público no autorizado por la ley, respectivamente.

PARÁGRAFO 3o. También se produce la vacancia cuando el notario sea retirado del cargo por acto administrativo por ser declarado en interdicción judicial o cuando

caiga en ceguera o sufra cualquier otro quebranto de salud física o mental permanente que implique notoria disminución del rendimiento en el trabajo, o enfermedad que lo inhabilite por más de ciento ochenta días. El estado físico o mental deberá ser certificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de que trata la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1352 de 2013 o las disposiciones que lo compilen, modifiquen, sustituyan o deroguen.

CAPITULO III. SOLICITUD Y TRÁMITE

Artículo 5. Procedencia de la Solicitud. El ejercicio del derecho de preferencia será procedente en aquellos eventos en los que el notario se encuentre en carrera notarial y en consecuencia solicite ocupar, dentro de la misma circunscripción política-administrativa, otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante.

PARÁGRAFO 1o. La solicitud será tramitada únicamente cuando al momento de presentarse se constate que la notaría respecto de la cual se quiere ejercer el derecho de preferencia se encuentre vacante de conformidad con las causales establecidas en el artículo 4º del presente decreto.

No procederá el derecho de preferencia cuando en la notaría que se pretende exista notario en interinidad.

PARÁGRAFO 2o. Se exceptuarán de la regla prevista en este artículo las notarías pertenecientes a los círculos que expresamente hayan sido convocadas a concurso público mediante Acuerdo, para las cuales no podrá ejercerse el derecho de preferencia.

PARÁGRAFO 3o. En los eventos en que para un determinado círculo notarial exista lista de elegibles vigente, las notarías que resulten vacantes durante la vigencia de la misma serán provistas prevalentemente por notarios que se encuentren en carrera notarial, en ejercicio del derecho de preferencia, y en su reemplazo serán designados quienes estén en lista de elegibles.

Artículo 6. Requisitos de la Solicitud. Las solicitudes de ejercicio del derecho de preferencia deberán ser dirigidas al Consejo Superior a través de su Secretario Técnico. Para que dicha solicitud sea procedente deberá cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:

1. El notario que haga la solicitud deberá hacerlo a nombre propio y encontrarse en carrera notarial.
2. La solicitud debe ejercerse para una notaría de la misma circunscripción político-administrativa en la que funja como notario en propiedad aquel que ejerce el derecho de preferencia.
3. La notaría a la que se pretende acceder debe ser de la misma categoría que ocupa el notario que ejerce el derecho de preferencia y encontrarse vacante al momento de presentarse la solicitud.

PARÁGRAFO. Podrá ejercerse el derecho de preferencia sobre varias notarías, siempre y cuando se dé estricto cumplimiento a lo establecido en el presente capítulo.

Artículo 7. Trámite de la Solicitud. El Secretario Técnico del Consejo Superior verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente capítulo, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

1. Verificará la totalidad de solicitudes que se hayan presentado para ocupar una misma notaría en el ejercicio del derecho de preferencia.

2. Si existen dos o más solicitudes que cumplan los requisitos, primará aquella presentada por el notario que haya ingresado primero a la carrera notarial, sin considerar la categoría con la cual ingresó a esta.

3. Se comunicará al notario respectivo los resultados del estudio, quien contará con un término de tres (3) días hábiles para aceptar o rechazar su postulación.

4. Aceptada la postulación por el notario con mejor derecho, el secretario técnico remitirá al Ministerio de Justicia y del Derecho o a los gobernadores, según corresponda, los documentos pertinentes para que se proceda al nombramiento respectivo.

PARÁGRAFO 1o. En todo caso el Consejo Superior establecerá el procedimiento operativo que se requiera para implementar la presente reglamentación.

PARÁGRAFO 2o. El nombramiento en ejercicio del derecho de preferencia no implica, ascenso, escalafonamiento del notario o pérdida de los derechos de carrera.

