

## **POTESTAD REGLAMENTARIA – Limite. Separación de poderes /**

Con sujeción al artículo 189, numeral 11, de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. Uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho, reside en la separación estricta de poderes, de modo que a cada autoridad está asignada una función y una responsabilidad, aquella debe ser ejercida dentro de unos límites infranqueables, esto es, de modo que no haya el peligro de invadir el ámbito de competencias de otros funcionarios. La delimitación estricta de las funciones, como forma racional del ejercicio del poder, impide su concentración en pocas manos y se erige en una restricción necesaria para impedir que una sola autoridad atraiga sobre sí potestades desmedidas. Esta consideración explica la responsabilidad de los funcionarios por extralimitación de sus funciones, como nítidamente se establece en el artículo 6º de la Carta y se desarrolla en leyes especiales que regulan la responsabilidad penal y política por extralimitación de funciones, y se erige en garantía de control del poder.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 189 – NUMERAL 11

**NORMA DEMANDADA:** LITERAL g) ARTICULO 5 DECRETO REGLAMENTARIO 3454 DE 2006

### **POTESTAD REGLAMENTARIA – Prohibición de controvertir, modificar, desconocer o repetir el contenido de la ley / TAUTOLOGIA LEGAL – Definición. Prohibición / NECESIDAD DE REGLAMENTACION - Premisa de vacío**

La violación de la potestad reglamentaria puede venir de que el Presidente de la República, contraría la propia ley reglamentada u otra del mismo linaje, lo que acontece cuando la ley de manera expresa ya se ocupó de la materia, y el Reglamento Presidencial la controvierte, modifica o desconoce su exacto sentido. Desde luego que un decreto reglamentario no podría desconocer los mandatos de la ley reglamentada, pues la actividad del Presidente de la República es complementaria de la tarea del legislador y no podría desconocerla. De otro lado, el control de la actividad legislativa corresponde a la Corte Constitucional y el presidente no podría, so pretexto de reglamentación, alterar lo dispuesto por el legislador, si en su momento no hizo la objeción de la ley por inconstitucional. Es claro entonces que las potestades legislativa y reglamentaria, se expresan en distintos planos y que el Presidente de la República no puede ir contra la ley reglamentada, como tampoco contravenir otra norma superior existente sobre la materia. Tampoco podría el Presidente de la República saturar la normatividad, reglamentando lo que ya ha sido objeto de regulación por el propio legislador, pues si repite exacto el texto de las normas reglamentadas, viola el principio conocido como “*prohibición de la tautología legal*”. Pero si en lugar de repetir la misma regla puesta por el legislador, contraría su sentido, habría abuso y desmesura de la potestad reglamentaria, pues de conformidad con el artículo 189, numeral 10º de la Carta Política al Presidente de la República le corresponde “*Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*”, lo cual desde luego excluye que pueda desconocer su contenido o so pretexto de reglamentar una ley, aniquilar sus efectos. Igualmente el artículo 189 numeral 11 de la Carta, establece como premisa del ejercicio de la potestad reglamentaria, la existencia de vacíos y zonas de penumbra, que hagan necesaria la reglamentación, es decir que el carácter general impersonal y abstracto de la ley, no permitan su aplicación directa a un caso concreto, lo que justifica

que el reglamento la complemente, en busca de su cumplida ejecución, pero, en todo caso, sin traicionar su genuino sentido, y sin irrumpir en terrenos reservados a la configuración legislativa.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 189 – NUMERAL 11

**NORMA DEMANDADA:** LITERAL g) ARTICULO 5 DECRETO REGLAMENTARIO 3454 DE 2006

**LEY – Necesidad de reglamentación / POTESTAD REGLAMENTARIA – La ley reglamentada es insuficiente para lograr su ejecución / POTESTAD REGLAMENTARIA – Inexistencia de extralimitación del presidente de la republica para adicionar requisitos mínimos para el concurso de notarios**

