



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Número único: 11001030600020230020800

Radicación interna: 2507

Referencia: Carrera notarial. Derecho de preferencia para ejercer el cargo en otra notaría que se encuentre vacante. Artículo 178, numeral 3°, del Decreto Ley 960 de 1970.

El Gobierno nacional, por intermedio del ministro de Justicia y del Derecho, solicita a la Sala emitir concepto, en ejercicio de la función establecida en el artículo 112, numeral 1°, de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), sobre el alcance y la forma de hacer efectivo el derecho de preferencia otorgado a los notarios públicos de carrera.

ANTECEDENTES

Con el fin de precisar el marco jurídico de la consulta, el Ministerio de Justicia y del Derecho pone en consideración de la Sala las diferentes normas legales y reglamentarias que han regulado el derecho de preferencia de los notarios previsto en el numeral 3° del artículo 178 del Decreto 960 de 1970 (en adelante, el Estatuto del Notariado), reglamentado en su momento por el Decreto 2054 de 2014¹, acto administrativo que fue declarado nulo por parte del Consejo de Estado².

En ese sentido, hace referencia a las decisiones judiciales y administrativas adoptadas como consecuencia del fallo de nulidad en mención; a los problemas de interpretación que se han generado respecto del ejercicio del derecho de preferencia; a la competencia del Consejo Superior de la Carrera Notarial para establecer un procedimiento operativo frente al ejercicio de ese derecho; a las decisiones judiciales relacionadas con las atribuciones de ese Consejo para reglamentar y aplicar el derecho de preferencia, y a la facultad reglamentaria del Gobierno nacional en estas materias, entre otros temas.

¹ «Por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970».

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 13 de mayo de 2021, expediente 11001-03-25-000-2014-01431-00 (4668-2014).

En el recuento, parte de lo establecido en el artículo 131 de la Constitución, respecto de la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y recordó cómo, por regla general, el acceso a la carrera notarial es mediante concurso. Además, precisó que el régimen legal ha determinado diferentes mecanismos para el desempeño de estos cargos, tales como el «encargo», la «interinidad» y la «propiedad».

Destaca que el artículo 178 del Estatuto de Notariado regula el derecho de preferencia de quienes pertenecen a la carrera notarial, y alude al desarrollo y aplicación de ese derecho, antes de la expedición del Decreto 2054 de 2014 y en vigencia de este.

Al respecto, explica que, con anterioridad al decreto reglamentario enunciado, el Consejo Superior de la Carrera Notarial (en adelante CSCN) daba aplicación al derecho de preferencia de los notarios de carrera, atendiendo los siguientes criterios:

- Los derechos de carrera se reconocían con la designación en propiedad [del notario], comprendida como el acto administrativo de nombramiento y la posesión en el cargo. [...]
- Ocurreda alguna de las circunstancias de falta absoluta descritas en el artículo 2.2.6.1.5.3.9 del Decreto 1069 de 2015, el notario, haciendo valer sus derechos de carrera, podía solicitar ser designado en otra notaria, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 178 del Estatuto de Notariado.
- El notario que primero solicitara ocupar otra notaria en ejercicio del derecho de preferencia tenía mejor derecho, que quienes lo solicitaban posteriormente.
- La vacante que quedaba luego de ejercitado el derecho de preferencia [respecto de una notaría] se llenaba con la correspondiente lista de elegibles vigente.
- Las solicitudes de preferencia eran llevadas al CSCN para su decisión y no las tramitaba la Secretaría Técnica. [No obstante, esa] facultad [fue] posteriormente concedida a la Secretaría Técnica mediante Acuerdo 1 del 2020, en concreto, en el literal j) del artículo 6.³

Indica que el Decreto 2054 de 2014 reglamentó todos los aspectos relacionados con el derecho de preferencia de los notarios de carrera, esto es, «su trámite, el ingreso, la denominación de vacancia, la procedencia, requisitos, trámite y agotamiento de la solicitud, así como [la aclaración] del concepto de circunscripción político administrativa y otros aspectos concordantes»⁴, y, en virtud de esa norma, el CSCN expidió el Acuerdo 02 de 2020, por medio del cual estableció un procedimiento operativo para dar trámite a las solicitudes que se recibieran por los notarios de carrera, sobre el particular.

³ Ver, Expediente digital, archivo 2, folio 3.

⁴ Expediente digital, archivo 2, folio 3.

El ministerio subraya que, una vez expedido el referido decreto, los criterios adoptados por el CSCN para el efecto, fueron los siguientes:

- De conformidad con el Decreto 2054 de 2014 se estableció la prevalencia de la antigüedad en la carrera notarial, como criterio de selección, lo cual era verificado con el acta de posesión en el cargo.
- Se reiteró que la vacancia de la Notaría debía enmarcarse dentro de las seis (6) causales de vacancia descritas en el artículo 4 del Decreto 2054 de 2014, por lo que, aquellas situaciones que no se encontraran previstas en dichas seis causales, no serían provistas a través del ejercicio del derecho de preferencia. [Pies de página suprimidos]

Posteriormente, menciona las consecuencias jurídicas derivadas de la declaratoria de nulidad del Decreto 2054 de 2014⁵, entre ellas, la pérdida de fuerza ejecutoria del Acuerdo 02 de 2020 expedido por el CSCN, razón por la cual dicho órgano se vio obligado a proferir uno nuevo, el Acuerdo 01 de 2021, mediante el cual estableció lineamientos operativos para la aplicación del derecho de preferencia.

Sin embargo, el CSCN procedió a la revocatoria directa de este último, a través del Acuerdo 01 de 2022, por cuanto se presentaron varias solicitudes de revocatoria, con sustento en una presunta violación de la reserva de ley, y en virtud del auto emitido por el Consejo de Estado, dentro de un proceso de nulidad simple contra el Acuerdo 01 del 2021, que ordenó la suspensión inmediata de los efectos de ese acto administrativo⁶.

Informa que en sesión del CSCN del 19 de octubre de 2022, los integrantes de dicho organismo decidieron, de un lado, solicitar a la Sala de Consulta y Servicio Civil a través de la presente consulta «aclarar diversos asuntos relacionados con el ejercicio del derecho de preferencia» y del otro, dar aplicación al derecho enunciado, facultando a la Secretaría Técnica para adelantar el procedimiento eminentemente operativo correspondiente⁷, para la garantía del derecho de preferencia.

Igualmente, pone de presente el surgimiento de diferentes interpretaciones posibles, luego de la declaratoria de nulidad del Decreto 2054 de 2014, especialmente, en cuanto a los conceptos de «vacancia» y «circunscripción político administrativa», contenidos en el artículo 178 del Estatuto de Notariado.

⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de mayo de 2021. Ver pie de página 2.

⁶ Auto interlocutorio del 7 de abril de 2022, dentro del proceso de nulidad simple número 11001-03-25-000-2014-01431-00 (4668-2014).

⁷ Expediente digital, archivo 2, folio 5

Asimismo, hace un recuento jurisprudencial en torno a las competencias del CSCN para reglamentar el derecho de preferencia y su aplicación, así como sobre la facultad del Gobierno nacional para reglamentar asuntos en materia notarial.

Con fundamento en el contexto ilustrado, y en atención a «las inquietudes jurídicas que se presentan en torno a la aplicación del derecho de preferencia del que gozan los notarios en propiedad»⁸, formula las siguientes:

II. PREGUNTAS

1. ¿Es posible aplicar el derecho de preferencia sin tener las reglas legales que definan su agotamiento?
2. [¿] Es viable aplicar las reglas generales del CPACA y disposiciones (cuáles) por analogía para el agotamiento del derecho de preferencia [?]
3. [¿]Cuál es el alcance de las competencias regulatorias y operativas del Consejo Superior, es decir, es viable que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, establezca a través de reglamentos administrativos términos meramente de impulso para poder aplicar el derecho de preferencia, como, por ejemplo, publicación de vacantes, recepción de solicitudes, términos para pronunciamiento por parte de los notarios y de la administración, criterios para establecer el notario con mejor derecho y acciones meramente operativas que permitan efectivizar la aplicación del derecho de preferencia?
4. [¿] Hasta dónde llegan las competencias de reglamentación del Gobierno Nacional en virtud de la competencia constitucional establecida en el artículo 189 numeral 11, en materia de servicio público notarial [?]
5. ¿Qué se debe entender por vacancia, para efectos del agotamiento del derecho de preferencia?
6. ¿Qué es circunscripción político-administrativa, para efectos del agotamiento del derecho de preferencia?
7. ¿Cuáles podrán ser los criterios para efectos de determinar el notario con mejor derecho para ser designado en ejercicio del derecho de preferencia?

Por último, es preciso indicar que presentada la ponencia inicial para resolver la consulta por el despacho de la doctora Ana María Charry, esta no obtuvo la mayoría requerida, razón por la cual el expediente rotó, según reglas de reparto, al despacho del suscrito consejero para la elaboración de una nueva ponencia.

⁸ SAMAI. Documento ED_022507CONSULTAMIN(.pdf), pág. 1

III. CONSIDERACIONES

A. Planteamiento de los problemas jurídicos

De los antecedentes y preguntas formuladas por el ministro de Justicia y del Derecho, se desprende que la consulta versa sobre el alcance y la forma de hacer efectivo el denominado «derecho de preferencia» otorgado a los notarios públicos de carrera previsto en el numeral 3° del artículo 178 del Estatuto de Notariado, norma legal que fue reglamentada por el Decreto 2054 de 2014, el cual fue declarado nulo por el Consejo de Estado.

En el contexto de la consulta, se advierte que existen dudas sobre la vigencia del mencionado texto legal, y en caso afirmativo, sobre el ejercicio o aplicación práctica del «derecho de preferencia». Así mismo, se presentan inquietudes sobre las competencias de determinadas autoridades frente a la carrera notarial.

En consecuencia, la consulta involucra los siguientes problemas jurídicos:

- i)* ¿el numeral 3° del artículo 178 del Estatuto de Notariado se encuentra vigente?
- ii)* ¿Cuáles son las competencias normativas del Congreso de la República, el Gobierno nacional y el Consejo Superior de la Carrera Notarial, frente al citado derecho de preferencia?
- iii)* Ante la declaratoria de nulidad del Decreto reglamentario 2054 de 2014 ¿cuáles son los criterios que deben tenerse en cuenta para el ejercicio de este derecho?

Para dar respuesta a la consulta, la Sala estudiará, a continuación, los siguientes temas: *i)* origen del «derecho de preferencia» de los notarios tránsito constitucional y vigencia, *ii)* la función notarial y su regulación en la constitución de 1991, reserva de ley, *iii)* las competencias del Congreso de la República, el Gobierno nacional y el Consejo Superior de la Carrera Notarial, para la regulación, la reglamentación y la administración de la carrera notarial, *iv)* el derecho de preferencia y su aplicación práctica, y *v)* las conclusiones y recomendaciones de la Sala.

B. Desarrollo argumentativo

Como quiera que el derecho de preferencia previsto para ser ejercido por los notarios de carrera, tiene su génesis en el artículo 178, numeral 3°, del Decreto Ley 960 de 1970 (Estatuto de Notariado), norma que se dictó al amparo de la Constitución Política anterior, es importante revisar el contexto en el que se originó

esa disposición, para luego analizar la vigencia de dicho precepto frente a las normas vigentes.

1. Origen del derecho de preferencia de los notarios públicos de carrera.

1.1. El sistema de designación de los notarios y la carrera notarial, antes de la Constitución de 1991

El artículo 188 de la Constitución de 1886, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 1931, disponía que «[c]ompete a la ley la creación y supresión de Círculos de Notaría y de Registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los Notarios y Registradores».