Artículo 8. AGOTAMIENTO DE LA SOLICITUD. El derecho de preferencia se entenderá agotado frente a una determinada notaría con la manifestación de aceptación, rechazo expreso o tácito derivado del hecho de no emitir respuesta en el término concedido al notario o con la expedición del acto administrativo de nombramiento.

Cuando se efectúe el nombramiento de un notario en una notaría como resultado del derecho de preferencia, las demás solicitudes perderán vigencia en lo que hace referencia a dicha notaría.

CAPITULO IV. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 9. Solicitudes Actuales. Las solicitudes presentadas con anterioridad a la vigencia de este decreto solo serán tenidas en cuenta respecto de aquellas notarías que a la fecha se encuentren vacantes de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del presente decreto.

En todo caso para efectos de determinar la prelación entre las solicitudes se dará aplicación a lo establecido en el artículo 7 del presente decreto.

Artículo 10. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.¹³

2.3. Análisis de la Sala

2.3.1. Primer cargo de la demanda

El demandante alega que el Decreto 2504 de 2014 es inconstitucional, porque se fundamentó en una normativa expedida en desarrollo de la Constitución de 1886 que, estima, se encuentra derogada por ser incompatible con las nuevas competencias de la Constitución de 1991, conferidas para la reglamentación del servicio público que prestan los notarios.

¹³ Mayúsculas sostenidas del texto

2.3.1.1. Sobre el tránsito constitucional y la vigencia del artículo 178 del Decreto 960 de 1970

El Decreto Ley 960 de 1970 que consagra, entre otros, el derecho de preferencia, lo expidió el Gobierno nacional, «en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 8.^a de 1969». Respecto de las facultades extraordinarias concedidas por esta ley al Gobierno nacional, para regular, entre otras materias, la función notarial, la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia del 26 de junio de 2018, analizó lo siguiente:¹⁴

De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de junio de 1979, parcialmente trascrita, la Ley 8 de 1969¹⁵ estuvo ajustada a la Constitución de 1886, en el entendido de que las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, a través de dicha ley, eran claras y precisas, por cuanto a través suyo el Congreso de la República facultó al Gobierno Nacional para regular lo concerniente a la estructura de la administración pública y el servicio público, materias en las que se enmarcaba la función notarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 de la Constitución de 1886, que establecía que competía a la ley la creación y supresión de círculos de notaría y registro, así como la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores; facultad que, según la providencia trascrita, podía ser perfectamente delegada «*pro tempore*» al Gobierno Nacional.

En conclusión, al haber sido declarada exequible la ley de concesión de facultades extraordinaria, esto es, la Ley 8 de 1969,¹⁶ lógicamente se infiere, que el Decreto Ley 960 de 1970,¹⁷ expedido al amparo de la referida ley, no se encuentra afectado por inconstitucionalidad, al menos respecto de los cargos propuestos en la demanda que originó el proceso sub iudice, que como pudo apreciarse, fueron los mismos que estudió la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia de 21 de junio de 1979.

Para la fecha en que se expidió el Decreto Ley 960 de 1970 se encontraba vigente el artículo 188 de la Constitución de 1886, que disponía: «compete a la ley la creación y supresión de Círculos de Notaría y Registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores». Luego, la Constitución de 1991, en su artículo 131, modificó la competencia señalada en la constitución anterior y realizó un reparto de competencias, en materia notarial, entre el Congreso y el Gobierno Nacional, así:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01101-00(4970-15), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁵ Por la cual se conceden al Presidente de la República facultades extraordinarias para reformar los sistemas de Notariado, Registro de Instrumentos, Catastro, Registro del Estado Civil de las Personas y de Constitución, transmisión y registro de derechos reales y trabas sobre vehículos automotores, Reglamentos de Policía Vial y de Circulación para cumplir lo estatuido hoy en el artículo 92 de la Codificación Constitucional vigente.

¹⁶ *Ib.*

¹⁷ Por el cual se expide el Estatuto de Notariado.