Sea lo primero señalar que la Ley 588 de 2000, norma objeto de la reglamentación, no agotó la materia, es decir, no se detuvo minuciosamente a detallar la forma de acreditar la satisfacción de las diferentes calidades y requisitos que otorgan puntaje en el concurso para desempeñar el cargo de notario. Por el contrario, la propia ley reglamentada, lejos de regular en detalle las exigencias del concurso, estableció que *“se valorará especialmente la experiencia de los candidatos, así como la capacidad demostrada”*, lo cual sugiere que la “demostración” de los factores de puntaje, es asunto que exige reglamentación y que por tanto exige el ejercicio de esa potestad regulativa que debe ejercer el ejecutivo. Como se aprecia, la norma reglamentaria estableció la posibilidad de que en el concurso se pudiera “aceptar” el dicho registro de la obra expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Naturalmente que confiar a que una autoridad pública, a quien se encomienda el registro, pueda dar cuenta de la autoría no es un requisito por sí abusivo o imposible de cumplir, con mayor razón si se repara en que el reglamento expedido apenas dijo con buen propósito que se aceptarían, entre otras formas de probar, la certificación de la Dirección Nacional de Derechos de autor, para acreditar la autoría de una obra, con lo cual, sin duda alguna, no excluyó las demás formas de acreditar la autoría de una obra jurídica. La Sala debe responder al pedido de que la norma sea retirada del ordenamiento jurídico, pues según la opinión del demandante ella desconoce reglas de orden superior. Como quedó visto precedentemente, no es cierto que el reglamento haya excluido otras formas de probar la autoría de una obra jurídica, por el contrario, entonces dentro de las opciones interpretativas plausibles, la Sala se inclina por mantener el acto administrativo que, se repite, buscando una mayor seriedad resaltó en toda su dimensión el valor demostrativo de una certificación de orden oficial, como es la que expide la Dirección Nacional de Derechos de Autor, alternativa probatoria que no riñe con la norma reglamentada, sino que realiza el afán del Reglamento expedido por otorgar la mayor seriedad y credibilidad a un proceso en que está comprometida la confianza pública. En el caso concreto, y atendidos los perfiles del cargo de Notario y la trascendencia social de su función, si el Gobierno Nacional abundó en rigores para asegurar la seriedad del proceso, con ello no violó la potestad reglamentaria. Esta posición del Consejo de Estado, expresa la tendencia tradicional que se inclina por restringir la invalidación de los actos de la administración, y por ese camino mantener la presunción de legalidad y acierto que acompaña a todas las manifestaciones de la administración, en este caso, del Decreto Reglamentario 3453 de 3 de octubre de 2006, que parcialmente ha sido demandado. De esta manera se insiste, se preserva la

presunción de legalidad y acierto que ampara los actos de la administración, de modo que si no hay una abierta contradicción entre el acto administrativo reglamentario y las normas de orden superior, sino que es posible su armonización, deberá descartarse la nulidad propuesta y salvar la norma jurídica, que entre otras cosas busca rodear de seguridades y garantías un proceso de enorme trascendencia social, como que en él va involucrada la función notarial, depositaria por excelencia de la fe pública.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

**NORMA DEMANDADA:** LITERAL g) ARTICULO 5 DECRETO REGLAMENTARIO 3454 DE 2006

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN SEGUNDA

**Consejero Ponente:** DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

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

**Radicación número:** 11001-03-25-000-2008-00079-00(2431-08)

**Actor:** LEOVEDIS ELÍAS MARTÍNEZ DURAN

**Demandado:** LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad**, formulada por Leovedis Elías Martínez Duran contra la Nación – Ministerio del Interior y de Justicia.

#### LA DEMANDA

**LEOVEDIS ELÍAS MARTÍNEZ DURAN**, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó que se declare la nulidad parcial del siguiente acto:

- Literal g) del artículo 5º del Decreto Reglamentario No. 3454 de 3 de octubre de 2006, expedido por el Presidente de la República, el Ministro del Interior y de Justicia y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante el cual se reglamentó la Ley 588 de 2000, en el aparte que textualmente dice: *“La publicación de obras en áreas del Derecho se acreditará con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.*

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se compendian:

De conformidad con el inciso 2º del artículo 131 de la Constitución Política *“el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso”*. Como consecuencia de lo anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 588 del año 2000.

El artículo 4º de la Ley arriba señalada, estableció la forma como se calificarían los concursos, los factores a evaluar, las pruebas e instrumentos de selección y los puntajes asignables, precisó la norma que por la autoría de obras en el área del derecho se asignarían al candidato cinco puntos, sobre el total de cien posibles.

El Gobierno Nacional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial, las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto No. 3454 de 3 de octubre de 2006. Este Decreto fue publicado en el Diario Oficial Número 46.410, año CXLII, el día martes 3 de octubre de 2006, páginas 1, 2 y 3.

El literal g) del artículo 5º del Decreto Reglamentario No. 3454, estableció una única forma de acreditar la publicación de obras en áreas de derecho, esto es, el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

El artículo 3º de la Ley 44 de 1993, al reglamentar lo relativo al registro Nacional del Derecho de autor, dispuso que *"... la inscripción de una obra literaria científica o artística en ese Registro Nacional del Derecho de Autor es facultativa, no imperativa..."*

De los artículos 9º y 10 de la Ley 23 de 1982 se infiere que la protección que la ley brinda al autor de una obra, no requiere registro alguno, ya que éste no es constitutivo de derechos, en tanto lo que busca es proteger al autor, en la medida que existe una presunción legal en el sentido de tener como autor de una obra a la persona cuyo nombre o seudónimo, entre otros, aparezcan impresos en la obra o en sus reproducciones.

## **LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

De la Constitución Política, los artículos 150 numeral 1º y 189 numeral 11.