A la luz de esta disposición y del artículo 76, numeral 12, de la misma Carta, el Congreso de la República otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República, mediante el artículo 1 de la Ley 8 de 1969⁹, para dictar, entre otros, un «Estatuto del Notariado», contentivo de las normas sobre «la organización del Notariado, para lo cual podrá crear, suprimir, refundir y redistribuir círculos notariales, establecer categorías, disponer los requisitos y los medios de provisión, permanencia y relevo de los Notarios», entre otras materias.

En ejercicio de estas facultades extraordinarias, el Gobierno emitió el Decreto Ley 960 de 1970, «por el cual se expide el Estatuto del Notariado». El régimen general establecido por esa disposición y las reglamentarias que le siguieron tenían las siguientes características que se enuncian a título ilustrativo, con fin de entender el contexto en el que se desarrolló el derecho de preferencia:

- Los notarios públicos podían ser «de servicio» o «de carrera»;
- Para ingresar a la carrera, se requería haber sido previamente notario de servicio, y haber ejercido el cargo en propiedad, entre otras exigencias;
- Al mismo tiempo, los notarios podían ser nombrados en propiedad, en interinidad o en encargo;
- Frente a una falta (absoluta o transitoria) de un notario, podía designarse un notario encargado, por un tiempo no superior a noventa días, mientras el respectivo nominador nombraba un notario en propiedad o en interinidad;

⁹ «Por la cual se conceden al Presidente de la República facultades extraordinarias para reformar los sistemas de Notariado, Registro de Instrumentos, Catastro, Registro del Estado Civil de las Personas y de Constitución, transmisión y registro de derechos reales y trabas sobre vehículos automotores, Reglamentos de Policía Vial y de Circulación para cumplir lo estatuido hoy en el artículo 92 de la Codificación Constitucional vigente».

260

- Podía nombrarse un notario interino cuando: i) el concurso para designar notarios en propiedad fuera declarado desierto, o ii) la falta que hubiera dado lugar al encargo se extendiera por más de tres meses;
- En estos casos, el notario interino podía permanecer en el cargo hasta que se hiciera el nombramiento del respectivo notario en propiedad;
- Tanto para ingresar al servicio como para ingresar a la carrera notarial, se requería participar en el respectivo concurso de méritos y aprobarlo;
- Sin embargo, dicho concurso no era la única forma de ser designado notario en propiedad, porque el mismo Estatuto del Notariado establecía que, mientras se organizaba el concurso, la designación de los notarios podía efectuarse directamente por los nominadores (el Gobierno nacional, en el caso de los notarios de primera categoría, y los gobernadores, en los demás casos), entre las personas que cumplieran los requisitos legales para ocupar el cargo;
- Los notarios de carrera tenían unos derechos y prerrogativas con los que no contaban los «notarios de servicio», entre los cuales estaba el derecho de ocupar otra notaría de la misma categoría que estuviera vacante, dentro de la misma circunscripción político-administrativa (*derecho de preferencia*), y
- El cargo de notario debía ejercerse en una determinada zona, denominada «círculo de notaría», que era definida por el Gobierno nacional, y estaba compuesta por uno o varios municipios del mismo departamento.

Es en el anterior contexto que se originó el llamado «derecho de preferencia» previsto en el artículo 178 del Estatuto del Notariado:

Artículo 178. El pertenecer a la carrera notarial implica:

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

Pasará la Sala a analizar el numeral 3 de la norma transcrita frente a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

1.2. El tránsito constitucional y la vigencia del artículo 178 numeral 3°, del Decreto Ley 960 de 1970

Como punto de partida la legislación colombiana, de tiempo atrás, prevé reglas para el tránsito constitucional, así:

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

De lo anterior surgen claramente dos reglas que han sido dilucidadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰: i) la inconstitucionalidad sobreviniente se predicará sólo respecto de leyes vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución y, produce un fenómeno jurídico asimilado parcialmente a la derogatoria, y ii) para la aplicación de las normas expedidas bajo una constitución derogada, se debe realizar un juicio de dichas normas frente a la Carta Constitucional vigente, de manera que si resulta claramente contraria a su letra o a su espíritu, según la ley, se entenderá derogada.

En este sentido puede afirmarse que el solo hecho de entrar en vigor la Constitución de 1991, no conlleva forzosamente *prima facie*, la derogatoria del del Decreto Ley 960 de 1970, pues no resultan incompatible materialmente con los enunciados de la Carta.

De hecho, se trata de una norma que desarrolla la carrera notarial, mismo aspecto que constituyó una finalidad del Constituyente al incorporar a la Carta de 1991 el mandato del artículo 131 Superior. En efecto, la exigencia constitucional del concurso tiene la pretensión de mejorar el servicio notarial y garantizar la idoneidad de quienes accedieran a esa función, así como evitar ciertas prácticas en el nombramiento de los notarios¹¹, por lo que se trata de una norma que consolida la carrera notarial, en función de los objetivos enunciados, así:

Artículo 131. Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia.

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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de julio de 2008, M.P. Gustavo Gómez Aranguren. Reiterada en la Sentencia del 13 de mayo de 2021, expediente 11001-03-25-000-2014-1431-00 (4668-2014), de esa misma sección.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-153 de 1999

262

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. [Énfasis de la Sala].

Lo anterior supone, de manera general, que en virtud de la disposición constitucional transcrita existe **reserva de ley** para la «reglamentación» del servicio público notarial y del concurso para acceder al nombramiento de notario en propiedad, que, en principio, se ven satisfechos con el Decreto Ley 960 de 1970. Esta realidad de la compatibilidad del precepto con la Carta y del entendimiento sobre su vigencia, se refleja en que la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha referido en varias ocasiones a dicha disposición, después de la Constitución Política de 1991 e, incluso, con posterioridad a la expedición de la Ley 588 de 2000, considerándola plenamente vigente.

El Consejo de Estado, por ejemplo, en sentencia del 13 de mayo de 2021¹², declaró la nulidad, en su integridad, del Decreto 2054 de 2014 que el Gobierno nacional había expedido para reglamentar el ejercicio del derecho de preferencia contenido en el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, oportunidad en la que esta Corporación hizo las siguientes consideraciones, que resultan importantes para resolver esta consulta:

Es de resaltar, que por el solo hecho de entrar en vigor la Constitución de 1991, no se puede sostener, *prima facie*, como lo hace el demandante, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente del Decreto Ley 960 de 1970, porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de todas las normas expedidas bajo la Constitución derogada¹³.

Esta afirmación tiene fundamento en el artículo 9 de la Ley 153 de 1887 (...) //De la anterior regla se infiere con claridad que todas las normas infraconstitucionales existentes para la fecha de promulgación de la Constitución de 1991 mantuvieron su vigencia, salvo aquellas manifiestamente contrarias al contenido material de esta Constitución.

También el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de septiembre de 2023¹⁴, dio cuenta de la existencia del derecho, al precisar el «marco normativo que orienta el derecho de preferencia en la carrera notarial» y destacar la existencia de la norma previamente reseñada.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 13 de mayo de 2021, expediente 11001-03-25-000-2014-1431-00 (4668-2014).

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

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 28 de septiembre de 2023, expediente 11001-03-25-000-2019-00235-00 (1472-2019)

En atención a que el numeral 3° del artículo 178, del Decreto Ley 960 de 1970, no resulta incompatible materialmente con los enunciados de Constitución Política de 1991, se revisará su vigencia en cuanto dicha norma: *i)* no haya sido derogada expresa o tácitamente, o *ii)* no haya sido declarada inexecutable.

1.2.1. Derogatoria

En el concepto 2255 de 2015, la Sala realizó un completo análisis sobre la derogatoria de las leyes, la cual tiene ocurrencia cuando se produce la pérdida de su vigencia como consecuencia de la expedición de una nueva norma¹⁵, de tal suerte que se produce la exclusión de la disposición derogada del ordenamiento jurídico¹⁶. Esta figura encuentra justificación en la necesidad de que las normas vigentes puedan ser posteriormente modificadas o eliminadas con el propósito de ajustar el ordenamiento a nuevas realidades.

Desde el punto de vista legal, la figura de la derogatoria se encuentra prevista en los artículos 71 y 72 del Código Civil. Así, la primera de estas disposiciones indica:

“La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

¹⁵ “La Corte ha señalado que la derogación es “es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior” y, que por ende, su función consiste en expulsar del ordenamiento jurídico una determinada disposición por una norma de igual o superior jerarquía de la disposición derogada. En este sentido, la derogación no se relaciona con la pérdida de validez de una norma, por efecto de su declaración de inconstitucionalidad, por ejemplo, sino de la libertad política del legislador que por cuestiones de oportunidad y conveniencia, decide derogarla”. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, C-1019/12. Véase igualmente: “Al respecto conviene señalar que la derogatoria es aquel efecto de una ley, determinante de la pérdida de vigencia de otra ley anterior, la cual puede ser expresa o tácita”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de octubre de 2006, C-823/06. “Según la doctrina reiterada y pacífica de este tribunal, “la derogación es la revocación total o parcial de un precepto por disposición del legislador”. La derogación implica el cese de la vigencia de una norma jurídica como efecto de una norma posterior que se dicta en ejercicio de la libertad de configuración del legislador, y que no responde a un criterio de validez. El legislador puede decidir derogar una norma, que es un acto propio de su voluntad política, en ejercicio del principio democrático, conforme a criterios de conveniencia político-social”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de noviembre de 2012, C-811/14. Desde el punto de vista de la doctrina se ha indicado: “Derogación es la cesación de la existencia de la ley toda o de una parte de ella por mandato expreso o tácito de otra posterior”. Antonio Vodanovic, Manual de Derecho Civil, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2001, p. 124. “Derogar es privar de eficacia a una norma válida por medio de otra norma posterior”. Federico Arnau Moya, Lecciones de Derecho Civil I. Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2008/2009, p. 40.

¹⁶ “Por medio de la derogación se cancela la vigencia de normas legales, produciéndose de esta forma la cesación de sus efectos y, por ende, su exclusión del ordenamiento positivo. Se trata entonces de la cristalización negativa de la facultad legislativa, ya que de la misma manera que el Congreso expide normas, puede suprimirlas, disponiendo su eliminación del sistema, sustituirlas o modificarlas, siguiendo el principio según el cual las cosas se deshacen como se hacen”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de noviembre de 2007, C-952/07.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.”

Por su parte, el artículo 72 se refirió al alcance de la derogatoria tácita señalando:

“La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

De igual forma, el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 se refirió al fenómeno de la derogatoria al establecer:

“Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

Además de la clasificación anterior, y con fundamento en la ley¹⁷ y la jurisprudencia nacional, la derogatoria puede ser parcial o total¹⁸.

Frente al caso concreto, en **primer lugar**, para determinar la vigencia del precepto, es necesario recordar, que ninguna disposición legal ha derogado expresamente el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, por lo que, *prima facie*, por lo menos formalmente, el artículo continúa vigente.

Tampoco lo hizo la Ley 588 de 2000, la cual, dispuso derogar de manera expresa «los artículos **164¹⁹, 170, 176, 177 y 179** del Decreto-ley 960 de 1970 y las demás disposiciones que le sean contrarias [...]» [énfasis añadido]. De lo que se colige que las normas del Estatuto de Notariado que regulan, entre otras materias, la forma de designación y retiro de los notarios, las situaciones administrativas en que puedan encontrarse y la carrera notarial, así como el derecho de preferencia al que se alude, no fueron derogadas expresamente.

En segundo lugar, a fin de determinar si la norma fue **derogada tácitamente** por la Ley 588 de 2000 «por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad

¹⁷ Código Civil, artículo 71.

