

CONCURSO PUBLICO Y ABIERTO DE MERITOS – Nombramiento de Notarios

Primer Problema. ¿Excedió el ejecutivo la facultad reglamentaria y desconoció el artículo 131 constitucional, al haber señalado en la parte considerativa del Decreto 3454 de 2006 que el nombramiento de los notarios en propiedad se haría mediante concurso público y abierto de méritos? La respuesta a este problema jurídico debe ser negativa, porque, acorde con el primer mandato constitucional consignado, el ingreso al empleo de carrera, como lo es el de notario, debe hacerse a través de un proceso de selección que necesariamente debe ser público y abierto, pues no se concibe un concurso cerrado en el que los criterios objetivos y de mérito primen ante otro criterio, como lo sería el subjetivo si sólo pueden acceder a dicho concurso quienes ostenten la calidad de notarios.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 131

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3454 DE 2006

CONCURSO DE MERITO DE NOTARIOS – Certificación de conducta y antecedentes. Presunción de inocencia. Facultad reglamentaria

En punto a que con la exigencia de la certificación de conducta y antecedentes en los que conste la situación o definición de los procesos penales en los que el aspirante hubiere sido sindicado, tal y como lo afirma la demandante, se desconoce por el ejecutivo el contenido del artículo 4º parágrafo 2º de la Ley 588 de 2000 que el Decreto 3454 de 2006 reglamenta y se vulnera el 29 constitucional que dispone que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. En efecto encuentra la Sala que el ejecutivo está exigiendo un requisito que no se compadece con la ley que esta reglamentando y adicionalmente no se encuentra justificación alguna para la solicitud de esta certificación de conducta. Lo anterior, porque, en la Ley 588 de 2000, se describe como limitante y excluyente para el ingreso al concurso, únicamente la existencia de sentencia condenatoria sea esta de índole penal, disciplinaria o administrativa. Y al exigirse por el ejecutivo en el Decreto reglamentario una certificación de conducta o de antecedente de haber estado sindicado, le crea una carga más al aspirante y además, desconoce el principio de presunción de inocencia, dado que únicamente las sentencias condenatorias constituyen antecedente. En este orden de ideas, es evidente que el ejecutivo al consagrar y exigir esta certificación, desbordó la facultad reglamentaria en cuanto está yendo más allá del ámbito de aplicación de la norma, creando, como ya se ha dicho, un requisito adicional al que la norma que reglamenta contempla.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3454 DE 2006 – ARTICULO 4 PARAGRAFO 1

CONCURSO DE MERITOS DE NOTARIOS – Grabación de entrevista no vulnera el libre desarrollo de la personalidad. Ejercicio de la facultad reglamentaria

Acorde con este parágrafo no encuentra la Sala que al disponer el ejecutivo la grabación de la entrevista, se esté abrogando una competencia que la ley le otorga al organismo administrador de la carrera notarial, puesto que, lo que le compete a éste último es convocar y administrar el concurso en los términos dispuestos en la ley y sus decretos reglamentarios. Para el caso en concreto el artículo 4º de la Ley 588 de 2000 describe el tipo de pruebas e instrumentos de selección, incluyendo dentro de estos a la entrevista, que da al aspirante un

puntaje equivalente a 10 puntos producto de la evaluación de la personalidad, la vocación de servicio y el profesionalismo del aspirante. Nótese que la ley no estableció la manera de realizarse la entrevista y fue por ello que el ejecutivo en ejercicio de la facultad reglamentaria determinó en el artículo 10, no sólo el carácter de presencial de dicha entrevista, sino que definió el concepto, señaló a cargo de quienes estaría este proceso, la manera de ponderar el puntaje obtenido por el concursante, y finalmente que debería grabarse y archivarse por un término no inferior a 6 meses contados a partir de la fecha de expedición de la lista de legibles. Esta orden de grabación de la entrevista que debe surtir cada uno de los aspirantes y participantes en el concurso notarial, no puede considerarse como una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que por el contrario, es un indicador de la objetividad y transparencia del concurso, y a su vez constituye no sólo para el participante que desee controvertir el puntaje otorgado, sino para los entrevistadores, una herramienta probatoria que soporte las reclamaciones o las conclusiones y en general, el puntaje que se le asigne a cada uno de los entrevistados y que puede llegar a ser decisivo de la inclusión o no en la lista de elegibles.

FUENTE FORMAL: LEY 588 DE 2000 – ARTICULO 4

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3454 DE 2006 – ARTICULO 10

DEROGACION DE ACTO ADMINISTRATIVO – Control de legalidad

Contrario a la solicitud de inhibición elevada por el ministerio demandado y por el Procurador Delegado al rendir concepto, la Sala resolverá de fondo este problema jurídico a pesar de la derogatoria expresa que del artículo demandado hace el artículo 1º del Decreto 926 de 2007, siguiendo la tesis que ha mantenido esta Sección de que la derogación del acto acusado no impide pronunciamiento de fondo sobre su legalidad para el mantenimiento del orden jurídico y la consideración de los efectos que pudo causar dicho acto durante el tiempo en que estuvo vigente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 926 DE 2007 – ARTICULO 1