De la Ley 23 de 1982, los artículos 9º y 10.

De la Ley 44 de 1993, el artículo 3º.

Del Decreto No. 460 de 1995, el artículo 3º.

El artículo 15 del Convenio de Berna, adoptado por la Ley 33 de 1987.

De la Decisión 351 de 1993, los artículos 52 y 53, Pacto Andino.

La Ley 588 del 5 de julio de 2000.

Señala que en ejercicio de la potestad reglamentaria, el ejecutivo trazó los parámetros dentro de los cuales la ley debería ser cumplida, no obstante, el titular de la potestad, so pretexto de buscar la correcta aplicación de una disposición legal, no puede sustituir al legislador. Aclara el demandante que el poder Ejecutivo no solamente está obligado a respetar los límites de la ley que pretende reglamentar, sino que debe respetar celosamente cualquier otra norma de superior jerarquía que trate de la materia objeto de la reglamentación. Se remite el demandante al pronunciamiento de la Sección Primera, C. P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón, Sentencia de 11 de octubre de 2007, expediente No. 1100103240002004 00100 01.

Invoca el demandante los artículos 9º y 10 de la Ley 23 de 1982; el artículo 3º del Decreto No. 460 de 1995, reglamentario de la Ley 44 de 1994; el artículo 15 del Convenio de Berna, aprobado por la Ley 33 de 1987; y a los artículos 52 y 53 de la Decisión 351 de 1993; disposiciones que establecen la protección legal al autor de la obra, la que se otorga por el sólo hecho de haberla creado, sin que sea menester registro alguno por lo mismo reitera, que se tiene como autor de la misma a quien tenga su nombre, seudónimo o iniciales impresos en la obra. Advierte entonces que al exigirse como prueba de la autoría de una obra, el certificado expedido por la Dirección

Nacional de Derechos de Autor, convierte en obligatorio el registro de la creación literaria en esa oficina, desconociendo así la presunción legal señalada en el artículo 10º ya citado, y todas las demás normas pertinentes.

Refiere que el artículo 3º de la Ley 44 de 1993, prevé ese registro como facultativo, ya que revisado el texto el verbo rector utilizado, señala “*se podrán inscribir en el Registro Nacional del Derecho de Autor*”, por ende, la prueba de la autoría de una obra en materia de derecho, no requiere de reglamentación alguna, pues la ley ha señalado suficientemente la manera de demostrarlo.

El demandante cierra su acusación, afirmando que el poder Ejecutivo asumió la calidad de legislador, al convertir en obligatorio un registro, sin detentar habilitación jurídica alguna para imponer ese requisito.

### **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

El Ministerio del Interior y de Justicia, se opuso a las pretensiones de la demanda, en su resistencia expresó que la demanda parte de una interpretación sesgada y limitada, no sólo del contenido de la norma acusada, sino del contenido de las disposiciones superiores en las cuales aquella debe fundarse. Por esa equivocada lectura que realiza el demandante, hace que el fundamento de la demanda carezca de toda posibilidad de acogida (FI 35 a 41).

Agrega, además, que la interpretación que realiza el demandante parte del supuesto errado de considerar que el Ejecutivo a través de la norma acusada, desconoció la existencia de normas especiales referidas a la naturaleza y alcance del Registro Nacional de Derechos de Autor, y negó el valor probatorio del certificado de dicho registro y las normas que regulan el derecho de autor.

Advierte que pasado un mes de expedido el Decreto No. 3454 de 2006, el Consejo Superior de la Carrera Notarial expidió el Acuerdo No. 01 de 15 de noviembre de 2006, que convoca a concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad, y el ingreso de los elegidos a la carrera notarial. En el artículo 11, numeral 11, del referido Acuerdo, al regular el tema de la acreditación del cumplimiento de requisitos señaló como exigencia que la publicación de obras de derecho se acreditaría con el Certificado de registro de la obra expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o la certificación de la publicación expedida por la imprenta o editorial respectiva, junto con un ejemplar del libro publicado, de lo cual se advierte que dicha exigencia de registro no fue el único medio probatorio para acreditar la publicación de una creación literaria y que en dicho aspecto prevalecen las normas especiales que regulan la materia.

Sobre el valor probatorio del certificado del registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor, dijo la entidad, se ha señalado claramente que el mismo es declarativo y no constitutivo de derechos y que sin perjuicio de tales derechos, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Concluye que el Decreto demandado se encuentra en consonancia con el ordenamiento jurídico superior, por ende reclama se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **ALEGATOS**

En la oportunidad señalada por la ley para la presentación de las consideraciones finales, concurrió la parte demandada, para plantear, en síntesis, los mismos

argumentos que sirvieron de soporte para la réplica hecha a las pretensiones de la demanda (Fls. 55 a 63).