¹⁸ “La derogatoria es total, cuando la nueva ley suprime por completo la anterior y parcial, en el caso de que la segunda ley suprime uno o más preceptos de la antigua, quedando subsistente el resto de ella”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de junio de 2007. Radicación número: 25000-23-31-000-2008-00007-01. “De acuerdo con su extensión, la derogación puede ser total o parcial (C. Civil, art. 52 inciso final): la primera hace cesar la vigencia de la ley antigua en todas sus partes; la derogación parcial, sólo en algunas de sus partes, como ser un artículo, o varios, un inciso, una frase, una palabra. Las normas derogadas pueden o no ser reemplazadas por otras”. Vodanovic, *ob cit.*

¹⁹ La derogatoria de esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-421 de 2006, como más adelante se explicará.

notarial», es importante recordar que esta ley regula el concurso público de méritos para el ingreso a la carrera notarial y la designación de notarios en propiedad, pero no todos los aspectos atinentes a dicha carrera, ni los derechos y obligaciones de los notarios nombrados y en ejercicio de la función notarial, ni el régimen sustancial aplicable a los notarios públicos, el cual, en su mayor parte, se sigue rigiendo por lo previsto en el Decreto Ley 960 de 1970.

Uno de tales aspectos, relacionados con la carrera, es el derecho de los notarios ya incluidos en ella, una vez nombrados y posesionados, a gozar del denominado *derecho de preferencia*, para ocupar otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante, dentro de la misma circunscripción político-administrativa, en los términos del numeral 3° del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970.

[En orden a determinar la *vigencia material* de este derecho con respecto a la Ley 588 de 2000, debe recordarse que el artículo 6 de esta ley, establece la posibilidad de los aspirantes en el concurso de *preferir*, en la designación como notario, a quien esté ejerciendo el cargo en una determinada notaría, y obtenga en él, el mismo puntaje (por encima del puntaje mínimo) que otro participante que se haya postulado para la misma plaza. En la ley se dice que se preferirá en la designación a quien ejerza actualmente el cargo (si así lo desea):

Artículo 6o. Postulaciones. El aspirante al cargo de notario, en la solicitud de inscripción anotará el círculo al que aspira, si en el círculo existe más de una notaría indicará también el orden de su preferencia.

En caso de empate habrá derecho de preferencia para el titular de la notaría. [Subraya la Sala].

La norma transcrita estableció que los aspirantes a notario, al momento de postularse en el concurso, deben indicar, no solamente el círculo notarial al que aspiran (lo cual, vale la pena recordar, determina la categoría del notario), sino también el orden de preferencia de la notaría a la que pretenden acceder, en el evento en que, en dicho círculo, existan varias de ellas. Además prevé que, en caso de **empate** (en los puntajes obtenidos en el concurso), entre un aspirante y el titular de una notaría, es decir, quien esté ejerciendo el cargo de notario en ella, se preferirá al titular de esa notaría para ocupar dicha plaza²⁰.

²⁰ Nótese que si bien se habla aquí de **preferencias** en la designación de un cargo, no puede confundirse este criterio en la etapa de concurso, para la determinación de quien ocupa o no una plaza en caso de empate, con el derecho de preferencia al que se aludirá más adelante, que tiene ya que ver con el ejercicio de **derechos de carrera de notarios** ya pertenecientes a ella y nombrados en propiedad.

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 3454 de 2006, que reglamenta esta norma, establece las reglas que deben seguirse para cuando se presenten **empates** entre dos o más aspirantes a una misma notaría, así:

Artículo 12. De los empates. En el evento en que se presentare empate entre un aspirante al concurso con quien esté ejerciendo el cargo de notario al momento de la apertura del mismo, este se decidirá en favor del segundo. En los demás casos se decidirá por aquel que haya obtenido mayor puntaje en la prueba de conocimientos, en caso de persistir, se convocará a audiencia ante el Consejo Superior para que se dirima mediante el sistema de balotas. [Se resalta]

Se concluye de lo anterior, que esta norma reglamentaria, en armonía con lo dispuesto en la Ley 588 de 2000, dispone las siguientes **reglas para los desempates**:

- a) Si el empate se presenta entre varios aspirantes y uno de ellos, al momento de publicarse la lista de elegibles, está ocupando el cargo de notario, el desempate se define a favor del segundo. Esta regla, que se encuentra prevista en el artículo 6 de la Ley 588 de 2000, alude a los cánones que existen en la etapa concursal para dirimir conflictos en la designación de aspirantes en las distintas notarías. Por lo tanto, debe entenderse que se refiere a la posibilidad que tiene el postulante que esté ejerciendo el cargo de notario, a ser nombrado, en propiedad, en la misma notaría en la que labora, de manera preferente, en caso de empate, sin que sea viable que se confunda esta potestad, con el derecho de preferencia de quienes ya forman parte de la carrera notarial y al que alude el artículo 178 numeral 3°, del Decreto Ley 960 de 1970.
- b) En los demás casos, el empate se soluciona a favor de quien haya obtenido los mayores puntajes en la prueba de conocimientos.
- c) Si el empate persiste, se resuelve mediante balotas.

Así las cosas, el artículo 6 de la Ley 588 de 2000 y el artículo 12 del Decreto Reglamentario 3454 de 2006, fijan unas reglas para dirimir un empate, respecto de aspirantes en el concurso que se postulen para la misma plaza y que tengan un puntaje igual. Lo que denota que se trata de un precepto que regula y forma parte de las reglas del concurso, y que se dirige a solucionar un debate entre postulaciones, en esa etapa concursal inicial.

En ese orden de ideas, para la Sala, la alusión a la preferencia en el artículo 6° de la Ley 588 del 2000, difiere sustancial y objetivamente de lo previsto en el artículo 178, numeral 3°, del Estatuto del Notariado, pues esta última disposición, a la que doctrinalmente se le denomina derecho de preferencia, alude a un derecho de carrera cuyo destinatario es quien ya es notario designado en propiedad, por haber

superado previamente el concurso. Por lo tanto, este derecho fue concebido a favor de quien habiendo sido nombrado en propiedad en determinada notaría, desee, eventualmente ser designado en otra de la misma categoría, que esté vacante, dentro de la misma circunscripción política administrativa.

Como se trata, en consecuencia de preceptos que difieren en su alcance (operan, uno en el concurso y el otro en la carrera notarial) y en sus garantías (el primero crea una forma de desempate frente a una plaza y el segundo consagra un derecho de carrera), concluye la Sala que no existe base jurídica alguna para sostener que el artículo 6 o las demás normas de la Ley 588 de 2000 hayan derogado tácitamente el numeral 3.º del artículo 178 del Estatuto del Notariado, y, por lo tanto, que hayan excluido del ordenamiento jurídico el derecho de preferencia allí regulado por el legislador extraordinario.

Así las cosas, puede afirmarse que el citado numeral 3.º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970 no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente.

1.2.2. Inexequibilidad

El numeral 3.º del artículo 178 del Estatuto de Notariado tampoco ha sido declarado inexequible por la Corte Constitucional, no obstante existir una sentencia de esa Corporación que conoció del numeral 4 de esa disposición y lo declaró exequible de manera condicionada.

En efecto, mediante la Sentencia C-153 del 10 de marzo de 1999 (expediente D-2156), la Corte Constitucional resolvió una demanda contra varios artículos del Decreto Ley 960 de 1970, entre ellos, el 178. Esa norma fue declarada exequible, con la particularidad referida al numeral 4.º, que fue declarado constitucional de manera condicionada, bajo el entendido que no incluye a los denominados *notarios de servicio* que establecía el Estatuto de Notariado, y cuya existencia ya había sido declarada inconstitucional, por la misma corporación, en la Sentencia C-741 de 1998.

Así, en dicha providencia, la Corte Constitucional consideró que el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, incluyendo su numeral 3.º, estaba vigente para esa fecha (10 de marzo de 1999), y resultaba compatible con la Carta Política, por los cargos analizados en esa ocasión, salvo la presunta referencia a los *notarios de servicio*, incluida en el numeral 4.º.

Por esta razón se concluye de nuevo, que el numeral 3.º del artículo 178 del Estatuto del Notariado integra el ordenamiento jurídico y actualmente se encuentra vigente.

Pasará la Sala a examinar brevemente la función notarial en la Constitución de 1991.

2. La función notarial y su regulación en la constitución de 1991. Reserva de ley

Tal y como lo ha señalado esta Sala en oportunidades anteriores²¹, la jurisprudencia nacional ha discutido durante décadas la naturaleza jurídica de los notarios, para concluir, principalmente, que son particulares que prestan un servicio público y que cumplen, además, una función pública denominada función «*fedante o fedataria*»²².

Dicha función implica la facultad de conferir autenticidad a declaraciones y documentos²³ que se presentan ante los notarios, por tratarse de autoridades²⁴ a quienes el Estado les ha confiado la labor de dar fe y brindar seguridad jurídica²⁵ respecto de actos, contratos, negocios y situaciones jurídicas de los individuos, en virtud del cumplimiento de ciertas solemnidades²⁶, y en función a las exigencias que señale la ley.

Se trata, por tanto, de una función en principio estatal²⁷, en la medida en que el notario solo puede dar fe de ciertos hechos «con plenos efectos legales, únicamente porque ha sido investido por el Estado de la autoridad para desarrollar esa función»²⁸. De allí que el ejercicio de la fe notarial²⁹, constituya una de las modalidades de lo que se ha llamado descentralización por colaboración, «ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente, a [los] particulares»³⁰, en los términos de lo

²¹ Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación interna: 2326. Número único: 11001-03-06-000-2017-00001-00

²² *Ibidem*.

²³ Ver el artículo 1º. de la Ley 29 de 1973, «por la cual se crea el Fondo Nacional de Notariado y se dictan otras disposiciones».

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 1997. En esta sentencia, la Corte señaló que: «De un análisis desprevenido del artículo 2 del Decreto 960 de 1970 fluye, con claridad, que el propósito insito en esa disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste».

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1998.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1998.

²⁷ Dice la Ley 588 de 2000: Artículo 1º. Notariado y competencias adicionales. El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 1998.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-052 de 2021.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 1997. Dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-863 de 2012, que la descentralización por colaboración se presenta: «En los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares para el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta

prescrito en los artículos 123 inciso final, 210 inciso segundo, y 365 inciso segundo de la Carta Política.

En el numeral precedente se transcribió el artículo 131 de la Constitución Política (C.P.), en el cual se exige la **reserva de ley** para la «reglamentación» de la función notarial, que se verá reflejada en que:

- i) las funciones asignadas a los notarios implican su sometimiento a un **régimen jurídico especial** fijado por el Legislador³¹;
- ii) su labor es un **servicio público** destinado a satisfacer, de forma continua y obligatoria, una necesidad de interés general como es la función fedante³². Función que exige, además, el **control y la vigilancia** del Estado sobre su prestación, ya que es al Estado al que compete, en virtud de la Carta, asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, promover el bienestar general y garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (Art. 365 y 366 C.P.)³³;
- iii) que el constituyente enunció tanto para el Legislador como para el gobierno, **atribuciones concretas** en cuanto a la regulación del tema notarial, y
- iv) definió, frente a la *designación* de los notarios, que el nombramiento de ellos en propiedad debía hacerse por **concurso**.

En cuanto a la reserva de ley en la función notarial la Corte Constitucional sostuvo que «Desde la anterior constitución la creación y reglamentación del servicio público de notariado y registro estaba sujeto a reserva de ley [conforme a lo señalado en el artículo 188 de la Carta anterior, que le asignaba a la ley lo anterior]³⁴.