Artículo 131. 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.

El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso.

Corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

Como se observa, el nuevo ordenamiento superior, para la regulación del servicio público notarial, realizó un nuevo reparto de competencias en el sentido de trasladar al ejecutivo la facultad de reglamentar lo concerniente a la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro, de las notarías y de las Oficinas de Registro.

Si bien la Constitución de 1991 mantuvo la competencia del Congreso, para la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la Carta le asignó, adicionalmente, al poder legislativo, las facultades reglamentarias «para la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías».

Es de resaltar, que por el solo hecho de entrar en vigor la Constitución de 1991, no se puede sostener, *prima facie*, como lo hace el demandante, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente del Decreto Ley 960 de 1970, porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de todas las normas expedidas bajo la Constitución derogada¹⁸.

Esta afirmación tiene fundamento en el artículo 9 de la Ley 153 de 1887, que fija el siguiente criterio hermenéutico con ocasión de la entrada en vigencia de una nueva Constitución:

Artículo 9. La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. **Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente.**

La inconstitucionalidad sobreviniente se predicará sólo respecto de leyes vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución y como se ha afirmado tantas veces, **produce un fenómeno jurídico asimilado parcialmente a la derogatoria.** (Negritas de la Sala).

¹⁸ Sobre este punto vale la pena mencionar que, a partir de la publicación de la Constitución de 1991, quedó derogada la Carta anterior, conforme al artículo 380 de la Constitución vigente: «Artículo 380. Queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas. Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación».

De la anterior regla se infiere con claridad que todas las normas infraconstitucionales existentes para la fecha de promulgación de la Constitución de 1991 mantuvieron su vigencia, salvo aquellas manifiestamente contrarias **al contenido material de esta Constitución.**

Ahora bien, las normas constitucionales que otorgan competencias no pueden interpretarse bajo el mismo criterio hermenéutico del artículo 9 de la Ley 153 de 1887. El análisis constitucional por el factor de la competencia, debe hacerse frente al ordenamiento constitucional vigente al momento de la expedición de la ley o del reglamento. Es decir, las normas expedidas por las autoridades competentes bajo la antigua Constitución de 1886 mantienen su vigencia, hasta que la nueva autoridad competente, a la luz de la Constitución de 1991, las derogue de forma tácita o expresa.

Así lo han expuesto esta Corporación,¹⁹ la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional:

Finalmente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados territoriales, en términos de la Corte Constitucional,²⁰ quedó de forma concurrente, así:

“Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.”

Así las cosas, como lo advirtió el Tribunal, la nueva Carta de 1991, reservó la facultad de fijar el régimen salarial de los empleados públicos en cabeza del Congreso y del Gobierno Nacional, sin perjuicio de la competencia asignada a las Asambleas departamentales y a los Concejos Municipales para determinar las escalas salariales. Esta Corporación ha sostenido²¹ que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales o factores salariales.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de julio de 2008, M.P. Gustavo Gómez Aranguren.

²⁰ Sentencia C-510/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²¹ Concepto 1518 M.P. Susana Montes de Echeverri.

En este orden de ideas, resulta evidente que hubo un cambio de competencia para fijar el régimen salarial de los empleados territoriales a partir del año de 1968, situación que se consolidó definitivamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

La primera conclusión a la que llega la Sala es que para el año de 1995, cuando la Asamblea Departamental de Boyacá, expidió la Ordenanza No. 48, que según la parte actora derogó la Ordenanza No. 23 de 1959, sin duda, quebrantó el nuevo orden constitucional y legal, pues al modificar el régimen salarial de los empleados departamentales, se arrogó facultades que estaban ya en cabeza del Congreso y en especial del Gobierno Nacional, siendo aplicable la excepción de inconstitucionalidad, y por ende queda la Ordenanza 23, con plena validez y eficacia.