Adicionalmente, argumentó que la Corte Constitucional, mediante la sentencia de tutela de unificación SU-913 de 2009, concluyó que respecto de la certificación de la autoría de obras en derecho, quedaba incólume el puntaje otorgado por tal concepto, acreditado en la forma prevista en la mencionada disposición.

En oportunidad, también hizo uso de este derecho a presentar sus alegaciones finales el Departamento Administrativo de la Función Pública en términos similares del Ministerio del Interior y de Justicia (Fls. 67 a 70).

Expresó que no puede considerarse que el Gobierno Nacional, al dictar el Decreto No. 3454 de 2006, prescindió de dicha interpretación sistemática de la regulación especial de cada materia, cuando el alcance del literal g) del artículo 5º, parcialmente acusado, no es diferente del que le atribuye el propio legislador, en cuanto dispuso que dicha inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, pero ello no descarta, como equivocadamente lo entiende el demandante, la validez de otros medios probatorios que puedan presentarse para acreditar la autoría y titularidad sobre una obra. Por ende, reclama se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó acceder a la nulidad del aparte demandado del literal g) del artículo 5º del Decreto No. 3454, ruego apoyado en los siguientes argumentos (71 a 78):

Para la Agencia Fiscal, la normatividad regulatoria sobre la autoría de obras, no exigen registro o condicionamiento alguno para reconocer quién es el autor de una obra de creación intelectual, sino que ella se constituye en un aspecto meramente declarativo y no constitutivo de derechos.

Se remite a la normatividad que regula y garantiza la protección sobre la autoría de obras emanadas del derecho de autor, para concluir que ella no exige ningún tipo de formalidad de registro, certificación de ninguna clase, pues basta tan solo que aparezca el nombre, seudónimo, iniciales o cualquier marca o signo impreso en la obra o en sus reproducciones, sin que se requiera formalidad de registro o certificación de ninguna clase, como lo establece el artículo 10 de la Ley 23 de 1982, para tener a esa persona como autor de una obra.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público sostiene que la exigencia contenida en el aparte del artículo 5º en su literal g) del Decreto No. 3454 de 2006, impone una visión restrictiva y estrecha del derecho de autor consagrado en normas legales y supra legales.

Así mismo, la Procuraduría transcribe los apartes que consideró importantes de la Sentencia SU – 013 de 11 de diciembre de 2009, de la que es Magistrado Ponente el Dr. Juan Carlos Henao Pérez, las que le permiten inferir que la ausencia de formalidad del registro, no puede derivar en el desconocimiento por parte de las autoridades que administran el concurso, *“de la titularidad que el autor tiene sobre su obra, pues precisamente las disposiciones sobre derecho de autor, otorgan al registro un alcance meramente declarativo y no constitutivo del derecho de autor”*.

Además, el artículo 4º de la Ley 588 de 2000 señaló que la autoría de una obra en el área del derecho, otorga por sí los cinco puntos en el concurso de notarios, sin necesidad de ninguna otra clase de certificación o registro de la misma.

Agotado el trámite que corresponde a la acción de simple nulidad, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

El problema jurídico que ahora ocupa a la Sala exige determinar si el aparte del literal g) del artículo 5º del Decreto 3454 de 2006, infringe normas de orden superior, en cuanto dispuso como manera de acreditar la autoría de obras en el área del derecho, el certificado de registro de la creación literaria expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Para tal fin, se abordaran los siguientes aspectos: **1.** La potestad reglamentaria del Presidente de la República. **2.** El alcance de la norma demandada y si ella choca con la normas de orden superior.

La parte pertinente del Decreto acusado es del siguiente tenor:

*“MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA  
DECRETO NÚMERO 3454 DE 2006  
03 de octubre de 2006  
Por el cual se reglamenta la ley 588 de 2000  
EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA*

*En ejercicio de sus facultades constitucionales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,  
(...)*

*DECRETA:*

*(...)*

*“Artículo 5º. Documentación exigida para acreditar requisitos. En los términos de la Ley 588 de 2000 y del Decreto 960 de 1970, para acreditar el cumplimiento de los requisitos para aspirar al cargo de notario y la experiencia, títulos y obras que se pretendan hacer valer, se aceptarán los siguientes documentos:*

*(...)*

*g) La publicación de obras en áreas del Derecho se acreditará con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Se otorgarán los cinco (5) puntos a los aspirantes que puedan demostrar al menos la autoría de una (1) obra jurídica.*

*(...)*

*Dado en Bogotá D.C. a 3 de octubre de 2006.*

*ÁLVARO URIBE VÉLEZ.*

*El Ministro del Interior y de Justicia,  
Carlos Holguín Sardi.*

*El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.  
Fernando Grillo Rubiano.*

**1.- Potestad Reglamentaria del Presidente de la República.**

Con sujeción al artículo 189, numeral 11, de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente de la República “*ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.*”

Uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho, reside en la separación estricta de poderes, de modo que a cada autoridad está asignada una función y una responsabilidad, aquella debe ser ejercida dentro de unos límites infranqueables, esto es, de modo que no haya el peligro de invadir el ámbito de competencias de otros funcionarios. La delimitación estricta de las funciones, como forma racional del ejercicio del poder, impide su concentración en pocas manos y se erige en una restricción necesaria para impedir que una sola autoridad atraiga sobre sí potestades desmedidas. Esta consideración explica la responsabilidad de los funcionarios por extralimitación de sus funciones, como nítidamente se establece en el artículo 6º de la Carta y se desarrolla en leyes especiales que regulan la responsabilidad penal y política por extralimitación de funciones, y se erige en garantía de control del poder.

Así, la debida separación de los poderes públicos debe impedir que el Presidente de la República asuma funciones legislativas, lo que podría hacer so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, si es que de ese modo asume una competencia reservada exclusivamente al legislador.

No obstante, la violación de la potestad reglamentaria puede venir de que el Presidente de la República, contraría la propia ley reglamentada u otra del mismo linaje, lo que acontece cuando la ley de manera expresa ya se ocupó de la materia, y el Reglamento Presidencial la controvierte, modifica o desconoce su exacto sentido. Desde luego que un decreto reglamentario no podría desconocer los mandatos de la ley reglamentada, pues la actividad del Presidente de la República es complementaria de la tarea del legislador y no podría desconocerla. De otro lado, el control de la actividad legislativa corresponde a la Corte Constitucional y el presidente no podría, so pretexto de reglamentación, alterar lo dispuesto por el legislador, si en su momento no hizo la objeción de la ley por inconstitucional. Es claro entonces que las potestades legislativa y reglamentaria, se expresan en distintos planos y que el Presidente de la República no puede ir contra la ley reglamentada, como tampoco contravenir otra norma superior existente sobre la materia.

Tampoco podría el Presidente de la República saturar la normatividad, reglamentando lo que ya ha sido objeto de regulación por el propio legislador, pues si repite exacto el texto de las normas reglamentadas, viola el principio conocido como “*prohibición de la tautología legal*”.<sup>1</sup> Pero si en lugar de repetir la misma regla puesta por el legislador, contraría su sentido, habría abuso y desmesura de la potestad reglamentaria, pues de conformidad con el artículo 189, numeral 10º de la Carta Política al Presidente de la República le corresponde “*Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*”, lo cual desde luego excluye que pueda desconocer su contenido o so pretexto de reglamentar una ley, aniquilar sus efectos.

Igualmente el artículo 189 numeral 11 de la Carta, establece como premisa del ejercicio de la potestad reglamentaria, la existencia de vacíos y zonas de penumbra, que hagan necesaria la reglamentación, es decir que el carácter general impersonal y abstracto de

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “B”, Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, Sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-01632-01(3251-05)

la ley, no permitan su aplicación directa a un caso concreto, lo que justifica que el reglamento la complemente, en busca de su cumplida ejecución, pero, en todo caso, sin traicionar su genuino sentido, y sin irrumpir en terrenos reservados a la configuración legislativa.

## **2.- Acerca de si la norma demandada viola las normas de orden superior que se denuncian en la demanda.**

En el caso presente, se pretendió reglamentar el artículo 4º de la Ley 588 del 5 de julio de 2000, la norma reglamentada preceptúa:

*“ARTÍCULO 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 posgrado 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 esos factores serán concurrentes.*

*(...)*

*El concurso se calificará sobre cien puntos, así:*

*(...)*

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

*(...) (resaltado por el despacho).*

La norma que ha sido acusada, literal g) del artículo 5º, del Decreto Reglamentario No. 3454, de 3 de octubre de 2006, por medio de la cual se pretendió reglamentar el artículo 40 de la Ley 588 de 2000, expresa:

*“Artículo 5º. Documentación exigida para acreditar requisitos. En los términos de la Ley 588 de 2000 y del Decreto 960 de 1970, para acreditar el cumplimiento de los requisitos para aspirar al cargo de notario y la experiencia, títulos y obras que se pretendan hacer valer, se aceptarán los siguientes documentos:*

*(...)*

*g) La publicación de obras en áreas del Derecho se acreditará con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Se otorgarán los cinco (5) puntos a los aspirantes que puedan demostrar al menos la autoría de una (1) obra jurídica.*

*(...)”*

Sea lo primero señalar que la Ley 588 de 2000, norma objeto de la reglamentación, no agotó la materia, es decir, no se detuvo minuciosamente a detallar la forma de acreditar la satisfacción de las diferentes calidades y requisitos que otorgan puntaje en el concurso para desempeñar el cargo de notario. Por el contrario, la propia ley reglamentada, lejos de regular en detalle las exigencias del concurso, estableció que *“se valorará especialmente la experiencia de los candidatos, así como la **capacidad demostrada**”*, lo cual sugiere que la “demostración” de los factores de puntaje, es asunto que exige reglamentación y que por tanto exige el ejercicio de esa potestad regulativa que debe ejercer el ejecutivo.