Sobre el alcance de la expresión «reserva de ley», a Corte Constitucional ha entendido que:

La expresión reserva de ley tiene varios significados o acepciones, en primer lugar se habla de reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, para hacer referencia a la prohibición general de que se puedan establecer restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley. Sólo en normas con rango de ley se puede hacer una regulación principal que afecte los

fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado». Ver también la Sentencia C-1508 de 2000 de la Corte Constitucional.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 1997

³² Corte Constitucional, Sentencia C-863 de 2012

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 1997

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C – 333 de 1993.

derechos fundamentales. En segundo lugar la expresión reserva de ley se utiliza como sinónimo de principio de legalidad (...). Y en tercer lugar, reserva de ley es una técnica de redacción de disposiciones constitucionales, en las que el constituyente le ordena al legislador que ciertos temas deben ser desarrollados por una fuente específica: la ley. En este último sentido todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser “delegadas” mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución³⁵. [Énfasis de la Sala].

Por lo tanto, en el ejercicio de la **función legislativa ordinaria** asignada por la Constitución al Congreso de la República, le compete a éste regular los aspectos de la actividad notarial y del régimen de los notarios indicados en el artículo 131 superior. Esta atribución del Congreso incluye, también, la potestad de reformar o derogar, en cualquier momento, las normas legales que el mismo órgano legislativo haya aprobado o apruebe, y las disposiciones con fuerza de ley que el Gobierno nacional haya expedido en esta materia, después de la Constitución de 1991 o antes (como el Decreto Ley 960 de 1970), según se explica a continuación.

3. Competencias del Congreso de la República, el Gobierno nacional y el Consejo Superior (de la Carrera Notarial), para la regulación, reglamentación y administración de la carrera notarial

El artículo 131 Superior establece una distribución de competencias entre el Congreso de la República y el Gobierno nacional. Atribuye al legislador -ya sea ordinario (el Congreso de la República), o extraordinario (el Gobierno nacional, en ejercicio de las facultades que le otorgue el mismo Congreso)- la «reglamentación» del servicio público que prestan los notarios, la definición del régimen laboral para sus empleados y los aportes con los que deben contribuir, como tributación especial, para el sostenimiento de la administración de justicia.

Y al Gobierno nacional le entregó, en forma directa, la facultad de crear, suprimir y fusionar los círculos notariales, y determinar el número de notarios (y notarías, aclara la Sala).

Sin embargo, dado que esta no es la única norma de la Carta, ni de la ley, que establece competencias a las autoridades para la regulación y la reglamentación de

³⁵ Corte Constitucional Sentencia C-507 de 2014.

la función fedataria y la carrera notarial, vale la pena analizar, por separado, las atribuciones otorgadas al Congreso de la República, al Gobierno nacional y al Consejo Superior de la Carrera Notarial.

3.1. Atribuciones del Congreso de la República en relación con la función notarial

Además del artículo 131 de la Constitución Política, la misma Carta contiene otras disposiciones que facultan al Congreso para legislar en relación con la función pública que cumplen los notarios, su régimen laboral y tributario, y su carrera especial.

En efecto, el artículo 123 superior, en su inciso final, establece que «[l]a ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio» [énfasis añadido].

Asimismo, según el artículo 150, al Congreso de la República le corresponde hacer las leyes y cumplir, por medio de ellas, las siguientes funciones, entre otras:

1. Interpretar, reformar o modificar las leyes vigentes.

[...]

8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

[...]

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

[...]

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

[...]

Como puede inferirse, este conjunto de normas constitucionales, junto con el artículo 131, le otorgan al Congreso de la República facultades permanentes y suficientemente amplias para expedir leyes en todos los aspectos que atañen a la función pública fedataria, a los servicios prestados por los notarios, a su responsabilidad jurídica (en los campos civil, penal y disciplinario, entre otros), a su

régimen laboral y el de sus colaboradores, al manejo de los recursos económicos generados por las notarías, a su forma de financiación y a las contribuciones que deben pagar al Estado, etc., con excepción de la creación, supresión y fusión de círculos notariales, y a la determinación del número de notarios (o notarías), pues dichas atribuciones fueron encargadas directamente por la Constitución (artículo 131) al Gobierno nacional.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, este conjunto de cánones constitucionales le permite al Legislador regular la actividad notarial, el régimen de los notarios y su carrera especial, con un amplio margen de configuración, esto es, con gran autonomía y libertad, que solo tiene, como límites, los dictados de la propia Constitución y de los tratados internacionales que integran el denominado «bloque de constitucionalidad», en sentido estricto.

De ahí que la Corte haya advertido que, en desarrollo de esta potestad normativa o regulatoria, el Congreso puede determinar, incluso, si la función notarial debe seguir siendo cumplida por particulares en ejercicio de funciones públicas (como ocurre actualmente), o por servidores y entidades públicas. Así lo indicó, en la Sentencia C-153 de 1999, antes citada:

4. En distintas oportunidades la Corte se ha pronunciado sobre la viabilidad constitucional de la carrera notarial. A este respecto la Corporación ha señalado que el servicio notarial es una función pública que puede ser ampliamente regulada por el legislador (art. 131 C.P.). En este sentido, resulta posible que la precitada función sea ejercida, bien por funcionarios públicos ora, - en virtud de la llamada descentralización por colaboración -, por particulares. Igualmente, la Corte ha indicado que en nada afecta los mandatos constitucionales el régimen legal que confiere a los notarios un status sui generis, según el cual al tiempo que les impone ciertos deberes y obligaciones propias de los servidores públicos, les reconoce un altísimo grado de autonomía empresarial. [Se destaca]

Sobre esa base el Consejo de Estado en la sentencia del 13 de mayo de 2021 previamente citada³⁶, mediante la cual se declaró nulo el Decreto 2054 de 2014, que reglamentaba el inciso 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, sostuvo explícitamente lo siguiente:

Dicho de otra manera, los asuntos del servicio público que presten los notarios, entre ellos los aspectos de la carrera notarial, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones; únicamente mediante leyes expedidas por el Congreso o por medio de decretos con fuerza de ley, expedidos por el Ejecutivo. [Énfasis de la Sala].

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 13 de mayo de 2021, expediente 11001-03-25-000-2014-01411-00 (4668-2014).

Respecto del alcance de esta providencia volverá la Sala más adelante.

3.2. Competencias del Gobierno nacional con relación a la función notarial

Aparte de la competencia que el artículo 131 superior le otorga directamente al Gobierno, para «la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado [...] y la determinación del número de notarios [...]», el numeral 11 del artículo 189 de la Carta le asigna una potestad reglamentaria (general) de las leyes, con el fin de lograr su efectivo cumplimiento, así:

Artículo 189. 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.

[...]

Como se observa, la facultad reglamentaria es una atribución propia del presidente de la República, que recae sobre todas las leyes, en general, y persigue su cumplida ejecución.

La jurisprudencia ha señalado los límites a los que debe sujetarse el Gobierno nacional para ejercer la potestad reglamentaria³⁷, que consisten, básicamente, en la necesidad de precisar, aclarar o complementar aspectos de carácter técnico, operativo o administrativo que se requieran para poder cumplir la ley, sin que, al hacer uso de esta atribución, el Ejecutivo pueda interpretar, modificar, adicionar, mutar, o mucho menos, derogar o dejar sin efectos una disposición legal.

Por tal razón, los decretos que el Gobierno nacional dicte, en ejercicio de esta atribución, no son normas legales, ni siquiera en sentido material, sino actos administrativos de carácter general que, como tales, están subordinados jerárquicamente a la ley, y no solamente a la ley que dicen reglamentar, sino a todas las leyes vigentes, en general.

De ahí que tales decretos puedan ser objeto de control judicial, por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 238 de la Carta), en

³⁷ Sobre este tema, pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias: i) De la Corte Constitucional: Sentencias C-302 del 5 de mayo de 1999 (expediente D-2242) y C-384 del 13 de mayo de 2003 (expediente D-4312), entre otras, y ii) del Consejo de Estado: Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, del 28 de julio de 2022, expediente 11001-03-27-000-2021-00022-00 (25518), entre muchas otras.

desarrollo del cual los jueces competentes pueden suspender provisionalmente sus efectos, con miras a garantizar su estricto acatamiento y subordinación, no solo a la ley, sino también, a la Constitución Política.

Ahora bien, dado que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los asuntos atinentes a las funciones de los notarios, a su designación y a la carrera notarial, entre otras materias aledañas, están sujetos a una reserva legal, como se desprende del artículo 131 de la Carta, surge, entonces, la inquietud consistente en si el presidente de la República puede ejercer la potestad reglamentaria, en relación con estos asuntos, o si, por el contrario, todo lo que tenga que ver con tales materias, sin excepción, debe ser reglamentado directamente por la ley, o por normas con fuerza de ley

La respuesta a esta inquietud indica que el presidente de la República, en efecto, no puede hacer uso de su facultad reglamentaria en este campo, es decir, que no puede expedir decretos para reglamentar, en ningún aspecto, las normas legales que regulan la función fedataria, los servicios prestados por las notarías, el régimen de acceso y retiro de la función pública de los notarios, la carrera notarial y otros asuntos similares.

Por esta razón, el Consejo de Estado ha anulado varios decretos que reglamentaban o decían reglamentar normas legales o con fuerza de ley en esta materia.

Así, por ejemplo, en la Sentencia del 13 de mayo de 2021³⁸, ya citada, mediante la cual esta corporación anuló en su totalidad el Decreto reglamentario 2054 de 2014, se dijo a este respecto que:

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

Con todo, es pertinente precisar que el reparto de facultades normativas mencionado no supone, la anulación de la facultad reglamentaria general radicada por la Constitución en el Presidente de la República en el artículo 189.11 superior.

Sólo significa, que en atención al querer del constituyente y a su pretensión de que fuera el Legislador el que regulara los temas ligados con el servicio público que prestan los notarios – lo que incluye los elementos centrales de la carrera notarial-,

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 13 de mayo de 2021, expediente 11001-03-25-000-2014-01411-00 (4668-2014).

275

la definición del régimen legal de los empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías.

Lo anterior significa para el Gobierno, un deber de desarrollar su papel reglamentario con estricto apego sustancial y formal a los linderos que fijan las leyes, como en efecto ocurrió por ejemplo, con el Decreto 3454 de 2006, el cual, en materia de concursos notariales, desarrolló la Ley 588 de 2000.

De hecho, en la Sentencia del 11 de marzo de 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió una demanda de nulidad parcial contra los artículos 4, 5, 10 y 11 del Decreto 3454 de 2006. En relación con el problema jurídico general planteado en la demanda, sobre el posible exceso en el uso de la facultad reglamentaria atribuida al presidente de la República, esta corporación manifestó:

El problema jurídico se contrae a establecer si los apartes demandados del Decreto 3454 de 2006 expedido por el Gobierno Nacional “Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000” exceden la potestad reglamentaria del Gobierno, al establecer requisitos y condiciones para el ingreso a la carrera notarial.

Para efecto de decidir se confrontará cada una de las normas demandadas con las disposiciones invocadas como transgredidas:

[...] [Se destaca]

En la misma providencia, se declaró la nulidad del aparte demandado del artículo 4 del citado decreto, y se mantuvo la validez de las restantes disposiciones reglamentarias acusadas parcialmente. Así, por ejemplo, sobre el artículo 11 del mismo decreto, el Consejo de Estado manifestó:

[...] la Ley 588 se ocupó de establecer la estructura del concurso, el cual comprende las siguientes fases: [...] (artículo 2° del Decreto 3454 de 2006).

En el artículo 4° señaló los aspectos a valorar para la calificación dentro del concurso tales como experiencia, capacidad y antigüedad demostrada en actividades relacionadas con el servicio notarial [...]

Igualmente dispuso que el concurso debe calificarse sobre 100 puntos, y asignó para cada factor el puntaje sobre el cual debe ser evaluado, así:

[...]

En consecuencia, 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 [de] ser, pues al no existir puntaje aprobatorio, se desconocer [sic] el mérito como principio para el acceso a la función pública.