Ahora bien, como lo advierte el recurrente por el solo hecho de entrar en vigencia la Constitución de 1991, no se puede afirmar, prima facie, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente de la Ordenanza No. 23 de 1959, porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de todas las normas expedidas bajo la Constitución derogada. Este aserto se esgrime con fundamento en el artículo 9º de la ley 153 de 1887, que fija el criterio hermenéutico a la entrada de una nueva Constitución:

“Artículo 9º. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. **Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente**”.

“La inconstitucionalidad sobreviniente se predicará sólo respecto de leyes vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución y como se ha afirmado tantas veces, **produce un fenómeno jurídico asimilado parcialmente a la derogatoria**.” (Negritas de la Sala).

De lo anterior, surge una regla para la aplicación de las normas expedidas bajo una constitución derogada, cual es realizar un juicio de dichas normas frente a la Carta Constitucional vigente, de manera que sí resulta claramente contraria a su letra o a su espíritu, según la ley, se entenderá derogada.

Sin embargo, debe atenderse también el desarrollo de la jurisprudencia constitucional²² sobre el tema, que advierte que cuando la nueva Constitución cambia una competencia, no se puede aducir que exista entre el contenido de la nueva disposición y las demás normas preexistentes una contradicción a la letra o al espíritu de la nueva Carta, porque las normas expedidas por una autoridad que era anteriormente competente a la luz de la anterior Constitución, conservan su vigencia hasta tanto la nueva autoridad a la que le fue atribuida dicha competencia la ejerza y expida una nueva reglamentación. Estas fueron algunas razones de la Corte:

“(…) tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación han tenido ya ocasión de expresar que el análisis debe realizarse conforme al ordenamiento constitucional vigente en el momento en que fueron conferidas las facultades, tal como se desprende de los pronunciamientos expuestos sobre la materia que a continuación se transcriben:

(…) considera la Corporación que la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. Mal

²² Sentencia C-014 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón.

podrían enervarse los efectos de lo que en su momento estuvo correctamente ejercido desde el punto de vista de la competencia, por el solo hecho de que en un momento ulterior se produjere un cambio normativo, pues ello equivaldría a asignarle efectos retroactivos al nuevo ordenamiento respecto de actos con cuya emisión, dentro del término y con los demás requisitos exigidos por el antiguo, ya se había consumado o agotado el ejercicio de la competencia correspondiente"

Téngase en cuenta además, que la validez formal de la expedición de un acto, en la que queda incluido el elemento de la competencia de su autor, depende, de acuerdo con criterios de aceptación general en materia de aplicación de la norma jurídica en el espacio y en el tiempo, de la ley vigente en el lugar o en el momento de su celebración, plasmadas en los conocidos aforismos 'locus regit actum' y 'tempus regit actum'. En otras palabras, la nueva ley sobre competencia y forma regirá "ex nunc" , no "ex tunc".

Así que en este preciso punto está lejos de tener cabida el fenómeno de la retroactividad de la nueva Constitución; al contrario, lo que sucede es que la de 1886 continúa proyectando efectos aún después de perder vigencia o aplicabilidad. Para el caso, los efectos de la norma de facultades se objetivan en los decretos de desarrollo, cuya supervivencia depende de aquella, entendiéndose de competencias y rituación".

Por otra parte, de optarse por una solución diferente se causarían traumatismos de incalculables consecuencias a la sociedad, al sumirla en la incertidumbre sobre la vigencia de gran parte del ordenamiento jurídico por el que se venía rigiendo. Piénsese por ejemplo, en lo que implicaría para el país la posible desaparición, de un momento a otro, de casi todos los códigos, expedidos -como han sido- en desarrollo de facultades extraordinarias que hoy, según el artículo 150-10 de la Constitución que hace poco entró en vigor, no pueden emplearse para semejante propósito; o la del sistema tributario nacional, condensado en el Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) que igualmente es fruto de esta clase de facultades, no utilizables tampoco a partir de la Constitución de 1991, para decretar impuestos en virtud del mismo precepto superior citado.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley 588 de 2000, «por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial», al establecer las reglas relativas al concurso para proveer los cargos de notarios, derogó expresamente, en el artículo 11, los artículos 164, 170, 176, 177 y 179 del Decreto Ley 960 de 1970.