CONCURSO DE MERITOS DE NOTARIOS – Puntaje para integrar lista de elegibles

El artículo 11 del Decreto 3454 de 2006, no hizo otra cosa que bajo las pautas de puntaje señalado en la norma que reglamenta, fijar el puntaje mínimo para que el concursante pudiera integrar la lista de elegibles. Nótese como esta limitante está dentro del rango del puntaje máximo que la ley establece y que se obtiene luego de sumar los puntajes individuales obtenidos en cada una de las etapas del concurso. Este puntaje de 75 sobre 100, permite que quienes integren la lista de elegibles sean aquellos que demuestren mayor mérito, como principio rector de acceso a la función pública, por tanto la asignación de este puntaje se torna en necesaria y para el caso, no desconoce los criterios de calificación contenidos en la norma que reglamenta.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3454 DE 2006 – ARTICULO 11 GOBIERNO NACIONAL

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**SECCION SEGUNDA****Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00133-00(2085-06)**Actor: JENNY PATRICIA CAMELO SALCEDO****Demandado: GOBIERNO NACIONAL****AUTORIDADES NACIONALES**

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

La demanda. En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, acude a esta jurisdicción la señora Jenny Patricia Camelo Salcedo, en procura de la declaratoria de nulidad del Decreto 3454 de 2006.

Sustentos fácticos. Como sustentos fácticos de la pretensión de nulidad del Decreto 3454 de 2006, aduce la demandante que en el inciso 1º de los considerandos, se presenta una grave imprecisión que altera el texto del artículo 131 constitucional que allí se cita, como quiera que la preceptiva constitucional en su inciso 2º ordena que el “nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso” y en la parte considerativa del texto normativo acusado al hacer referencia al artículo 131, se afirma que tal norma dispone que “el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso público y abierto de méritos”.

A juicio de la actora la norma constitucional en ningún momento determina el carácter del concurso como lo sostiene el Decreto 3454 y en consecuencia se

configura la falsa motivación, al atribuírsele a dicho concurso el carácter de “público y abierto de méritos”.

Agrega que de igual manera el artículo 146 del Decreto Ley 960 de 1970 consagra que para ser notario en propiedad además de los requisitos legales, es necesaria la selección mediante concurso, y en igual sentido se refiere la Ley 588 de 2000 en el inciso 1º del artículo 2º.

De esta manera afirma la actora que el Gobierno Nacional incurrió en una modificación literal de la norma superior excediendo la facultad reglamentaria otorgada al ejecutivo y por tanto, la norma demandada debe anularse.

Norma acusada. La Sala transcribe a continuación la parte considerativa del texto demandado en razón a que la censura se dirige de manera principal contra uno de los sustentos que sirvieron de base al ejecutivo para expedir el decreto reglamentario de la Ley 588 de 2000 **“por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial”**.

El texto objeto de controversia es del siguiente tenor:

**“DECRETO 3454 2006
(Octubre 3)**

por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 131 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 588 de 2000, dispone que el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso público y abierto de méritos;

Que el Decreto-ley 960 de 1970 señala los requisitos generales y los impedimentos para ser designado notario;

Que la Ley 588 de 2000, en el párrafo segundo de su artículo 40, dispuso que no podrá concursar para el cargo de notario quien haya sido condenado penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado o por faltas como Notario consagradas en el artículo 198 del Decreto-ley 960 de 1970, en armonía con lo dispuesto en la Ley 734 de 2002;

Que mediante Sentencia C-421 de 2006, la Corte Constitucional restableció la vigencia del artículo 164 del Decreto-ley 960 de 1970, mediante el cual se creó el Consejo Superior de la Carrera Notarial;

Que dentro de las funciones del Consejo Superior está la de definir los parámetros y procedimientos dentro de los cuales va a desarrollarse el concurso público y abierto previsto en el artículo 131 de la Constitución para determinar la lista de elegibles que deberá ponerse a consideración de los respectivos nominadores para el nombramiento de notarios en propiedad, para lo cual es necesario que sus miembros cuenten con un marco regulatorio expedido por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria:

Que la Ley 588 de 2000 exige a los notarios prestar la garantía necesaria para la continuidad del servicio notarial, y faculta al organismo rector para reglamentar lo relativo a dicha garantía.

Que en consecuencia, **DECRETA**

(...)

ARTÍCULO 4o. INSCRIPCIÓN (...)

PARÁGRAFO. Quienes deseen participar en el concurso, una vez diligenciado el formulario de inscripción, deberán remitir, además de los requisitos señalados en este artículo, los siguientes documentos: certificación sobre conducta y antecedentes en donde conste la situación o definición de los procesos penales en que el aspirante hubiere sido sindicado, enjuiciado o condenado; (...)" Subraya la Sala.

ARTICULO 10. ENTREVISTA. La entrevista se realizará en forma presencial, en los lugares y con los criterios que determine el Consejo Superior. Por entrevista se entiende el proceso mediante el cual se evalúa objetivamente la personalidad, la vocación de servicio y el profesionalismo del aspirante. La entrevista será conducida por jurados integrados y designados por el Consejo Superior, de conformidad con el reglamento, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo tres (3) días de antelación a su realización. Cada uno de los miembros del jurado asignará individualmente y en forma escrita y motivada el puntaje que corresponda al entrevistado, y la sumatoria de los resultados se dividirá por tres. La calificación que resulte será la que, sobre una calificación de diez (10) puntos, le será asignada al aspirante mediante decisión motivada.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico u otro que ofrezca seguridad suficiente grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles.