En esas condiciones no prospera el cargo formulado. [Se resalta]

Como se observa, en esta providencia, el Consejo de Estado valoró el mérito de los cargos formulados contra las disposiciones reglamentarias demandadas, siguiendo los estándares y criterios habitualmente utilizados por la jurisprudencia para determinar un eventual exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria atribuida al presidente de la República. Y con base en este ejercicio, declaró parcialmente nula una de las normas demandadas, y válidas, las demás.

Así, para la Sala, el hecho de que la regulación de la función notarial esté asignada constitucionalmente al Congreso de la República (como en otros tantos asuntos), y que exista reserva de ley en los asuntos concernientes al nombramiento de los notarios en propiedad y a los derivados de la carrera notarial, según la Sentencia del 13 de mayo de 2021, no impide que el Gobierno nacional pueda llegar a ejercer su potestad reglamentaria en otras materias a fin de lograr la oportuna, eficaz y completa ejecución o cumplimiento de las leyes que se expidan, o de los decretos-leyes que el mismo Gobierno dicte en ejercicio de facultades extraordinarias. La idea es que sea el Legislador el que sustancialmente desarrolle tales preceptos conforme al querer del artículo 131 superior y a partir de ahí pueda desplegarse la facultad reglamentaria.

Así, si bien la Sala de Consulta y Servicio Civil³⁹ se ha ocupado, en otras ocasiones de establecer si se puede hacer uso o no de la facultad reglamentaria, cuando se trata de materias sometidas a estricta reserva de ley, y sus conclusiones han sido positivas, también ha resaltado que:

[...] la Corte Constitucional ha manifestado que el concepto de reserva legal no implica «per se» el desarrollo completo y exhaustivo de la institución regulada. Solo es necesario que se establezcan los lineamientos generales, el contenido mínimo⁴⁰ o el criterio inteligible⁴¹ de tales instituciones, de modo que las normas de jerarquía subsiguiente puedan encargarse de su desarrollo normativo. Máxime -sería necesario acotar en este caso- cuando se trata de un mandato constitucional esencial al que debe proveerse para efectos de su cumplida ejecución⁴².

³⁹ Concepto 2464 del 20 de mayo de 2021,

⁴⁰ “[29] Corte Constitucional, Sentencia C-353 de 2006”.

⁴¹ “[30] Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003”.

⁴² “[31] Corte Constitucional, Sentencia C-827 de 2001. La Corte hace referencia a las facultades del Banco de la República para reglamentar el encaje de los establecimientos de crédito y, en

Con todo, habrá en tales situaciones, restricciones a la labor de reglamentación, pues, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

Entre mayor sea el detalle con que el legislador haya regulado la materia, menos resulta necesaria la reglamentación de la ley. Al contrario, habría una competencia material más amplia en poder del gobierno, cuando la ley omite establecer todas o las suficientes disposiciones para su ejecución.

El reglamento debe sumisión a la ley reglamentada, tanto que no podrá restringir o extender su alcance, ni crear situaciones u ordenamientos no previstos en esta.

El reglamento no puede contradecir la norma reglamentada, sino hacerla más entendible y de fácil aplicación⁴³.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que, en relación con las materias referidas por el artículo 131 de la Constitución Política y, en general, en lo que concierne a la función fedataria, el régimen de los notarios y las notarías, y la carrera notarial, existe reserva de ley conforme a la Carta, sin perjuicio que el presidente de la República ejerza su potestad reglamentaria, siempre que el uso de esta atribución no desconozca ni modifique la ley, y se sujete, en general, a todos los límites y restricciones que impone la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, para el uso adecuado de esta atribución constitucional.

3.3. Funciones del Consejo Superior de la Carrera Notarial

Para entender cuál es el alcance de la función asignada por la ley al Consejo Superior (de la Carrera Notarial), llamado inicialmente «Consejo Superior de la Administración de Justicia», es necesario mencionar lo que establecían, originalmente, los artículos 164 y 165 del Estatuto de Notariado:

Artículo 164. La carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, integrado entonces, por el Ministro de Justicia, los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario, el Procurador General de la Nación y dos Notarios, uno de ellos de primera categoría, con sus respectivos suplentes personales, elegidos para periodos de dos años por los Notarios del país, en la forma que determine el Reglamento. Para el primer periodo la designación se hará por los demás miembros del Consejo.

En el Consejo tendrá voz, entonces, el Superintendente de Notariado y Registro.

referencia a la necesidad de su cumplimiento, para establecer las sanciones por infracción a las normas correspondientes. Considera la Corte necesario el reconocimiento de su potestad sancionatoria para la eficacia y obligatoriedad de sus actos en estas materias».

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de febrero de 1998, Expediente 9825.

Artículo 165. Con suficiente anticipación el Consejo Superior de la Administración de Justicia fijará las bases de cada concurso, con señalamiento de sus finalidades, requisitos de admisión, calendario, lugares de inscripción y realización, factores que se tendrán en cuenta, manera de acreditarlos, y sistema de calificaciones, e indicará la divulgación que haya de darse a la convocatoria. [Subrayas añadidas]

Las expresiones que aparecen tachadas en ambas normas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-741 de 1998 (expediente D-2139).

En esta providencia, la Corte recordó, en primer lugar, que esa misma corporación, mediante la Sentencia SU-250 de 1998, «analizó *in extenso* las razones por las cuáles [sic] debe entenderse que el artículo 164 del decreto 960 de 1970 se encuentra vigente».

Por otra parte, en relación con los cargos de inconstitucionalidad planteados contra esta norma, la Corte Constitucional dijo, en la Sentencia C- 741 de 1998:

27- Según uno de los intervinientes, la disposición acusada desconoce las competencias propias del Consejo Superior de la Judicatura, por lo cual debe entenderse que esa norma fue derogada tácitamente por la Carta de 1991.
[...]

28- A pesar de su aparente fuerza, esa interpretación no es de recibo por cuanto deja de lado elementos centrales del análisis, parte de presupuestos que son incorrectos, y conduce finalmente a resultados paradójicos. Así, en primer término, esa argumentación olvida que, durante el régimen preconstituyente, y como ya se vio en esta sentencia, el Consejo Superior de la Administración de Justicia tenía dos composiciones y ejercía funciones distintas: una a nivel judicial y otra en el campo notarial. Sin embargo, es razonable concluir que la Constitución trasladó las funciones asignadas al Consejo Superior de la Administración de Justicia en material judicial, al nuevo órgano administrador de la carrera judicial, es decir, al Consejo Superior de la Judicatura y no afectó la existencia y estructura del Consejo Superior de la Administración de Justicia en su función de administrador de la carrera notarial. [...]

Conforme a lo anterior, las tesis que sostienen que la norma acusada se encuentra derogada se basan en un supuesto no explícito, y es el siguiente: la Asamblea Constituyente atribuyó también al Consejo Superior de la Judicatura la administración de los concursos y de la carrera notarial. En efecto, si eso fuera cierto, es indudable que la Constitución habría derogado tácitamente la disposición impugnada, ya que habría una evidente incompatibilidad [...] Sin embargo, lo cierto es que la Carta no radicó en el Consejo de la Judicatura esa competencia. [...] es más, un estudio del debate constituyente muestra que explícitamente la Asamblea Constituyente evitó atribuir al Consejo Superior de la Judicatura la realización de los concursos notariales.

Así, cuando los delegatarios decidieron elevar a norma constitucional la obligatoriedad del concurso para proveer el cargo de notario en propiedad, algunos

constituyentes consideraron que esa función podría ser atribuida al Consejo Superior de la Judicatura; sin embargo, otros delegatarios se opusieron a que se le atribuyera esa nueva competencia a nivel constitucional, por cuanto se podría recargar operativamente a la nueva entidad, lo cual era riesgoso. Esta última tesis triunfó, por lo cual se decidió dejar abierto el tema, para que fuera desarrollado por la ley⁴⁴. Es entonces claro que la Carta no atribuyó expresamente al Consejo Superior de la Judicatura la realización de los concursos notariales ni la administración de esa carrera especial, por lo cual no existe ninguna razón para suponer que la Asamblea Constituyente quería derogar las disposiciones que regulaban la composición y las funciones específicas del Consejo Superior de la Administración de Justicia encargado de la carrera notarial.

29- Por último, la tesis del interviniente conduce a resultados contradictorios. Así, supongamos que efectivamente la Carta derogó la norma acusada y suprimió el Consejo Superior de la Administración de Justicia encargado de los concursos notariales. En tal caso, tendríamos que concluir que el Constituyente habría tomado dos decisiones contradictorias, pues el artículo 131 habría ordenado perentoriamente que los nombramientos en propiedad de los notarios sólo podrían hacerse por concurso, pero de otro lado, la propia Carta habría eliminado la entidad encargada de realizar tales concursos, sin atribuir esa competencia a ninguna otra institución. La Carta estaría ordenando entonces que se llevara a cabo una conducta (los concursos notariales), que la misma Carta estaría impidiendo realizar, al suprimir, sin razón, la entidad encargada de cumplir esa función. [...] Ahora bien, la tesis prohienda por otros intervinientes y por la sentencia SU-250 de 1998 de esta Corporación evita esas contradicciones ya que, al mostrar que el artículo 164 del decreto 960 de 1970 no ha sido derogado, confiere plena eficacia normativa al mandato del artículo 131 superior sobre la obligatoriedad de los concursos notariales, puesto que existe, desde el momento mismo de entrar en vigencia la Carta, una entidad con la capacidad de realizar esos concursos: el Consejo Superior de la Administración de Justicia, tal y como se encuentra conformado por la norma acusada.

30- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la norma acusada se encuentra vigente pues no fue expresamente derogada por la Constitución y no es materialmente incompatible con los mandatos superiores.

[...]

Como se observa, en esta sentencia la Corte afirmó la vigencia y la constitucionalidad del denominado, hasta ese momento, Consejo Superior de la Administración de Justicia, tanto en su composición como en las funciones previstas en el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970, y solamente declaró la inconstitucionalidad sobreviniente de la expresión «de la Administración de

⁴⁴ «[29] Ver al respecto los debates en la sesión del 15 de mayo de 1991 en la Comisión IV y en especial las intervenciones de los constituyentes Armando Holguín y María Teresa Garcés. Ver Presidencia de la República, **Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial**, (4515) Ver también Fernando Mayorga García- **Loc-cit**, pp 85 y 86».

Justicia», que formaba parte de su nombre, así como de la participación, en el mismo órgano, del presidente del Tribunal Disciplinario.

Posteriormente, el artículo 11 de la Ley 588 de 2000 derogó expresamente el artículo 164 del Estatuto de Notariado que también aludía a ese Consejo; pero la misma Corte Constitucional, en la Sentencia C-421 del 31 de mayo de 2006 (expediente D-6025), declaró inexecutable dicha derogatoria, con lo cual se produjo la reviviscencia del artículo 164 y, con él, del Consejo Superior, por considerar la Corte que, sin la existencia y el funcionamiento de un órgano que realiza el concurso de notarios y administra la carrera notarial, no es posible dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 131 de la Carta.

A este respecto, la Corte Constitucional manifestó:

4.3 [...] es claro para la Corte que el resultado de una conducta positiva del legislador -a saber la derogatoria del artículo 164 del decreto 960 de 1970- generó en este caso la ausencia de un organismo indispensable para la satisfacción de bienes constitucionales de particular importancia.

Recuérdese cómo el incumplimiento de los precisos mandatos constitucionales del artículo 131 superior es producto precisamente de la derogatoria aludida -como se concluyó en el aparte 3.4.4 de esta sentencia- y en ese orden de ideas la actuación del Legislador en este caso lo que hizo fue impedir la realización de los bienes y derechos constitucionales comprometidos en los artículos 13, 29, 40-7 y 131 superiores.

[...]