Fuerza concluir, entonces, que no se derogó el artículo 178, que contiene el derecho de preferencia derivado de las obligaciones y derechos de la carrera notarial. Ello significa, que el numeral 3 de este precepto, reglamentado por el acto acusado, no puede entenderse derogado ni subrogado por normas posteriores.

Cabe aclarar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-421 de 2006,²³ declaró inexecutable la derogación expresa del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970,

²³ La derogatoria del artículo 164 del Decreto 960 de 1970 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-421-06 según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 31 de mayo de 2006, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, a partir de la fecha de promulgación de esta.

que hizo el artículo 11 de la Ley 588 de 2000. En esta sentencia, dicha Corporación reafirmó la tesis según la cual la regulación vigente sobre los aspectos de la función notarial y de la carrera notarial, en particular, se encuentran de forma concordada en el Decreto Ley 960 de 1970 y en la Ley 588 de 2000.

En efecto, la Ley 588 de 2000 reglamentó, entre otros asuntos, el nombramiento de los notarios en propiedad y algunas disposiciones relativas a la carrera notarial, sin agotar por completo la materia. Luego, estas últimas disposiciones deben ser concordadas con las obligaciones y los derechos por pertenecer a la carrera notarial, establecidas en el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, entre ellos el derecho de preferencia, tantas veces mencionado.

Por lo expuesto en este acápite, no prospera el primer cargo de nulidad propuesto por el demandante sobre la derogatoria de la norma reglamentada por inconstitucionalidad sobreviniente.

2.3.2. Segundo cargo de la demanda. Violación del artículo 131 de la Constitución Política.

El demandante alega que el ejecutivo desconoció la reserva legal consagrada en este artículo superior, por cuanto, conforme a este mandato constitucional, el Congreso tiene la potestad privativa y exclusiva para reglamentar todo lo relativo al servicio público que prestan los notarios, así como la definición de su régimen laboral.

2.3.2.1. Sobre la reserva legal consagrada en el artículo 131 de la Constitución Política.

El Decreto 2504 de 2014 fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria otorgada en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, y se fundamentó en el artículo 131 de la Constitución Política, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 131. 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.

El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso.

Corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

De acuerdo con este precepto, la actividad notarial es un servicio público y su ejercicio, como lo señala la misma norma, debe estar sometido a un régimen jurídico especial fijado por la ley. Como se sabe, este servicio público se presta a través de los notarios, bajo la figura de la descentralización por colaboración.

En tal sentido, la regulación de esta materia comprende, no solo la definición de la naturaleza jurídica de las funciones que desempeñan los notarios, sino también la forma en la cual se ejerce la «función fedante», lo que implica, la reglamentación, la implementación de unas condiciones y requisitos mínimos de los particulares para el desarrollo de esta función pública, la fijación de un régimen de incompatibilidades e inhabilidades, la determinación de las formas de ingreso para desarrollar esta actividad, entre otros aspectos.

En ese orden, la Sala encuentra que, en efecto, el artículo 131 de la Constitución le otorgó al Congreso, además de su función propia legislativa, la facultad de reglamentar, con fuerza de ley, aquellas materias de la actividad notarial. Lo que significa que la intención del constituyente fue la de otorgar a esta corporación legislativa la reglamentación integral de toda la materia, salvo lo concerniente a la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro de las notarías, materia que es de competencia exclusiva del Gobierno nacional.

En concordancia con lo anterior, el legislador estableció un conjunto de normas de carrera notarial para el ingreso a este servicio público en el Decreto Ley 960 de 1970, en la Ley 588 de 2000 y en el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, acusado, que pretende reglamentar el derecho de preferencia de este sistema de carrera. No cabe duda, entonces, de que la materia regulada en el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, está directamente relacionada con la reserva legal del artículo 131 de la Constitución Política.