ARTÍCULO 11. CONFORMACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LA LISTA DE ELEGIBLES. El puntaje final de los aspirantes será el que resulte de la suma de las calificaciones obtenidas en las distintas fases del concurso. Por tanto, la lista de elegibles, una por cada círculo notarial, estará integrada por quienes hayan obtenido más de setenta y cinco (75) puntos en el proceso.

(...)"

Concepto de violación. La demandante le atribuye al acto demandado como causal de anulación, la infracción de normas constitucionales y legales.

En primer término manifiesta la actora que el ejecutivo le da al artículo 131 constitucional un alcance distinto al que tiene, porque si bien esta norma dispone que el nombramiento de los notarios deba hacerse mediante concurso, no señala el carácter del mismo y al otorgarle este carácter el gobierno en el acto acusado, se desconoce el citado mandato constitucional.

Los anteriores argumentos más que la infracción de una norma superior, se encaminan a demostrar una falsa motivación del acto demandado y de esta manera será analizado por la Sala en el momento en que se vayan a desatar los cargos.

Censura también la demandante apartes del contenido del párrafo del artículo 4º del Decreto 3454 de 2006, porque no se establece qué entidad debe expedir la certificación sobre conducta y antecedentes en la que conste la situación o definición de los procesos penales en que el aspirante hubiere sido sindicado, enjuiciado o condenado, como sí lo hace con todos los demás certificados que se exigen.

A su vez, considera la actora que al exigir certificación sobre el estado del proceso en el que el aspirante a notario sea sindicado, se está desconociendo el principio constitucional de la presunción de inocencia y vulnerando el artículo 248 de la Constitución Política, que establece que únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva, tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales. Agrega que con esta exigencia, se desconoce por el ejecutivo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 588 de 2000 en cuanto esta norma dispone que quien haya sido condenado penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado o faltas como notario consagradas en el artículo 198 del Decreto –Ley 960 de 1970, no podrá concursar para el cargo de notario y el acto demandado extiende la prohibición a quienes tengan la calidad de sindicados o enjuiciados.

Se demanda también la nulidad del artículo 10 inciso 2º del Decreto 3454 de 2006 que dispone que la entrevista que presente el concursante a notario deberá grabarse. Como causal de anulación se le atribuye el desconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, porque la determinación taxativa de grabar la entrevista resulta coercitiva para aquellos aspirantes que por no tener experiencia en esta clase de técnicas pueden sentirse intimidados en su expresión al saber que están siendo grabados, lo que constituye una limitante desventajosa de la personalidad frente a quienes están acostumbrados a este tipo de prácticas.

A lo anterior añade que esta práctica le compete definirla al Consejo Superior de la Carrera Notarial y no al ejecutivo.

Finalmente encuentra la actora que el inciso 1º del artículo 11 del Decreto 3454 demandado, desconoce la norma que está reglamentando, en cuanto, el Presidente carece de competencia para introducir en el decreto reglamentario requisitos de acceso a la carrera notarial que no fueron previstos por el legislador cuando expidió la Ley 588 de 2000, por lo cual al fijar un mínimo de 75 puntos como requisito para integrar la lista de elegibles, excedió su ámbito de competencia.

TRAMITE

El 26 de abril de 2007 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional de la norma demandada. Este auto le fue notificado de manera personal a la entidad demandada el 16 de agosto de 2007 según lo muestra la constancia de notificación personal anexa al folio 25.

Vencido el término de fijación en lista (Fol. 47) el magistrado sustanciador del proceso decidió mediante auto del 6 de diciembre de 2007 y al tenor de lo previsto en el artículo 209 de C.C.A., prescindir de la etapa probatoria (Fol. 48) y mediante auto del 14 de marzo de 2008 dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (Fol. 50). De este trámite la Sala destaca lo siguiente:

Contestación a la demanda. El Ministerio del Interior y de Justicia en escrito anexo a los folios 34 a 46, se opone a la prosperidad de las pretensiones anulatorias del Decreto Reglamentario 3454 de 2006.

Como argumentos de defensa de la legalidad del acto demandado, señala que la Ley 588 de 2000 en acatamiento de lo prescrito en el artículo 131 superior, establece la regulación para hacer efectiva la carrera notarial, y a su vez, el Presidente de la República expide el Decreto 3454 de 2006 a través del cual se hace una completa regulación para hacer efectivos los concursos, estableciendo que éstos deben ser abiertos, la competencia para adelantarlos, la manera de desarrollarlos, las distintas etapas que lo conforman, las reglas de admisión y las pruebas que han de superar los concursantes.

Refiere la apoderada del ministerio, que la reglamentación fue diseñada atendiendo rigurosamente la Ley 588 de 2000 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la necesidad de preservar el principio de igualdad de oportunidades para todos los aspirantes, sin perjuicio de que se valore, como un factor esencial la experiencia notarial.