Acreditada la necesidad de reglamentación, en tanto la ley reglamentada es insuficiente por sí para gobernar la actividad, se debe juzgar ahora si en el ejercicio de esa facultad el Presidente de la República incurrió en exceso o desviación. Se insiste en que si el

legislador no se detuvo a regular a plenitud la actividad, ni agotó las formas de acreditar la satisfacción de los requisitos y factores de puntaje, nada descarta que el Presidente de la República hubiera hecho uso de la potestad reglamentaria que le atribuye la Constitución, para lograr la cumplida ejecución de las leyes. Así, el legislador en la Ley 599 de 2000, reconoce puntajes por la “autoría” de obras en el área del derecho, pero se refiere genéricamente a la “autoría” de una obra, sin regular la forma de probarla, lo que de suyo justificaría el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Presidente de la República. Entonces, es nítido que el Presidente de la República, por la importancia del cargo y la trascendencia de la función podía sentar reglas complementarias de la ley, estableciendo alguna forma de probar la autoría de una obra, y buscando por esa vía, asegurar una mayor transparencia y fidelidad en el proceso de asignación de puntajes por obras jurídicas. Así en la norma acusada se dijo que “para acreditar el cumplimiento de los requisitos (...), se aceptarán los siguientes documentos (...) g) certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Como se aprecia, la norma reglamentaria estableció la posibilidad de que en el concurso se pudiera “aceptar” el dicho registro de la obra expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Naturalmente que confiar a que una autoridad pública, a quien se encomienda el registro, pueda dar cuenta de la autoría no es un requisito por sí abusivo o imposible de cumplir, con mayor razón si se repara en que el reglamento expedido apenas dijo con buen propósito que se aceptarían, entre otras formas de probar, la certificación de la Dirección Nacional de Derechos de autor, para acreditar la autoría de una obra, con lo cual, sin duda alguna, no excluyó las demás formas de acreditar la autoría de una obra jurídica.

Entonces, en lo que respecta a la exigencia de acreditación de la autoría de una obra, si se entendiera que a partir del reglamento se restringió la prueba, y que sólo es posible demostrar la autoría mediante la certificación de la Dirección Nacional de Registro de Autor, efectivamente el Gobierno Nacional habría excedido la potestad reglamentaria, pues habría ido más allá de lo que permite la ley reglamentada y el conjunto de normas de orden superior. No obstante, el reglamento demandado apenas previó la posibilidad de “aceptar” dicho registro para acreditar el cumplimiento de los requisitos. Según el acto demandado “se aceptarán los siguientes documentos (...) g) certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor”, cláusula reglamentaria que ni por asomo excluye la “aceptación” de otras pruebas para demostrar autoría. Para este caso, en atención a la trascendencia de la función, pues no se trata de cualquier concurso, sino de la incorporación de quienes han de atestar y preservar la confianza pública necesaria al desarrollo de las relaciones sociales, y por tratarse de los depositarios de la fe pública, el Presidente de la República quiso extremar el celo en la demostración de los requisitos y ello no se erige por sí en abuso de la potestad reglamentaria.

La Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de este mismo asunto, al resolver acciones de tutela propuestas por los candidatos a desempeñar el cargo de notario, a quienes se les negó la asignación de puntaje bajo la consideración de que no habían aportado el certificado de la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Inclusive, a manera de sistematización, emitió una sentencia de unificación.

Así, en el fallo de 11 de diciembre de 2009, con ponencia del Dr. Juan Carlos Henao Pérez se dijo:

*“[...] En ese contexto, la ausencia de la formalidad del registro no puede derivar en el desconocimiento por parte de las autoridades que administran el concurso, de la titularidad que el autor tiene sobre su obra, pues precisamente las disposiciones en cita, otorgan al registro un alcance meramente declarativo y no*

*constitutivo del derecho de autor. El registro adquiere en el ordenamiento interno colombiano un carácter opcional, lo que le habilita para ser tenido como uno de varios medios de prueba, pero no como medio de prueba obligatorio y excluyente en contravía de la presunción legal inserta en el artículo 10 de la Ley 23 de 1983 y del artículo 3 de la Ley 44 de 1993, según el cual: “se podrán inscribir en el registro nacional del derecho de autor : a) las obras literarias científicas y artísticas” ( resaltado fuera de texto).*

*10.1.8 Lo expuesto demuestra con suficiencia que en Colombia el registro no opera como una solemnidad ad substantiam actus. Por lo mismo, no puede ser el único medio autorizado para acreditar la autoría de una obra literaria y mucho menos desplazar a la obra misma difundida a través de la publicación como medio de prueba idóneo, pues ello implicaría mutar la naturaleza facultativa del registro y desconocer la automaticidad del reconocimiento del derecho moral de autoría.*