Respecto del principio de reserva legal, el constituyente dispuso que determinadas materias sean directamente desarrolladas a través de la función legislativa. Esta garantía impide que sea por medio de la potestad reglamentaria que se produzca su regulación. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

45.- La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. Así, la determinación de dicha reserva en nuestro ordenamiento se ha contemplado en el texto constitucional, de manera general para los derechos fundamentales en el artículo 152 Superior. Incluso si los artículos en concreto de la parte sustancial de la Constitución no lo expresan explícitamente. De otro lado, también la reserva de ley se contempla para asuntos distintos a la regulación de los derechos fundamentales, en los casos en que las normas constitucionales así lo disponen de manera textual. El efecto de lo anterior es la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal²⁴, de lo contrario vulnerarían la Constitución.²⁵

La Corte Constitucional, en la mencionada sentencia C-421 de 2006, se refirió en concreto a la reserva legal del artículo 131 superior y su ámbito de aplicación para la carrera notarial, en los siguientes términos:

3.3. Los específicos mandatos constitucionales en relación con la reglamentación por el Legislador del servicio público que prestan los notarios y sobre su nombramiento en propiedad mediante concurso

De acuerdo con el artículo 131 de la Constitución *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.

Dicho artículo superior señala en su segundo inciso que el nombramiento de los notarios en propiedad *se hará mediante concurso*.

El tercer inciso del artículo establece que corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

Dicho artículo resulta pertinente concordarlo con el artículo 150 numeral 23 que señala que compete al Congreso expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

De dicha concordancia se desprende que en esta materia se estableció i) una clara reserva de ley²⁶ en cuanto a la reglamentación del servicio público que prestan los

²⁴ Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (artículos 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros.

²⁵ Sentencia C-1262 del 5 de diciembre de 2005

²⁶ En la Sentencia C-333 de 1993 la Corte hizo al respecto las siguientes consideraciones: "(...)Desde la anterior Constitución, la creación y reglamentación del servicio público de notariado y registro estaba sujeto a reserva de ley. En efecto, el artículo 188 disponía: "**Compete a la ley la creación y supresión de Círculos de Notaría y Registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores**".

(...) la norma propuesta fue la misma de la Constitución de 1886, adicionada con un inciso, según el cual "Los notarios serán nombrados mediante el sistema de concurso". Esta norma fue aprobada en la Comisión IV y como tal fue propuesta a plenaria en primer debate en la Asamblea Nacional Constituyente.

notarios, así como ii) que el mandato superior según el cual el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso está dirigido al Legislador como responsable de dicha reglamentación, en aras del cumplimiento de las finalidades previstas para el ejercicio de la función pública que cumplen los notarios.

Al respecto la Corporación ha precisado de manera reiterada que los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, ha de ser calificada como verdadera función pública²⁷.

En ese sentido la Corte ha destacado la importancia que tiene el establecimiento en la Constitución de 1991 del carácter obligatorio del concurso para poder acceder en propiedad a un cargo de notario. (Subrayas de la Sala)

Igualmente, esta Corporación, por violación de la reserva legal consagrada en artículo 131 del Constitución Política, declaró nulos los Decretos 1890 de 1999 y 2383 de 1999²⁸, «por medio de los cuales se reorganiza el Ministerio de Justicia y del Derecho y se dictan otras disposiciones sobre la materia, relacionadas con las entidades que integran el Sector Administrativo de Justicia» y «por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1890 de 1999», respectivamente.

En efecto, en el Decreto 1890 del 28 de septiembre de 1999, el Gobierno nacional, con fundamento en el ordinal 16 del artículo 189 de la Constitución Política, reglamentó, en su artículo 22, el Consejo Superior de la Carrera Notarial. Esta disposición fue, a su turno, modificada por el Gobierno nacional mediante el Decreto 2383 de 29 de noviembre del mismo año.