Tampoco considera que se desconozca la competencia del Consejo Superior de la Carrera Notarial, porque, lo que pretendió el gobierno al reglamentar la Ley 588 de 2000, fue establecer unos criterios y procedimientos que facilitarían la realización del concurso público, imponiendo condiciones efectivas tendientes a que su desarrollo fuera normal y transparente.

En punto al carácter de “concurso público y abierto de méritos” que se le otorgó al concurso, para la entidad, no vulnera normas superiores y por el contrario es un argumento que carece de sustento serio y cierto.

Tampoco encuentra el ministerio que la grabación de las entrevistas se traduzca en la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque tal directriz no anula la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por el contrario, considera que la grabación de la entrevista constituye una garantía de imparcialidad y objetividad para los concursantes.

Finalmente y respecto a la exigencia del puntaje para conformar la lista de elegibles, considera la entidad que a perdido sustento toda vez que la norma ha sido modificada mediante el Decreto 926 de 2007, que establece como puntaje

mínimo para la integración de las listas de legibles para cada círculo notarial, 60 puntos.

Concluye frente a este cargo que: “Al haber sido modificada la norma impugnada, no existe en este momento objeto de pronunciamiento, razón por la cual frente a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 3454 de 2006, la Sala deberá declararse inhibida (...) con mayor razón cuando la norma impugnada pese a haber estado vigente durante cinco (5) meses no tuvo aplicación, si se tiene en cuenta que el concurso de notarios se encuentra apenas en proceso (...)”.

Intervención ciudadana. Estando el proceso en la etapa de alegatos finales, el señor Alirio Virviescas Calvete, interviene en defensa de la legalidad de la norma acusada. Afirma que al expedir el Decreto 3454 de 2006 el Gobierno consultó la realidad y las circunstancias actuales, los antecedentes reales, constitucionales, legales y jurisprudenciales y no puede juzgarse el contenido de esta normas, por frases o expresiones aisladas o por conceptos equivocados, como si la norma no perteneciera a un todo (Fol. 87).

La entidad demandada. Al descorrer el traslado para alegar el Ministerio del Interior y de Justicia reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, insistiendo en la legalidad del acto acusado (Fol. 100 a 105).

Concepto del Ministerio Público. La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, a folios 106 a 117, solicita a la Sala negar la nulidad respecto de los cargos 1 a 3, e inhibirse respecto de los reproches al artículo 11 por no estar vigente y no producir efectos.

Como razones de su petición refiere, luego de precisar cada uno de los problemas jurídicos a resolver, que no comparte las apreciaciones de la demandante respecto a que la ley reglamentada y el Decreto Ley 960 de 1970 no establecen que el concurso debe ser público y abierto de méritos.

Señala que la misma Carta en su artículo 125 señala que los concursos para acceder a las entidades del Estado serán públicos y que es el mérito el que prima para la vinculación de los servidores, garantizando así el acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

De otra parte, afirma que no se configura el exceso de la facultad reglamentaria que se le atribuye al Presidente en la expedición del Decreto acusado, porque, al analizar su contenido se encuentra que regula aspectos relativos, a quienes pueden participar, la estructura del concurso, la convocatoria, la inscripción, los documentos para acreditar requisitos, análisis de requisitos y antecedentes, calificación de la experiencia, prueba de conocimiento, etc. Sobre este punto precisa dos aspectos vitales: 1) Que una es la facultad del gobierno para reglamentar la Ley 588 y darle operatividad al concurso de notarios, lo cual podía hacer. 2) Que otra es la facultad de administrar el mencionado concurso, la cual le corresponde al Consejo Superior de la Carrera Notarial, acorde con la ley y el reglamento.

Respecto al cargo que se le hace al párrafo 1º del artículo 4º del Decreto 3454 de 2006, no debe prosperar, porque la ley excluye para participar en el concurso sólo a quienes hubieren sido condenados y respecto a los sindicatos no los excluye sino que solicita información de la situación del aspirante con el fin de tener un control de la inhabilidad prevista en el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 588 de 2000.

Afirma el Ministerio Público que tampoco le asiste razón a la demandante respecto a los reparos de la grabación de la entrevista toda vez, que la misma en lugar de intimidar a los participantes del concurso, constituye como lo sostiene la apoderada del ministerio, una plena garantía de imparcialidad y objetividad para los concursantes.

De la misma manera considera, la agencia del Ministerio Público, que le asiste razón a la apoderada de la entidad cuando solicita a la Sala que se inhíba de pronunciamiento de legalidad frente al artículo 11 acusado, dado que, dicho artículo fue modificado por el Decreto 926 de 2007 con el fin de garantizar el derecho a la igualdad en el acceso a la carrera notarial, equilibrando el puntaje mínimo para integrar las listas de elegibles con relación a otros concursos adelantados para ingresar a la administración pública. Textualmente afirma: "(...) Como dicho artículo ya no está vigente y es obvio que no ha producido ningún efecto, pues el concurso no ha finalizado, no procede su estudio de fondo por sustracción de materia (...)".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problemas jurídicos. Según los planteamientos de la demanda, son cuatro los problemas jurídicos que deberá desatar la Sala:

1. ¿Excedió el ejecutivo la facultad reglamentaria y desconoció el artículo 131 constitucional, al haber señalado en la parte considerativa del Decreto 3454 de 2006 que el nombramiento de los notarios en propiedad se haría mediante concurso público y abierto de méritos?
2. ¿Se desconoce el principio fundamental de la presunción de inocencia al exigirse como requisito para la inscripción al concurso la presentación de certificación sobre conducta y antecedentes sobre el estado o definición de los procesos penales en los que el aspirante hubiere sido sindicado, y en consecuencia debe anularse este aparte contenido en el párrafo 1º del artículo 4º del Decreto 3454 de 2006?
3. ¿ El inciso 2º del artículo 10 del Decreto 3454 de 2006 que ordena la grabación de las entrevistas efectuadas a los aspirantes, atenta contra el libre desarrollo de la personalidad y desconoce el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 588 de 2000?.
4. ¿Era competente el Gobierno Nacional para señalar el puntaje máximo a obtener por el aspirante para integrar la lista de elegibles, tal y como lo dispuso en el artículo 11 del Decreto 3454 de 2006?

Marco normativo y jurisprudencial. De la manera de proveer los empleos públicos. La Constitución Política de 1991 prevé en el artículo 125 que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Dispone también la preceptiva constitucional en comento que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Siguiendo con estos criterios, establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y

condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Del cargo de notario. En punto a la manera de proveer los cargos de notario, el artículo 131 de la Carta señala que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia.

Dicho artículo 131 textualmente consagra:

“(...) Compete a la ley la reglamentación del servicio público que presten los notarios y registradores, la definición del régimen laboral de sus empleados y (...)

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 esta manera es la Constitución la que establece la obligación de diseñar un concurso para seleccionar y cubrir las plazas de notarías existentes en el territorio nacional. Y este concurso, como lo señala el artículo 125 que se mencionó en el párrafo precedente, debe ser público de manera tal que se permita que todo aquel que cumpla con los requisitos y calidades exigidas, pueda participar en dicho concurso y en la selección y que dicha participación se efectúe con criterio de igualdad y objetividad.

De la potestad reglamentaria. La potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para la expedición de disposiciones jurídicas de contenido general y abstracto para la efectiva ejecución de la ley. A través de esta facultad se desarrollan las reglas y principios que fija la ley que se reglamenta y, en algunos casos, la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios para su aplicación, sin que pueda en ningún caso entrar a modificarla, ampliarla, restringirla en su contenido o alcance.

Constitucionalmente esta potestad está consagrada en el artículo 189 numeral 11 en los siguientes términos:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

(...)”.

Esta facultad reglamentaria está sujeta a la constitución y a la ley que reglamenta y no puede ir más allá de su contenido para ampliar, modificar o restringir su alcance. El objetivo de dicha facultad es el de hacer operativa la ley, es decir, que esta tenga cumplida ejecución.

Bajo los anteriores preceptos constitucionales se analizarán los problemas jurídicos propuestos.

Primer Problema. ¿Excedió el ejecutivo la facultad reglamentaria y desconoció el artículo 131 constitucional, al haber señalado en la parte considerativa del Decreto 3454 de 2006 que el nombramiento de los notarios en propiedad se haría mediante concurso público y abierto de méritos?

La respuesta a este problema jurídico debe ser negativa, porque, acorde con el primer mandato constitucional consignado, el ingreso al empleo de carrera, como lo es el de notario, debe hacerse a través de un proceso de selección que necesariamente debe ser público y abierto, pues no se concibe un concurso cerrado en el que los criterios objetivos y de mérito primen ante otro criterio, como lo sería el subjetivo si sólo pueden acceder a dicho concurso quienes ostenten la calidad de notarios.

Sobre este punto la Corte Constitucional, ha fijado una línea jurisprudencial que fue reproducida en la sentencia C-421 de 2006 y que no desconoce la demandante, en la que dejó claro que el concurso para proveer las plazas de notario existentes, debía ser público y abierto, reiterando que la actividad notarial es función pública y por ende a ella pueden acceder quienes reúnan las calidades que la ley exige para su desempeño.

La parte resolutive de la sentencia en comentario es del siguiente tenor literal:

(...) Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “164” contenida en el artículo 11 de la Ley 588 de 2000, a partir de la fecha de promulgación de ésta.

En consecuencia, ordenar que el “Consejo Superior” a que se refiere el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970, proceda a la realización de los concursos abiertos para la provisión en propiedad por parte del Gobierno del cargo de notario, en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, en cumplimiento del artículo 131 de la Constitución Política y de conformidad con lo dispuesto en los artículos pertinentes de la Ley 588 de 2000 y demás disposiciones legales concordantes y complementarias.

(...)¹”

Acorde con lo hasta aquí expuesto, para la Sala la parte considerativa demandada y que según la actora vulnera el artículo 131 constitucional, al señalar que la provisión de los cargos de notario se hará mediante concurso público y abierto de méritos, no vulnera el precepto constitucional citado, sino que por el contrario, es un desarrollo de las normas constitucionales que regulan la manera de proveer los empleos públicos en Colombia.

La anterior afirmación es concordante con lo planteado por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 1999², cuando al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 145 (parcial), 164 (parcial), 168 (parcial), 169 (parcial), 176, 178, 179, 181 y 188 (parcial) de Decreto 960 de 1970 “Por el cual se expide el estatuto del notariado”, señaló que para el ingreso a un cargo de carrera administrativa, notarial o judicial, se exige la superación de un concurso público y abierto, que respete los parámetros constitucionales destinados a garantizar la plena igualdad de oportunidades.