*La misma Ley 44 de 1993 precisa que el objetivo del registro es otorgar publicidad del derecho del titular, como mecanismo de protección para éste, así como de los actos y contratos por los cuales se transfieren los derechos patrimoniales de autor. De hecho, el registro se advierte obligatorio cuando se trata de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor, en tanto derechos reales, pero no ocurre lo mismo frente al derecho moral, cuya máxima expresión, es el derecho a ser reconocido como titular de la obra. (...)*

*10.1.10 Finalmente, recogiendo nuevamente el precepto contenido en el artículo 228 Superior , no debe perderse de vista que según lo prescrito por el artículo 4º de la Ley 588 de 2000, es la autoría de una obra en derecho y, ninguna otra circunstancia, la que hace procedente la asignación de cinco (5) puntos a un participante en el concurso de notarios, con lo cual se observa nítidamente que en parte alguna se condicionó el puntaje al medio de prueba usado para demostrar la calidad de autor, de manera que a partir de un asunto meramente instrumental se terminó desconociendo el requisito sustancial para la obtención del puntaje y los derechos a la titularidad de la obra de un buen número de participantes. Por dicha razón tampoco es de recibo que se pretenda dar efecto exclusivo al artículo 12, literal c) del Acuerdo 01 de 2006, según el cual la autoría sólo podrá acreditarse de la forma prevista en el artículo 5 letra g) del decreto 3454 de 2006, pues se hace extensivo a este numeral la misma censura que se efectúa al citado artículo 5º literal g) del Decreto 3454 de 2006, en tanto no cabe la interpretación restrictiva sin vulnerar el derecho fundamental de autor*

*10.1.11 Lo anterior permite concluir sin mayor esfuerzo que por un exceso de ritual se otorgó mayor valor a un requisito instrumental que a la garantía del derecho sustancial, debido a una nula interpretación del derecho sustancial.*

*10.2 La Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena que forma parte del bloque de constitucionalidad son normas especiales de superior jerarquía respecto del Decreto 3454 de 2006 y del Acuerdo 01 de 2006 del Consejo Superior de la Carrera Notarial y protegen el derecho de autor reconocido como derecho fundamental por la Corte Constitucional.*

*10.2.1 las creaciones del intelecto en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas bajo la definición de “propiedad intelectual”, expresión que cobija diferentes conceptos tales como el derecho de autor, el derecho de propiedad industrial, los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo.*

*La Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena por la cual se establece un régimen común de derechos de autor para los países miembros del Pacto Andino y, cuyo texto resulta de especial interés para el resultado de este proceso, fue reconocida por la Corte Constitucional en cuanto hace referencia a los derechos morales de autor, como parte del bloque de constitucionalidad por*

*virtud de la Sentencia C-1118 de 2005, al otorgar al derecho moral de autor la entidad de derecho fundamental.*

*Se debe precisar que el derecho de autor comprende a su vez, dos aspectos claramente diferenciados por la doctrina: el derecho moral de autor y el derecho patrimonial. [...]*”

Puestas en esta dimensión las cosas, la Sala debe responder al pedido de que la norma sea retirada del ordenamiento jurídico, pues según la opinión del demandante ella desconoce reglas de orden superior. Como quedó visto precedentemente, no es cierto que el reglamento haya excluido otras formas de probar la autoría de una obra jurídica, por el contrario, entonces dentro de las opciones interpretativas plausibles, la Sala se inclina por mantener el acto administrativo que, se repite, buscando una mayor seriedad resaltó en toda su dimensión el valor demostrativo de una certificación de orden oficial, como es la que expide la Dirección Nacional de Derechos de Autor, alternativa probatoria que no riñe con la norma reglamentada, sino que realiza el afán del Reglamento expedido por otorgar la mayor seriedad y credibilidad a un proceso en que está comprometida la confianza pública. En el caso concreto, y atendidos los perfiles del cargo de Notario y la trascendencia social de su función, si el Gobierno Nacional abundó en rigores para asegurar la seriedad del proceso, con ello no violó la potestad reglamentaria.