Todo lo anterior lleva a concluir que la actuación del Legislador de derogar el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 significó el incumplimiento de una obligación impuesta por la Constitución en el artículo 131 superior; violación directa de dicho texto superior que genera a su vez el desconocimiento del derecho a acceder a la función notarial en condiciones de igualdad mediante el procedimiento señalado por el Constituyente (artículos 13, 29 y 40-7 de la Constitución).

Así las cosas, a juicio de esta Corporación, **la acusación formulada por el actor en torno de la vulneración del artículo 131 superior y consecuentemente de las demás normas por él invocadas, encuentra claro sustento.**

4.4. En consecuencia, la Corte declarará la inexecutable de la expresión "164" contenida en el artículo 11 de la Ley de 588 de 2000 que, como se ha demostrado, comportó que desapareciera del ordenamiento jurídico el único órgano establecido en una norma con fuerza de ley como responsable de la administración de la carrera notarial y de los concursos, derogatoria con la cual la normatividad relativa a los concursos para la provisión en propiedad de los cargos de notario devino inoperante vulnerando así el artículo 31 [sic] superior y consecuentemente las demás normas

invocadas por el actor en su demanda (arts 13, 29, y 40-7 C.P.). [Negrillas en el original; subrayas añadidas]

En esa misma providencia, la Corte fue más allá, y ordenó al Consejo Superior realizar los concursos de méritos para el nombramiento de notarios (que, hasta ese momento, no se habían realizado), en un término perentorio. Así lo dispuso:

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 [énfasis añadido].

De todo lo anterior, concluye la Sala que el denominado ahora Consejo Superior, previsto en el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970, se mantiene vigente, y conserva las atribuciones establecidas en dicha norma, esto es, administrar la carrera notarial y los concursos, para designar a los notarios en propiedad.

Para estos efectos, dicho Consejo, según lo dispuesto por el artículo 165 del mismo estatuto, «fijará las bases de cada concurso, con señalamiento de sus finalidades, requisitos de admisión, calendario, lugares de inscripción y realización, factores que se tendrán en cuenta, manera de acreditarlos, y sistema de calificaciones, e indicará la divulgación que haya de darse a la convocatoria».

Igualmente, de acuerdo con los artículos 2, 3 y 6 de la Ley 588 de 2000, al Consejo Superior, para los efectos de dicha ley, debe entenderse como el «organismo rector de la carrera notarial», de naturaleza administrativa, por lo que tiene a su cargo:

- Convocar y administrar los concursos, así como la carrera notarial (artículo 3, inciso 2.º);
- Realizar los exámenes o evaluaciones académicas (requeridas para los concursos), directamente o a través de universidades legalmente establecidas, de carácter público o privado (artículo 2, inciso 4.º), y
- Elaborar y comunicar a los nominadores las listas de elegibles para el nombramiento de los notarios (artículo 3, inciso 1.º).

Como se infiere, se trata de funciones operativas y administrativas que son necesarias para la debida y oportuna convocatoria y realización de los concursos públicos de méritos para la designación de notarios, así como para solucionar otros asuntos que se presenten, en relación con la carrera notarial.

Si bien, en desarrollo de estas funciones, el Consejo Superior puede expedir actos administrativos de carácter particular o general, que contengan, incluso,

reglamentos (como el Acuerdo 1 de 2006), lo cierto es que mediante tales decisiones no puede reglamentar directamente y de forma general la ley, pues dicha atribución le corresponde constitucionalmente al presidente de la República, como ya se explicó.

En consecuencia, los reglamentos que expida el Consejo Superior de Carrera Notarial y, en general, los actos administrativos que profiera se encuentran subordinados, no solo a las normas de la Constitución y de la ley, sino, también, a los decretos reglamentarios que el Gobierno nacional emita. Se trata, por lo tanto, de lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se conoce como «reglamentaciones de segundo grado».

A este respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-913 de 2009 (ya referida), explicó lo siguiente:

La disposición en cita⁴⁵ revela que la ley asignó al Consejo Superior de la Carrera Notarial, funciones de carácter operativo, entre ellas la de señalar la manera de acreditar los factores que serían tenidos en cuenta al realizar el concurso de notarios; factores que, debe destacarse, no fueron señalados por el Consejo Superior, sino por el artículo 4º de la Ley 588 de 2000. Es decir, que el Decreto ley 960 de 1970, radicó en el Consejo Superior de la Carrera Notarial una competencia residual, subordinada a la Ley 588, así como a las leyes generales que regulen asuntos particulares materia del concurso.

Ello se entiende por la generalidad y abstracción de la cual se encuentra provista la ley, característica que le impide desarrollar con el rigor y concreción suficientes, la integridad de los asuntos que aborda, por lo cual la Corte no encuentra reproche en que en determinados eventos se defiera directamente a la Administración la precisión de detalles que posibiliten adaptar la ley a las cambiantes circunstancias a las que se sujeta su aplicación.

La posibilidad de “reglamentar”, en el sentido amplio de la expresión, puede evidenciarse en cualquier nivel de la “pirámide” normativa, aunque, eso sí, la noción de *reglamento* –nuevamente en sentido general- conduce a la idea de subordinación normativa. Lo verdaderamente relevante por tanto, es que éste supone la existencia de una norma jurídica de superior jerarquía, independientemente de la posición que dentro de ella haya de ocupar el conjunto dispositivo reglamentario correspondiente. De allí que mientras tengan vigencia los artículos 164 y 165 del Decreto ley 960 de 1970, nada impide al Consejo Superior de la Carrera Notarial, ejercer las funciones allí contempladas, sobre todo aquellas meramente operativas, siempre y cuando dicho “reglamento administrativo” se encuentre subordinado a la Ley y a la Constitución.

[...]

⁴⁵ Se refiere al artículo 165 del Decreto Ley 960 de 1970.

6.3.6 Se concluye, entonces que la jurisprudencia ha reconocido la constitucionalidad del Consejo Superior de la Carrera Notarial, así como de las funciones asignadas a éste órgano a través del artículo 165 del Decreto Ley 960 de 1970. Competencias que, en todo caso, pueden ser reasumidas por el legislador en cualquier momento, como en efecto se hizo mediante la Ley 588 de 2000, por la cual se señalaron las bases y condiciones del concurso público y abierto para el acceso a la carrera notarial y provisión de notarías en propiedad.

[...]

1.1 Extralimitación de funciones por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial.

En ejercicio de la potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3454 del 3 de octubre de 2006, el cual en su artículo 5 literal g), señaló que “la publicación de obras en el área del derecho se acreditará con el certificado de registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor”. Por su parte, el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en uso de competencias reglamentarias que no le fueron asignadas, prescribió en el aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006, que la autoría de obras en derecho podía probarse, además de la forma dispuesta en el decreto reglamentario, mediante la certificación de la publicación expedida por la imprenta o editorial acompañada de un ejemplar de la obra.

Con tal disposición, el Consejo Superior de Carrera Notarial asumió competencias reglamentarias no asignadas por la Constitución y la ley, con lo cual se desconoció el principio de jerarquía normativa, según el cual, ni la Ley 588 de 2000 ni el Decreto reglamentario 3454 de 2006, podían ser modificados por el Acuerdo 01 de 2006 - norma de inferior jerarquía-, vulnerando de esta forma los artículos 131, 150 numeral 23 y 189 numeral 11 de la Constitución Política.

Basta con citar la sentencia C-647 de 2003, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, [...] que al abordar el tema de la competencia del Consejo Superior de Carrera Notarial para reglamentar la carrera notarial, manifestó, con fuerza de cosa juzgada constitucional, lo siguiente:

“...resulta equivocado sostener que las disposiciones contempladas en las normas objetadas contraríen el orden constitucional en cuanto comportan una usurpación de competencias del Consejo Superior de la Carrera Notarial, pues en criterio de la Corporación, dicho Consejo simplemente cumple funciones administrativas y no posee un rasgo u origen constitucional, por lo que naturalmente en la Carta Política, ningún precepto le asigna directamente la función de reglamentar lo pertinente a la carrera notarial” (Subrayas de texto)

En consecuencia, el Consejo Superior de la Carrera Notarial, carece de competencia para regular requisitos de la Carrera Notarial, su función se reduce a convocar y administrar el concurso de notarios. En cambio, es evidente que dentro del desarrollo de la potestad reglamentaria que ostenta el Gobierno Nacional, este podía reglamentar la ley que regula el concurso de notarios, como en efecto lo hizo, a través

del Decreto No. 3454 de 2006.

Lo cierto es que tanto la ley, como el respectivo decreto reglamentario, son normas superiores al Acuerdo del Consejo Superior de la Carrera Notarial, de manera que si las normas jurídicas de superior jerarquía establecen un procedimiento para acreditar el cumplimiento de un requisito, no puede la autoridad administrativa establecer, discrecionalmente, procedimientos alternos. [Subrayas añadidas]

En esa medida, el Consejo Superior de Carrera Notarial no está legalmente facultado para establecer, mediante un reglamento, un procedimiento general y permanente para el ejercicio del derecho de preferencia, por parte de los notarios, y, menos aún, para señalar los criterios con base en los cuales debe definirse el notario que tenga un «mejor derecho», cuando existan varios notarios interesados en hacer uso de ese derecho de carrera.

Debe tenerse en cuenta que señalar cuál notario, o, en general cuál persona tiene un mejor derecho que otra, implica regular aspectos sustanciales de la carrera, para establecer una jerarquía u orden de prelación, que solo puede ser definido por el Legislador.

Dado lo anterior, es procedente analizar, a continuación, la posible aplicación práctica del núm 3.º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970 que consagra el derecho de preferencia, ante la declaratoria de nulidad del Decreto reglamentario 2054 de 2014.

4. Aplicación actual del núm 3.º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970 que consagra el derecho de preferencia. Declaratoria de nulidad del decreto reglamentario 2054 de 2014

Como se ha mencionado, el numeral 3.º del artículo 178 del Estatuto del Notariado establece como uno de los derechos de los notarios de carrera, que en caso de vacancia, puedan «ocupar, a solicitud propia y dentro de la misma circunscripción político- administrativa, otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante».

Tres son, en consecuencia, las condiciones esenciales que esta norma exige para que un notario de carrera (como son todos los notarios en propiedad, hoy en día) pueda ejercer este derecho: *i)* que exista una notaría «vacante», *ii)* que dicha notaría esté en la misma circunscripción político-administrativa, y *iii)* que tal notaría sea de la misma categoría.

Ante lo general de dicha disposición legal, se pretendió desarrollar tales aspectos a través del Decreto 2054 de 2014 «Por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970».

En la motivación de dicho decreto reglamentario se expuso «Que se considera procedente reglamentar el derecho de preferencia de que trata el numeral 3 del artículo 178 del Decreto - Ley 960 de 1970, en cuanto a su aplicación, vigencia y extinción, con el fin de garantizar seguridad jurídica en el ejercicio de la función nominadora». (Se subraya).

A pesar de que tales aspectos, como se ha establecido en este concepto, tienen reserva de ley, se decidió acudir a un acto administrativo para establecer tales criterios, tal como se aprecia en el artículo 1:

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

En este sentido se previó el significado de notaría «vacante» (artículo 4) y «circunscripción político-administrativa» (artículo 3). Asimismo, ese acto administrativo reglamentó otros aspectos relacionados con la solicitud y trámite del derecho de preferencia.

Como se ha indicado, el Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto Reglamentario 2054 de 2014, en su integridad, mediante la sentencia del 13 de mayo de 2021, varias veces citada, por violar directamente el artículo 131 de la Constitución Política, en cuanto a la reserva de ley en estas materias:

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

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

3. Conclusión

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

De esta manera quedó establecido, mediante sentencia que hace tránsito a cosa juzgada *erga omnes* (primer inciso del artículo 189, CPACA), que las condiciones para el ejercicio del derecho de preferencia requieren ser desarrolladas por la ley.