En este orden, no cualquier concurso satisface las condiciones que la Constitución exige, sino aquel que en efecto otorgue plena garantía de acceso, intervención y selección en parámetros de igualdad, objetividad, proporcionalidad y razonabilidad.

Así las cosas es la propia constitución la que impone la carrera notarial como una forma de ingreso, permanencia, ascenso y retiro de la función pública de naturaleza eminentemente técnica y sólo a través de un concurso abierto de méritos, se logran estos cometidos. Se insiste, la voluntad del constituyente fue la

¹ Corte Constitucional. M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis Sentencia C-421 del 31 de mayo de 2006. Actor. Luis Gonzalo Baena Cárdenas. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 (parcial) de la Ley 588 de 2000 “Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial”

² Corte Constitucional. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-2156. Sentencia del 10 de marzo de 1999. Actor. Camilo Vargas Jácome.

de mejorar el servicio notarial y garantizar la idoneidad de quienes tienen a su cargo el cumplimiento de esta función notarial.

Consecuente con lo anterior, la frase demandada no desconoce el artículo 131 de la Constitución razón por la cual, el cargo de falsa motivación que al acto demandado se le atribuye, no prospera.

Segundo problema jurídico. ¿Se desconoce el principio fundamental de la presunción de inocencia al exigirse como requisito para la inscripción al concurso la presentación de certificación sobre conducta y antecedentes en los que conste la situación o definición de los procesos penales en los que el aspirante hubiere sido sindicado, y en consecuencia debe anularse este aparte contenido en el párrafo 1º del artículo 4º del Decreto 3454 de 2006?

Importante resulta precisar antes de resolver el problema jurídico, que apartes del artículo 4º del Decreto 3454 de 2006 fueron objeto de análisis de legalidad por esta Corporación, a través de la sentencia de 11 de marzo de 2010 en la cual se decidió anular el siguiente aparte demandado “y quienes se presenten para más de un círculo notarial” contenida en el artículo 4º del Decreto 3454 de 2006 expedido por el Gobierno Nacional³.

Pero como el estudio de legalidad efectuado en la sentencia en comento no comprendió la frase que hoy se demanda y que aparece contenida en el párrafo del artículo 4º de Decreto 3454 de 2006, procede la Sala a efectuar el respectivo análisis:

- Frente a la afirmación de que existe un vacío normativo porque no se le indica al interesado cuál es la autoridad que debe emitir la certificación, como si se hace en tratándose de antecedentes disciplinarios o de la Contraloría, dirá la Sala que no se configura tal vacío normativo, en cuanto, dicha certificación deberá expedirla la autoridad judicial que adelante el proceso penal y que debe conocer el aspirante, dada su condición de investigado, sindicado o enjuiciado, según el estado del proceso.

- En punto a que con la exigencia de la certificación de conducta y antecedentes en los que conste la situación o definición de los procesos penales en los que el aspirante hubiere sido sindicado, tal y como lo afirma la demandante,

se desconoce por el ejecutivo el contenido del artículo 4º párrafo 2º de la Ley 588 de 2000 que el Decreto 3454 de 2006 reglamenta y se vulnera el 29 constitucional que dispone que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

En efecto encuentra la Sala que el ejecutivo está exigiendo un requisito que no se compadece con la ley que esta reglamentando y adicionalmente no se encuentra justificación alguna para la solicitud de esta certificación de conducta.

Lo anterior, porque, en la Ley 588 de 2000, se describe como limitante y excluyente para el ingreso al concurso, únicamente la existencia de sentencia condenatoria sea esta de índole penal, disciplinaria o administrativa. Y al exigirse por el ejecutivo en el Decreto reglamentario una certificación de conducta o de antecedente de haber estado sindicado, le crea una carga más al aspirante y además, desconoce el principio de presunción de inocencia, dado que únicamente las sentencias condenatorias constituyen antecedente.

En este orden de ideas, es evidente que el ejecutivo al consagrar y exigir esta certificación, desbordó la facultad reglamentaria en cuanto está yendo más allá del ámbito de aplicación de la norma, creando, como ya se ha dicho, un requisito adicional al que la norma que reglamenta contempla.

Así las cosas el aparte “certificación sobre conducta y antecedentes en donde conste la situación o definición de los procesos penales en que el aspirante hubiere sido sindicado”, debe anularse y así se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

Tercer problema jurídico. ¿ El inciso 2º del artículo 10 del Decreto 3454 de 2006 que ordena la grabación de las entrevistas efectuadas a los aspirantes, atenta contra el libre desarrollo de la personalidad y desconoce el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 588 de 2000?.

El artículo 10 del Decreto 3454 de 2006 dispone:

“(…) **ENTREVISTA.** La entrevista se realizará en forma presencial, en los lugares y con los criterios que determine el Consejo Superior. Por

³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 11 de marzo de 2010. No. Interno. 635-2007. Demandante. Fernando Alarcón Rojas.

entrevista se entiende el proceso mediante el cual se evalúa objetivamente la personalidad, la vocación de servicio y el profesionalismo del aspirante. La entrevista será conducida por jurados integrados y designados por el Consejo Superior, de conformidad con el reglamento, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo tres (3) días de antelación a su realización.. Cada uno de los miembros del jurado asignará individualmente y en forma escrita y motivada el puntaje que corresponda al entrevistado, y la sumatoria de los resultados se dividirá por tres. La calificación que resulte será la que, sobre una calificación de diez (10) puntos, le será asignada al aspirante mediante decisión motivada.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico u otro que ofrezca seguridad suficiente, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de expedición (...)”.

A juicio de la demandante el ejecutivo no podía reglamentar la manera de realizar la entrevista, ni mucho menos disponer su grabación, porque está es una facultad que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 588 de 2000 le otorga al Consejo Superior de la Carrera Notarial.

Este artículo fue objeto de estudio por esta Corporación, quien en la sentencia ya citada, del 11 de marzo de 2010 con ponencia del Dr. Alfonso Vargas Rincón, negó la pretensión anulatoria del mismo. En aquella oportunidad el demandante argumentó como causal de anulación que el organismo rector de la carrera notarial solamente está autorizado para delegar la práctica de las evaluaciones académicas pero no para la práctica de las entrevistas circunstancia que impide a realización de la misma por un jurado en quien se delegue dicha función.

Al desatar el cargo la sentencia referida concluye que el citado Decreto 3454 de 2006 al establecer los aspectos relacionados con la entrevista solamente está señalando mecanismos para permitir y facilitar su práctica, sin que pueda afirmarse que está delegando, teniendo en cuenta además, que conforme a lo dispuesto por el Acuerdo No. 72 de 2007 del Consejo Superior para la Carrera Notarial los jurados están integrados por miembros del mismo Consejo Superior.

Concluye la sentencia que se viene comentando que: “(...) no se configura el vicio alegado por la parte actora, manteniéndose la presunción de legalidad del aparte demandado, pues no se ha presentado delegación de funciones”.

Hecha la anterior precisión, la Sala procede a estudiar el cargo que la actora le endilga al párrafo del artículo 4º del Decreto 3454 de 2006 y que se concreta en la falta de competencia dado que ésta es una función, que según la actora se le atribuye en el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 588 de 2000 al Consejo Superior de la Carrera Notarial.

En efecto el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 588 de 2000 prevé:

ARTICULO 3. Lista de elegibles. Los notarios serán nombrados por el gobierno, de la lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial, las cuales deberán publicarse en uno o varios diarios de amplia circulación nacional. La lista de elegibles tendrá una vigencia de dos años.

El organismo competente señalado por la ley, convocará y administrará los concursos, así como la carrera notarial.

Acorde con este párrafo no encuentra la Sala que al disponer el ejecutivo la grabación de la entrevista, se esté abrogando una competencia que la ley le otorga al organismo administrador de la carrera notarial, puesto que, lo que le compete a éste último es convocar y administrar el concurso en los términos dispuestos en la ley y sus decretos reglamentarios.

Para el caso en concreto el artículo 4º de la Ley 588 de 2000 describe el tipo de pruebas e instrumentos de selección, incluyendo dentro de estos a la entrevista, que da al aspirante un puntaje equivalente a 10 puntos producto de la evaluación de la personalidad, la vocación de servicio y el profesionalismo del aspirante.

Nótese que la ley no estableció la manera de realizarse la entrevista y fue por ello que el ejecutivo en ejercicio de la facultad reglamentaria determinó en el artículo 10, no sólo el carácter de presencial de dicha entrevista, sino que definió el concepto, señaló a cargo de quienes estaría este proceso, la manera de ponderar el puntaje obtenido por el concursante, y finalmente que debería grabarse y archivarse por un término no inferior a 6 meses contados a partir de la fecha de expedición de la lista de legibles.

Esta orden de grabación de la entrevista que debe surtir cada uno de los aspirantes y participantes en el concurso notarial, no puede considerarse como una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que por el

contrario, es un indicador de la objetividad y transparencia del concurso, y a su vez constituye no sólo para el participante que desee controvertir el puntaje otorgado, sino para los entrevistadores, una herramienta probatoria que soporte las reclamaciones o las conclusiones y en general, el puntaje que se le asigne a cada uno de los entrevistados y que puede llegar a ser decisivo de la inclusión o no en la lista de elegibles.

Adicional a lo anterior debe señalarse que, el concursante conoce de antemano que debe superar esta etapa de la entrevista, como parte del proceso de selección y que la misma será grabada por lo cual tiene la oportunidad de prepararse psicológicamente para esta etapa.

Así las cosas, para la Sala no se evidencia la causal de ilegalidad que la demandante atribuye a la norma y en consecuencia se denegarán las pretensiones anulatorias del parágrafo del artículo 4º del Decreto 3454 de 2006.

Cuarto problema jurídico. ¿Era competente el Gobierno Nacional para señalar el puntaje máximo a obtener por el aspirante para integrar la lista de elegibles, tal y como lo dispuso en el artículo 11 del Decreto 3454 de 2006?

Contrario a la solicitud de inhibición elevada por el ministerio demandado y por el Procurador Delegado al rendir concepto, la Sala resolverá de fondo este problema jurídico a pesar de la derogatoria expresa que del artículo demandado hace el artículo 1º del Decreto 926 de 2007, siguiendo la tesis que ha mantenido esta Sección de que la derogación del acto acusado no impide pronunciamiento de fondo sobre su legalidad para el mantenimiento del orden jurídico y la consideración de los efectos que pudo causar dicho acto durante el tiempo en que estuvo vigente.

En este orden, procede la Sala al estudio del cargo atribuido al artículo 11 del Decreto 3454 de 2006, cuyo contenido es el que sigue:

“(…) Conformación y publicación de la lista de elegibles. El puntaje final de los aspirantes será el que resulte de la suma de las calificaciones obtenidas en las distintas fases del concurso. Por tanto, la lista de elegibles, una por cada círculo notarial, estará integrada por quienes hayan obtenido más de setenta y cinco (75) puntos en el proceso.

Respecto al puntaje que se le debe asignar al aspirante en cada una de las etapas del concurso, la Ley 588 de 2000, establece:

ARTICULO 3º. Lista de elegibles. Los notarios serán nombrados por el gobierno, de la lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial, las cuales deberán publicarse en uno o varios diarios de amplia circulación nacional. La lista de elegibles tendrá una vigencia de dos años.

El organismo competente señalado por la ley, convocará y administrará los concursos, así como la carrera notarial.

ARTICULO 4º. Para la calificación de los concursos se valorará especialmente la experiencia de los candidatos, así como la capacidad demostrada en actividades relacionadas con el servicio notarial, antigüedad en el mismo, capacitación y adiestramiento que hubieren recibido en materias propias del notariado, obras de investigación y divulgación, estudios de postgrado y estudios de especialización o diplomados, particularmente los relacionados con el notariado, así como el ejercicio de la cátedra universitaria y la participación y desempeño en funciones de orden legislativo, gubernativo y judicial. Todos estos factores serán concurrentes.

Las pruebas e instrumentos de selección son, en su orden:

1. Los análisis de méritos y antecedentes.
2. La prueba de conocimientos.
3. La entrevista.

El concurso se calificará sobre cien puntos, así:

a) La prueba de conocimientos, tendrá un valor de 40 puntos, de los 100 del concurso. Los exámenes versarán sobre derecho notarial y registral.

Las experiencias valdrán hasta treinta 35 puntos, así: Cinco (5) puntos por cada año o fracción superior a seis meses por el desempeño del cargo de notario, cónsul; dos (2) puntos por cada año o fracción superior a seis (6) meses en el ejercicio de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo; un (1) punto por cada año o fracción superior a seis (6) meses de ejercicio de la profesión de abogado; un (1) punto por cada año del ejercicio de la cátedra universitaria, un (1) punto por cada año o fracción superior a seis (6) meses de funciones notariales o registrales.

Especialización o postgrados diez (10) puntos.

Autoría de obras en el área de derecho cinco (5) puntos.

La entrevista, hasta diez (10) puntos y evaluará la personalidad, vocación de servicio y profesionalismo del aspirante.

Parágrafo 1º. Para efectos del presente artículo, se contabilizará la experiencia en el ejercicio de la profesión de Abogado desde la fecha de obtención del respectivo título.

El artículo demandado no hizo otra cosa que bajo las pautas de puntaje señalado en la norma que reglamenta, fijar el puntaje mínimo para que el concursante pudiera integrar la lista de elegibles. Nótese como esta limitante está dentro del rango del puntaje máximo que la ley establece y que se obtiene luego de sumar los puntajes individuales obtenidos en cada una de las etapas del concurso.

Este puntaje de 75 sobre 100, permite que quienes integren la lista de elegibles sean aquellos que demuestren mayor mérito, como principio rector de acceso a la función pública, por tanto la asignación de este puntaje se torna en necesaria y para el caso, no desconoce los criterios de calificación contenidos en la norma que reglamenta.

Sobre la pretensión de nulidad de este artículo 11 del Decreto 3454 de 2006, el Consejo de Estado se pronunció de manera negativa, al considerar que:

“(…) la norma reglamentaria al determinar un puntaje mínimo para integrar la lista de elegibles, atendiendo los puntajes establecidos en la ley, cumple con el fin del concurso, cual es el de seleccionar a quienes demuestren mayor mérito para acceder a la carrera notarial, pues lo contrario, implicaría que todos aquellos que aspiren y se presenten acreditando el cumplimiento de los requisitos deberían integrar la lista de elegibles sin importar el puntaje obtenido en las distintas etapas del proceso, haciendo que pierda su razón ser (...)”⁴

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

F A L L A:

Primero. DECLÁRASE la nulidad del aparte demandado “certificación sobre conducta y antecedentes en donde conste la situación o definición de los procesos penales en que el aspirante hubiere sido sindicado” contenida en el párrafo primero del artículo 4° del Decreto 3454 de 2006 expedido por el Gobierno Nacional.

Segundo. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
DE PÁEZ**

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ

**ALFONSO VARGAS RINCÓN
QUINTERO**

LUIS RAFAEL VERGARA

⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 11 de marzo de 2010. No Interno. 635-2007. Actor. Fernando Alarcón Rojas.