Esta posición del Consejo de Estado, expresa la tendencia tradicional que se inclina por restringir la invalidación de los actos de la administración, y por ese camino mantener la presunción de legalidad y acierto que acompaña a todas las manifestaciones de la administración, en este caso, del Decreto Reglamentario 3453 de 3 de octubre de 2006, que parcialmente ha sido demandado. De esta manera se insiste, se preserva la presunción de legalidad y acierto que ampara los actos de la administración, de modo que si no hay una abierta contradicción entre el acto administrativo reglamentario y las normas de orden superior, sino que es posible su armonización, deberá descartarse la nulidad propuesta y salvar la norma jurídica, que entre otras cosas busca rodear de seguridades y garantías un proceso de enorme trascendencia social, como que en él va involucrada la función notarial, depositaria por excelencia de la fe pública. Así, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 *“las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución y a las leyes.”*, y como se ha pedido la exclusión del ordenamiento de una parte del Decreto demandado, el examen arroja que en verdad su texto no contraría el ordenamiento superior, pues no consagró que la única manera de acreditar la creación de una obra jurídica, fuera el certificado expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, exigencia que para el caso en estudio el ejecutivo determinó como medio demostrativo del referido requisito. Es posible entonces una lectura alternativa del Decreto que permite aplicar de mejor manera la presunción de legalidad y acierto, dejando a salvo la norma demandada.

Como se recuerda, la norma demandada preceptúa que *“la publicación de obras en áreas del Derecho se acreditará con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.”* La parte demandante edifica la acusación, bajo el entendimiento de que implícitamente en la norma subyace una forma adverbial que transformaría el precepto, que entonces ofrecería el siguiente contenido *“la publicación de obras en áreas del Derecho – solamente- se acreditará con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.”* Desde luego que así leída la norma, ella establecería una cláusula restrictiva de la forma de probar la autoría de una obra, y violaría normas de orden superior.

Pero si la norma demandada se aprecia en una dimensión simplemente enunciativa, el certificado expedido por la Dirección Nacional de **Derechos de Autor**, sería una más de las varias formas de probar la autoría, la que no excluiría otros instrumentos ni otros medios probatorios. Bajo esta perspectiva, el Decreto demandado no sería contrario a las normas superiores que se enlistan en la acusación.

El Consejo de Estado, como ya se insinuó, para preservar la presunción de legalidad que acompaña a los actos de la administración, y bajo el entendimiento de que la norma demandada no estableció una restricción probatoria, sino que fue expedida con espíritu indicativo, enunciativo y no creó con ello una enumeración cerrada o prohibitiva, considera que el reglamento en sí no contraría el ordenamiento jurídico y por el contrario busca mayor transparencia en un proceso de la mayor importancia.

Muestra de que el acápite demandado no contiene una enunciación *numerus clausus*, sino que apenas enunciaba una de las varias formas de probar la autoría, es el Acuerdo No. 01 de 15 de noviembre de 2006, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, que convoca a concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad, y el ingreso de los elegidos a la carrera notarial, que en su artículo 11, numeral 11, no limitó la forma probar la autoría al Certificado de Registro de la Obra expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, sino que igualmente admitió la certificación de la publicación expedida por la imprenta o editorial respectiva, junto con un ejemplar del libro publicado, de lo cual se sigue que el dicho registro no fue el único medio para acreditar la publicación de una obra y que en dicho aspecto prevalecieron las normas especiales que regulan la materia.

El mismo entendimiento otorgó la Corte Constitucional en la sentencia de 11 de diciembre de 2009, ya citada en otro parte de este fallo, en la que se dijo:

*“La otra posibilidad, por la cual se inclina en esta ocasión la Corte, es interpretar el artículo 5, literal g) del Decreto 3454 de 2006, de manera tal que se ajuste a los cánones de la Carta Política, de modo que ni la contradiga ni limite el ejercicio de los derechos fundamentales. De esta manera, se entenderá que el Decreto 3454 de 2006, señala un requisito de acreditación de autoría que no es restrictivo, de manera que el numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006 lo que hace es extender las posibilidades para acreditar el requisito de autoría. Lo anterior, conduce a que el puntaje asignado en el concurso de notarios ya culminado, a la autoría de obras en derecho, acreditadas bien mediante el registro, bien mediante la publicación no puede ser desconocido ni alterado por ninguna autoridad administrativa o judicial, salvo que previamente se haya surtido proceso ordinario en el cual quede demostrado que quien se reputa autor, en realidad no lo es; es decir, en tanto se desvirtúe judicialmente la presunción iuris tantum creada por la ley. No debe en este momento dejarse de lado que es principio aceptado que la interpretación que favorezca la protección de los derechos fundamentales debe prevalecer sobre aquella que le sea contraria.”*

Bajo las anteriores consideraciones, se negarán las pretensiones de la demanda.

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,

**FALLA**

**NEGAR** las pretensiones de la demanda en la que se solicitó decretar la nulidad parcial del literal g) del artículo 5º del Decreto No. 3454 de 3 de octubre de 2006, expedido por el Presidente de la República y el Ministro del Interior y de Justicia, mediante el cual se reglamentó la Ley 588 de 2000, por las razones expuestas en parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y, una vez, en firme este proveído archívense las presentes diligencias. Cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN.**

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ.**

**GERARDO ARENAS MONSALVE.**

**LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO.**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN.**  
farf

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.**