Así las cosas, la Sala de Consulta y Servicio Civil no podría, en ejercicio de su función consultiva, establecer criterios, ni mucho menos reglas, para la aplicación práctica del mencionado derecho, pues no solo excedería sus competencias, sino que iría en contra de la reserva legal ordenada por el artículo 131 CP y de la cosa juzgada de que goza la citada sentencia.

Ahora, frente a las nociones «notaría vacante» y «circunscripción político administrativa» la Sala puede referirse brevemente al significado más probable de cada uno de esas nociones de manera general, considerando algunos elementos que se extraen de la legislación vigente, que pueden ser utilizados para la futura regulación legal de estas materias.

4.1. Sobre el concepto de «notaría vacante»

Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, el término «vacante» significa: «Plaza o cargo de empleado público que está sin ocupar».

Entonces, desde el punto de vista literal, la expresión «notaría vacante» alude a una notaría que no tiene titular (**notario en propiedad**⁴⁶) en un momento dado.

En la actualidad, debe reconocerse que, de acuerdo con las disposiciones enunciadas, el derecho de preferencia se ha considerado en general, operante frente a causales de vacantes definitivas.

En relación con estas, el artículo 144 del Estatuto del Notariado dispone:

Artículo 144. El cargo se pierde:

1. Por aceptación de la renuncia.
2. Por ejercer otro cargo público. Sin embargo, quienes ejerzan Notaría en propiedad no la perderán cuando fueren designados interinamente o por encargo para alguno en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público, o en otra Notaría o en Oficina de Registro.

⁴⁶ Ver art. 173 del Decreto 960 de 1970

3. Por no presentarse el Notario a desempeñarlo, vencido el término de la licencia que se le haya concedido.
4. Por destitución decretada en providencia firme.

Es claro que, en cualquiera de estos casos, y en otros que establece el ordenamiento jurídico, como la declaratoria de nulidad del nombramiento, el hecho de llegar el notario a la edad de retiro forzoso (artículo 181 *ibidem*), el quebranto de la salud física o mental permanente (artículo 187 *ibidem*), o incluso la muerte o la supresión de la notaría⁴⁷, entre otras, se produce una falta absoluta del notario que estaba ejerciendo el cargo y, por lo tanto, se genera una vacancia definitiva en la respectiva notaría, que debe ser suplida.

Ahora bien, de acuerdo con la legislación actual, como los notarios pueden desempeñar sus labores en propiedad, interinidad o encargo (art. 145 Estatuto de Notarios) y para ser notario en propiedad se requiere haber sido seleccionado mediante concurso (art. 146 *ibidem*), el artículo 2º de la Ley 588 de 2000, ha señalado además, que:

En caso de vacancia, si no hay lista vigente de elegibles, podrá el nominador designar notarios en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso.

Bajo el supuesto normativo más reciente, podría entenderse, en principio, que las vacantes definitivas que se generen en materia notarial, deben ser suplidas mediante el nombramiento de un nuevo notario en propiedad, con base en la lista de elegibles vigente. Si dicha lista no existe o ya caducó, deben ser provistas, mediante un notario interino, que solo puede ocupar el cargo por el tiempo estrictamente necesario para realizar el correspondiente concurso (como lo ha precisado la Corte Constitucional, en varias sentencias).

4.2. Significado de la expresión «circunscripción político-administrativa»

El Decreto 960 de 1970 se refiere, en varias normas, a los «círculos de notaría», como el espacio geográfico o la jurisdicción territorial en la que los notarios pueden cumplir su función pública. Así lo establece el artículo 121 de dicho estatuto:

Artículo 121. Para la prestación del servicio notarial el territorio de la República se dividirá en Círculos de Notaría que corresponderán al territorio de uno o más Municipios del mismo Departamento, uno de los cuales será su cabecera y la sede del Notario.[Énfasis de la Sala]

⁴⁷ Al respecto puede verse el artículo 2.2.6.1.5.3.9. del Decreto 1069 de 2015.

Por su parte, el artículo 128 *eiusdem* dispone que no podrán agruparse, en un mismo círculo notarial, municipios que pertenezcan a distintos departamentos.

Asimismo, el artículo 131 de la Constitución Política establece que compete al Gobierno nacional crear y modificar los círculos notariales. Y la Ley 588 de 2000, en sus artículos 3, 4 y 11 se refiere, también, a los «círculos notariales».

Los círculos notariales, por tanto, son la fracción de territorio nacional en la que el notario respectivo tiene facultad legal para ejercer su cargo y prestar válidamente sus servicios, so pena de nulidad, ya que una de las causales de nulidad de los actos notariales, según el numeral 1° del artículo 99 del Decreto 960 de 1970, consiste en que el notario lo haya realizado en territorio fuera de su círculo⁴⁸.

En efecto, el término «circunscripción» significa, según el Diccionario de la Lengua Española, en su segunda acepción: «**División administrativa**, militar, electoral o eclesiástica **de un territorio**» [se resalta].

Así, puede inferirse que, cuando la norma que se comenta se refiere a la «circunscripción político-administrativa», alude a la división político-administrativa del territorio de Colombia, la cual se encuentra prevista en la Constitución Política.

En la época en la que se expidió el Decreto Ley 960 de 1970 regía la Constitución de 1886, la cual, como es sabido, dividía el territorio nacional en departamentos, intendencias y comisarías, y cada una de estas secciones se subdividía, a su vez, en municipios.

Por su parte, la Constitución Política de 1991 eliminó las categorías de intendencias y comisarías, y dejó, solamente, la de departamentos, y dispuso, al mismo tiempo, que estas entidades territoriales estarían compuestas por municipios, alguno de los cuales tendrían la categoría de distritos (artículos 285, 286, 297, 298, 311, 320 y 328, entre otros). Adicionalmente, como también lo hacía la Carta anterior, la de 1991 otorgó un tratamiento especial al Distrito Capital de Bogotá, como capital política de la nación y del departamento de Cundinamarca (artículo 322).

Con todo, como la expresión «circunscripción político-administrativa» debe entenderse, en aquella época y en la actualidad, como la división político-administrativa del territorio nacional, subsiste la duda de saber si el numeral 3.° del artículo 178 del Estatuto de Notariado se refiere a los departamentos o a los municipios y distritos; es decir, si para efectos del derecho de preferencia, la notaría vacante debe estar ubicada en el mismo departamento o en el mismo municipio o

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, decisión del veinticinco (25) de agosto de dos mil catorce (2014). radicación número: 25000-23-41-000-2014-00005-01

distrito, pues ambas categorías de entidades territoriales forman parte de la división político-administrativa del país.

Para la Sala, la respuesta acertada a este interrogante es la primera, es decir, que la norma hace referencia a los departamentos, pues, si hiciera alusión a los municipios, el alcance del derecho de preferencia resultaría excesivamente limitado y tal facultad no podría ejercerse, en muchos casos.

En efecto, debe recordarse que los círculos notariales pueden comprender uno o más municipios de un mismo departamento; que algunos círculos se componen de una sola notaría, y que, en algunos municipios del país, no existe notaría, o hay una sola. Por lo tanto, si el derecho de preferencia estuviera confinado a los límites territoriales del municipio en que está ubicada la notaría cuyo titular quisiera ejercerlo, tal notario no podría aspirar a ocupar otra notaría de la misma categoría que estuviese vacante, ni siquiera dentro del mismo círculo notarial, si tal notaría estuviera ubicada en otro municipio, o, simplemente, no podría hacer uso de este derecho, si en el respectivo círculo o municipio solo existe la notaría que el interesado regenta.

En armonía con lo anterior, es importante tener en cuenta que los círculos de notaría se componen de uno o más municipios del mismo departamento. Luego, el municipio es una división territorial más pequeña (en muchos casos) que los círculos notariales, y estos, a su vez, constituyen una sección menos grande que los departamentos.

Por esta razón -infiere la Sala- los notarios de segunda y de tercera categoría son nombrados por los gobernadores de los respectivos departamentos, y no por los alcaldes de los municipios donde estén ubicadas físicamente las correspondientes notarías, pues un notario público puede ejercer sus funciones en más de un municipio, dentro del mismo departamento, si el círculo notarial al que pertenece incluye varios municipios.

Por todas las razones anteriores, la Sala deduce que la interpretación más probable de la expresión «circunscripción político-administrativa» se refiere a los departamentos, y no a los municipios y distritos⁴⁹.

Lo anterior significaría que, para que un notario de carrera pueda ejercer el derecho de preferencia, se requeriría, entre otras condiciones, que la notaría vacante a la cual aspira esté ubicada en el mismo departamento, aspecto que, en todo caso, debe ser definido por el legislador.

⁴⁹ Nótese que en la definición que en su momento estipuló el Decreto 2054 de 2014, declarado nulo, la noción de circunscripción Político- Administrativa también se asociaba con Departamento y Distrito Capital-.

3. Categoría de las notarías

El artículo 178, numeral 3. °, del Estatuto de Notariado también exige que la notaría que se pretende ocupar, en ejercicio del derecho de preferencia, sea de la misma categoría (de la cual es titular el interesado).

Al respecto, vale la pena recordar que, según la misma normativa, existen tres categorías de notarías (primera, segunda y tercera), y que la categoría de cada notaría depende del círculo al cual pertenece. Se desprende, de lo anterior, que todas las notarías de un mismo círculo tienen la misma categoría.

Así lo establecía originalmente el artículo 129 del Decreto Ley 960 de 1970, que fue derogado por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970, y luego, sustituido por el artículo 16 de la Ley 27 de 1979, que dispone:

Artículo 16°. Los Círculos de Notaría se clasificarán en tres categorías de acuerdo con la división que, teniendo en cuenta el número de escrituras otorgadas en cada uno de ellos en los últimos cinco años y los factores socio-económicos haga la Superintendencia de Notariado y Registro, con aprobación del Gobierno Nacional. Los Círculos de Notaría que tengan por cabecera la capital de la República y las capitales de Departamento con más de trescientos mil habitantes, de acuerdo con los estimativos que haga al efecto el Departamento Administrativo Nacional de Estadística a petición de la Superintendencia de Notaría y Registro, serán clasificados en la primera categoría.
[...]

Esta norma permite colegir que todas las notarías que formen parte de un mismo círculo son, necesariamente, de la misma categoría. Tal inferencia, de paso, sirve para reforzar la interpretación efectuada en el punto anterior, sobre el alcance del concepto de «circunscripción política-administrativa», pues si este tuviese el mismo alcance que «círculo de notaría», sobraría la exigencia, establecida en el numeral 3.° del artículo 178 del Decreto 960, en el sentido de que las dos notarías sean de la misma categoría, ya que este último requisito se entendería implícito en la exigencia de que las dos notarías formaran parte del mismo círculo.

Ahora bien, de lo explicado, es claro que, para que un notario pueda ejercer el derecho de preferencia, la notaría respecto de la que este verse, debe ser de la misma categoría de la que ocupa al momento de ejercerlo, lo que no significa, necesariamente, que aquella notaría debe pertenecer al mismo círculo, pues, dentro de un mismo departamento, podría haber varios círculos notariales de la misma categoría.

A juicio de la Sala, el sentido de esta exigencia recae en que el Estatuto de Notariado impone requisitos adicionales y más exigentes para ser notario de primera categoría, que para ser notario de segunda categoría, y estándares más altos para

ser notario de segunda categoría, que para serlo de tercera, tal como lo disponen los artículos 153, 154 y 155⁵⁰ de la citada normativa.

Se comprende, por lo tanto, que quien ejerce el cargo de notario público de tercera categoría, no podría ejercer el derecho de preferencia respecto de una notaría de segunda o de primera categoría, y que quien funja como notario de segunda categoría no puede pasar a ocupar, en uso de este derecho, una notaría de primera categoría, aunque todas estén ubicadas dentro del mismo departamento.