En la primera sentencia, del 12 de julio del 2001, la Sección Segunda señaló:

En la plenaria de la Asamblea se modificó la norma aprobada por la Comisión y se incluyó la parte relativa al aporte de las notarías como tributación especial en favor de la administración de justicia. La norma aprobada y que corresponde al número 131, es del siguiente tenor:

"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.

"El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso.

"Corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro".

Como se puede apreciar, la norma aprobada no es idéntica al artículo 188 de la CP de 1886. Si en la anterior disposición se encargaba a la ley tanto la creación y supresión de círculos notariales como la reglamentación y organización del servicio, en la actual, se realiza un reparto de competencias. En efecto, corresponde a la ley la reglamentación del servicio, la definición del régimen laboral y la tributación especial. Al Gobierno se le señala la obligación de crear, suprimir y fusionar los círculos de notariado y registro, así como la determinación del número de notarios y registradores."

²⁷ Ver Sentencia C-741 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido ver entre muchas otras la Sentencia C-574 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencias del 12 de julio del 2001, M.P. Jesús María Lemos Bustamante y del 29 de noviembre del mismo año, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

3º. La facultad para crear o modificar la estructura del Consejo Superior de la Carrera Notarial como órgano rector, es materia reservada al legislador pues conforme a la preceptiva de que trata el artículo 131 de la Constitución Política **“Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia”**.

Por su parte, el artículo 150, numeral 23 ibidem establece:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (“...”)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.

De la anterior preceptiva se infiere que el legislador tiene plena facultad para regular todo lo relacionado con el servicio de notariado, directamente o por delegación de facultades en el Gobierno Nacional, el que, por su parte, tiene competencia para crear, suprimir y fusionar los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

4º. El Consejo Superior de la Carrera Notarial que creó el Gobierno en la forma y con la composición ya descritas sólo puede tener el alcance de un cuerpo consultivo pero no puede administrar la carrera notarial ni mucho menos el concurso, ingreso y permanencia en ella.

5º. No es de recibo que a través de un decreto de carácter administrativo se determine la composición del órgano administrador de la carrera notarial, con gran injerencia del ejecutivo, pues tal proceder viola el mandato constitucional contenido en el artículo 131.” (negrillas del texto).

En la segunda sentencia, del 29 de noviembre del 2001, la Sala indicó:

3º La facultad para crear o modificar la estructura del Consejo Superior de la Carrera Notarial como órgano rector, es materia reservada al legislador pues conforme a la preceptiva de que trata el artículo 131 de la Constitución Política *‘Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia’*.

c) Lo dicho por esta Sala para declarar nulo el decreto 2383 de 1999, es exactamente aplicable al presente asunto y sirve para sustentar la nulidad pedida.

Por lo expuesto, la Sala considera que el decreto acusado no podía reglamentar ni modificar ningún aspecto concerniente al nombramiento de los notarios en propiedad ni asunto alguno derivado de la carrera notarial, como son las obligaciones y derechos derivados de este sistema, por cuanto, como lo ha sostenido esta Sala, de tiempo atrás, sobre estas materias, por mandato constitucional, existe reserva legal.

Dicho de otra manera, los asuntos del servicio público que prestan los notarios, entre ellos los aspectos de la carrera notarial, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones; únicamente mediante leyes expedidas por el Congreso o por medio de decretos con fuerza de ley, expedidos por el ejecutivo. En consecuencia, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, es necesario que las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal, de lo contrario vulnerarían la Constitución.²⁹

3. Conclusión

La Sala encuentra fundado el segundo cargo expuesto en la demanda de nulidad contra el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, por violación directa del artículo 131 de la Constitución Política. Por consiguiente, se impone declarar su nulidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase la nulidad del Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014 «por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970».

Sin condena en costas.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

²⁹ Sentencia C-1262 del 5 de diciembre de 2005

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.