Con base en lo expuesto la Sala pasará a las conclusiones y recomendaciones.

5. Conclusiones y recomendaciones

De lo expuesto a lo largo de este concepto, se pueden extraer las siguientes conclusiones generales:

- El numeral 3. ° del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, que establece el derecho de preferencia al cual se refiere la consulta, se encuentra vigente, porque tal norma no ha sido derogada expresa ni tácitamente, ni resulta incompatible con la Carta de 1991

⁵⁰ **Artículo 153.** Para ser Notario en los Círculos de primera categoría se exige, además de los requisitos generales, en forma alternativa:

1. Ser abogado titulado y haber ejercido el cargo de Notario o el de Registrador de Instrumentos Públicos por un término no menor de cuatro años, o la judicatura o el profesorado universitario en derecho, siquiera por seis años, o la profesión por diez años a lo menos.
2. No siendo abogado, haber desempeñado con eficiencia el cargo de Notario o el de Registrador en un Círculo de dicha categoría, por tiempo no menor de ocho años, o en uno de inferior categoría siquiera por doce años.

Artículo 154. Para ser Notario en los Círculos de segunda categoría, además de las exigencias generales, se requiere, en forma alternativa:

1. Ser abogado titulado y haber sido Notario durante dos años, o ejercido la judicatura, o el profesorado universitario en derecho, al menos por tres años, o la profesión con buen crédito por término no menor de cinco años, o haber tenido práctica notarial o registral por espacio de cuatro años.
2. No siendo abogado, haber ejercido el cargo en Círculo de igual o superior categoría durante seis años, o en uno de inferior categoría por un término no menor de nueve años.

Artículo 155. Para ser Notario en los Círculos de tercera categoría, además de las exigencias generales, se requiere alternativamente:

1. Ser abogado titulado,
2. No siendo abogado, haber sido Notario por tiempo no inferior a dos años, o haber completado la enseñanza secundaria o normalista y tenido práctica judicial, notarial o registral por espacio de tres años, o tener experiencia judicial, notarial o registral por término no menor de cinco años. [Se destaca]

- En todo caso, en desarrollo de lo previsto en los artículos 131 y 150 de la Carta Política, al Congreso le corresponde regular, con un amplio margen de configuración, mediante la expedición de las leyes, todo lo concerniente a la función fedataria, los servicios que prestan los notarios, su forma de designación, su responsabilidad, su régimen laboral o de vinculación a la función pública, los tributos aplicables y su carrera especial, entre otros asuntos, excluyendo la creación, supresión y fusión de círculos de notariado, así como la determinación del número de notarías (funciones, estas últimas, que el artículo 131 asigna directamente al Gobierno nacional).
- Lo concerniente al nombramiento de los notarios en propiedad, los asuntos correspondientes a la carrera notarial, como son las obligaciones y derechos, incluido el derecho de preferencia, por mandato constitucional, están sometidos a reserva legal. Por tanto, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones o cualquier otro acto administrativo.
- Para efectos de la futura ley que se tramite para hacer efectivo el derecho de preferencia se sugiere que esta indique expresamente qué se entiende por vacancia y señalar que se trata de las vacantes definitivas.
- Asimismo, por «circunscripción político-administrativa», podría entenderse el territorio del departamento en el cual se encuentra la sede de la notaría cuyo titular esté interesado en ejercer el derecho de preferencia. Dentro de dicho departamento, podrían existir entonces varios círculos notariales, según lo que determine el Gobierno nacional.
- En desarrollo de lo previsto en los artículos 125, 131 y 150 de la Carta Política, al Congreso le corresponde regular, con un amplio margen de configuración, mediante la expedición de las leyes, todo lo concerniente a la función fedataria, los servicios que prestan los notarios, su forma de designación, su responsabilidad, su régimen laboral o de vinculación a la función pública, los tributos aplicables y su carrera especial, entre otros asuntos, excluyendo la creación, supresión y fusión de círculos de notariado, así como la determinación del número de notarías (funciones, estas últimas, que el artículo 131 asigna directamente al Gobierno nacional).
- Al Gobierno le corresponden dos tipos de atribuciones: *i)* Crear, suprimir y fusionar los círculos notariales, y determinar el número de notarios (y notarías), de acuerdo con el artículo 131 superior, y *ii)* ejercer la potestad reglamentaria, cuando así le corresponda en los términos enunciados previamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, esto es, dentro de los límites estrictos que ha señalado la jurisprudencia para el uso de esa atribución constitucional.

- El Consejo Superior, establecido en los artículos 164 y 165 del Estatuto de Notariado, denominado inicialmente «Consejo Superior de la Administración de Justicia» y, posteriormente, «Consejo Superior de la Carrera Notarial», es un órgano administrativo y tiene las funciones que le señalan las dos normas citadas y la Ley 588 de 2000.
- En consecuencia, dicho organismo tiene las siguientes funciones: i) administrar la carrera notarial; ii) convocar y administrar los concursos públicos de méritos para la designación de los notarios en propiedad; iii) realizar los exámenes o evaluaciones académicas requeridas para tales concursos, directamente o a través de universidades legalmente establecidas, públicas o privadas, y iv) elaborar, publicar y comunicar a los nominadores las listas de elegibles para el nombramiento de los notarios.
- Si bien, en desarrollo de estas funciones, el Consejo Superior puede expedir actos administrativos de carácter particular o general, (como el Acuerdo 1 de 2006), mediante tales decisiones no puede reglamentar directamente y de forma general la ley, pues dicha atribución le corresponde constitucionalmente al presidente de la República.
- Tales actos administrativos, por lo tanto, están subordinados jerárquicamente a la Constitución Política, a la ley y a los decretos reglamentarios que expida el Gobierno nacional.
- En esa medida, el Consejo Superior no puede expedir un reglamento que desarrolle, de forma general, abstracta y permanente, el derecho de preferencia establecido en el numeral 3.º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, puesto que esa materia está sometida a reserva de ley.
- Desde ya se advierte, que la reserva legal exige la existencia de una ley especial. De contera, no significa que puedan aplicarse disposiciones que regulen figuras en algunos aspectos asimilables, o normas por analogía, pues el artículo 131 de la CP, exige una norma especial que regule lo relativo al servicio notarial. De ahí que, para el ejercicio del derecho de preferencia a que se contrae este concepto, no pueda predicarse la aplicación por analogía de otras disposiciones de rango legal, como es el caso del CPACA.
- En consecuencia, es necesario que el Congreso de la República, expida la ley que defina el alcance y ejercicio del derecho de preferencia por parte de los notarios de carrera. De manera tal que deberá la Administración, a través de sus competencias constitucionales y legales impulsar una regulación integral de este derecho, que garantice y proteja las condiciones de carrera de los notarios públicos, en cuanto al derecho de preferencia.

- A solicitud del Gobierno nacional, la Sala podría, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales (artículos 237, núm. 4, CP⁵¹ y 112 del CPACA⁵²), elaborar o revisar el proyecto de ley que desarrolle el derecho de preferencia de los notarios en carrera.

En mérito de lo expuesto, la Sala

IV. RESPONDE:

1. *¿Es posible aplicar el derecho de preferencia sin tener las reglas legales que definan su agotamiento?*

No. Si bien el numeral 3º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970 -relacionado con el derecho de preferencia- está vigente, la regulación, alcance, desarrollo y la aplicación de esta norma está sometida a reserva de ley.

2. *[¿] Es viable aplicar las reglas generales del CPACA y disposiciones (cuáles) por analogía para el agotamiento del derecho de preferencia [?]*

No. Dado que ni el Decreto Ley 960 de 1970 ni la Ley 588 de 2000 establecen un procedimiento para hacer uso del derecho de preferencia, lo pertinente es que el Legislador regule esta materia integralmente y defina su aplicación.

3. *[¿]Cuál es el alcance de las competencias regulatorias y operativas del Consejo Superior, es decir, es viable que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, establezca a través de reglamentos administrativos términos meramente de impulso para poder aplicar el derecho de preferencia, como, por ejemplo, publicación de vacantes, recepción de solicitudes, términos para pronunciamiento por parte de los notarios y de la administración, criterios para establecer el notario con mejor derecho y acciones meramente operativas que permitan efectivizar la aplicación del derecho de preferencia [?]*

⁵¹ «Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

(...)

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley».

⁵² «Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. (...)

La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

2. Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director de Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso de la República».

El Consejo Superior de la Carrera Notarial, previsto en los artículos 164 y 165 del Decreto Ley 960 de 1970, es el órgano que tiene a su cargo administrar la carrera notarial, y convocar y administrar los concursos para designar a los notarios en propiedad.

Dicho Consejo Superior no puede expedir reglamentos o disposiciones que desarrollen, de forma general, abstracta y permanente, el numeral 3º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, que prevé el derecho de preferencia, puesto que esa materia está sometida a reserva legal.

Una vez se expida la Ley que haga posible ejercer el derecho de preferencia, el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en los términos que autorice esa ley, podrá adelantar las actuaciones tendientes a dar impulso a las solicitudes de aplicación de ese derecho.

En todo caso, corresponde al Legislador consagrar los criterios para establecer el notario con mayor derecho.

4. [¿] Hasta dónde llegan las competencias de reglamentación del Gobierno Nacional en virtud de la competencia constitucional establecida en el artículo 189 numeral 11, en materia de servicio público notarial [?]

En esta materia, el Gobierno nacional tiene dos tipos de competencias que provienen de la Constitución Política: *i)* La primera es la de crear, suprimir y fusionar los círculos notariales, y determinar el número de notarios, según lo dispuesto por el inciso final del artículo 131, y *ii)* la segunda consiste en reglamentar las disposiciones que expida el Legislador, con fundamento en el artículo 189, numeral 11, en la medida en que ello resulte estrictamente necesario y dentro de los límites que la jurisprudencia ha definido para el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Los asuntos correspondientes a la carrera notarial, como son las obligaciones y derechos de los notarios, incluido el derecho de preferencia, por mandato constitucional están sometidos a reserva legal. Por tanto, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones o cualquier otro acto administrativo.

5. ¿Qué se debe entender por vacancia, para efectos del agotamiento del derecho de preferencia?

Para efectos del ejercicio del derecho de preferencia en los términos señalados en la respuesta 1 (reserva de ley), se podría entender por «vacancia» cuando una notaría se encuentre sin titular *en propiedad* de manera definitiva.

295

6. ¿Qué es circunscripción político-administrativa, para efectos del agotamiento del derecho de preferencia?

Para efectos del ejercicio del derecho de preferencia en los términos señalados en la respuesta 1 (reserva de ley), por «circunscripción político-administrativa» podría entenderse el territorio del departamento en el cual se encuentra la sede de la notaría cuyo titular esté interesado en ejercer el derecho de preferencia.

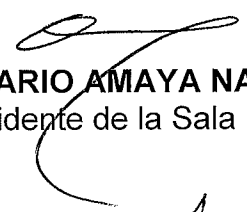
7. ¿Cuáles podrán ser los criterios para efectos de determinar el notario con mejor derecho para ser designado en ejercicio del derecho de preferencia?

Dado que estos criterios están sujetos a reserva de ley y no puede fijarlos ni el Gobierno nacional, en ejercicio de su facultad reglamentaria, ni el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en desarrollo de las atribuciones que le han sido otorgadas, para materializar el derecho de preferencia contenido en el numeral 3º del artículo 178 del Estatuto del Notariado, se requiere de la expedición de una ley de la República.

Remítase al ministro de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejera de Estado.



ÓSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala



ANA MARIA CHARRY GAITÁN
Consejera de Estado
(con aclaración de voto)



REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala