

INFORMACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA MEDIDA CAUTELAR DE NO PARTICIPACION DE LOS NOTARIOS EN LA FASE DE ENTREVISTA

El Consejo Superior estima necesario hacer claridad sobre los términos del recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida el 28 de noviembre de 2007 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Ibagué, mediante la cual se revocó la medida cautelar de suspensión del concurso notarial para reemplazarla por la medida previa consistente en ordenar que en la fase de entrevistas que realicen a los aspirantes a ocupar los cargos de notario, ser abstengan de participar como entrevistadores y evaluadores, los miembros del Consejo Superior que ostentan la calidad de notarios principales y suplentes.

A continuación se citan los apartes pertinentes del memorial de apelación:

“Cabe señalar sobre el particular que en la decisión objeto del recurso de apelación proferida el 26 de octubre del año en curso, se decretó como medida cautelar, la suspensión hasta nueva orden del concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad y el ingreso a la carretera notarial.

La entidad que represento, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, recursos que estuvieron dirigidos, de una parte a la revocatoria plena de la anterior decisión y de otro lado, al no decreto de las medidas cautelares planteadas por el Agente del Ministerio Público consistentes en la exclusión provisional como entrevistadores y evaluadores a los notarios miembros del Consejo Superior y el retiro provisional en la evaluación de los méritos y antecedentes, de aquellas obras en áreas del derecho cuya publicación no se hubiere acreditado con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección de Derechos de Autor, por considerar que carecían de todo sustento tanto fáctico como jurídico.

Mediante providencia de 28 de noviembre de 2007, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Ibagué revocó la medida cautelar de suspensión del concurso notarial, reemplazándola por la medida previa consistente en ordenar que en la fase de entrevistas que realicen a los aspirantes a ocupar los cargos de notario, ser abstengan de participar como entrevistadores y evaluadores, los miembros del Consejo Superior que ostentan la calidad de notarios principales y suplentes.

Por tanto no es cierto que se hubiere accedido totalmente, a la reposición formulada, teniendo en cuenta que la medida cautelar decretada inicialmente fue reemplazada por una nueva medida de cautela consistente en la separación de los notarios de la fase de entrevistas, frente a la cual además, esta Entidad manifestó su desacuerdo, basado en que la composición y funciones del Consejo Superior, encuentra su fundamento en normas jurídicas que gozan de la presunción de legalidad y de constitucionalidad, que el Consejo Superior en su calidad de

Administrador del concurso público notarial, puede realizar directamente las pruebas o instrumentos de selección, como son los análisis de méritos y antecedentes, la prueba de conocimientos y la entrevista (art. 4 ibídem y que la Corte Constitucional, entre otras en sentencia C-372 de 1999, señaló que existe una competencia natural en cabeza de quien administra un proceso de selección, de realizar directamente el concurso, como también de contratar en entidades especializadas.

Entonces, cuando el Consejo Superior (conformado de la forma señalada por la ley) resolvió realizar directamente la entrevista, no desconoció ninguna norma jurídica, sino por el contrario se atuvo al contenido normativo indicado. (Acuerdo No. 75 de 2007) en cumplimiento de lo dispuesto en la ley 588 de 2000 y en el Decreto Ley 3454 de 2006, descartándose cualquier violación o amenaza al derecho colectivo a la moralidad pública que provoque la adopción de medida de cautela alguna.

Por tanto, no es cierto que el recurso de apelación interpuesto, se haya quedado sin objeto, al estar dirigido a la enervación de la medida cautelar decretada en reemplazo de la inicial, además de encontrarse debidamente sustentada, en argumentos que pasan a reiterarse:

El presente asunto goza de unos lineamientos normativos particulares, diseñados por el legislador, frente a la ACCIÓN POPULAR, mecanismo dirigido a la protección de los derechos e intereses colectivos, los cuales permiten no desbordar los linderos de dicha acción para adentrarse en competencias propias de otras acciones, como las de constitucionalidad o de legalidad, o en terrenos reservados exclusivamente al juez de la causa.

Esos requisitos o elementos que caracterizan la acción popular, consisten en que exista una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, que transgreda o amenace violar derechos o intereses colectivos, como requisito de procedencia de la acción popular (art. 9 ley 472 de 1998) o la presencia de una situación de daño cierto o inminente a un derecho de esta naturaleza, cuyos efectos pretendan ser conjurados (art. 25 ibídem) como presupuesto para el decreto de una medida de cautela.

Si no se tienen claros el contenido y alcances de cada una de las acciones judiciales, en este caso el de la acción popular, es fácil caer en los linderos de otros mecanismos judiciales y proceder, sin competencia, a decretar la nulidad de actos administrativos, la inexecutable de disposiciones legales, y a concluir la violación o amenaza a un derecho o interés colectivo, ante la simple sospecha de que una autoridad pudo incurrir en infracción de una de las normas en que debía fundarse, lo cual asimilaría por completo, por identidad de objeto, la acción popular a la acción de nulidad de los actos administrativos. (arts. 9 ley 472 de 1998 y 84 del C.C.A).

Plantea la Procuradora Judicial Segunda, inspirada por la buena fe, el reemplazo de la medida cautelar decretada de suspenso del concurso notarial por las medidas de exclusión provisional como entrevistadores y evaluadores a los notarios miembros del Consejo Superior y el retiro provisional de la evaluación de los méritos y antecedentes de aquellas obras en áreas del derecho cuya publicación no se haya acreditado con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección de Derechos de Autor.

Sobre este punto cabe reiterar, que la Acción Popular es el mecanismo jurídico de stirpe constitucional, cuyo objeto se dirige a la protección de derechos e intereses colectivos o a la restitución de las cosas al estado anterior cuando fuere posible, es apenas lógico entender que dicha acción solo procede cuando se presenta una vulneración o agravio en forma colectiva, lo que implica que dicha acción en su propósito y objetivos excluye en absoluto la protección de cualquier derecho o interés de carácter particular, en tanto que para ello existen otros mecanismos tales como la acción de tutela o las acciones ordinarias establecidas en la Constitución y en la ley. Esta acción tampoco se concibió como mecanismo para ejercer el control de legalidad o de constitucionalidad del ordenamiento jurídico vigente.

*No debe perderse de vista que solo puede concluirse, tratándose del derecho colectivo a la moralidad administrativa, único derecho invocado en el caso sometido a estudio, que existe vulneración o amenaza de tal interés colectivo, cuando concurren varios requisitos, como son la trasgresión necesaria del ordenamiento jurídico, **unido a que se haya probado la mala fe de la Administración**, punto que parece desconocer el Ministerio Público, quien concluye que se encuentran reunidos los supuestos normativos para el decreto de medidas cautelares que pasa a proponer, partiendo de la existencia únicamente de una posible infracción a normatividad superior.*

Al efecto, considera que los artículos 164 y 165 del decreto 960 de 1970 deben inaplicarse parcialmente por resultar contrarios a principios constitucionales superiores, por lo que se debe proceder a modificar la conformación y funciones del Consejo Superior, para excluir a dos de sus miembros de la práctica de las entrevistas.

Asimismo que se inaplique el segundo supuesto previsto en el Numeral 11 artículo 11 del Acuerdo No. 01 de 2006, al considerar que dicho numeral excede el contenido de los artículos 5 (líte. G) del decreto 3454 de 2006 y 4 de la ley 588 de 2000.

Como puede verse, se está planteando, en sede de la acción popular, un control tanto de constitucionalidad como de legalidad, ajeno por completo a este mecanismo judicial, para concluir la procedencia de las medidas de cautela indicadas, olvidando el segundo requisito intrínseco del derecho colectivo en estudio, consistente en la presencia de mala fe o de un fin torticero en la actuación pública demandada.

Se reitera lo manifestado para el momento en el que fueron interpuestos los recursos de reposición y apelación, en el sentido de que se está calificando como ilegal, actuaciones soportadas en normas jurídicas que gozan de la presunción de legalidad y de constitucionalidad, respectivamente; la primera norma referente a la composición y funciones del Consejo Superior. En efecto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 164 y 165 del decreto 960 de 1970, 2 y 4 de la ley 588 de 2000 y 120 del decreto 3454 de 2006, se encuentra a cargo del Consejo Superior integrado por el señor Ministro del Interior y de Justicia, la señora Superintendente de Notariado y Registro, el señor Presidente del Consejo de Estado, el señor Procurador General de la Nación, el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia y dos representantes del Notariado, la realización de las distintas pruebas de selección, entre las cuales se encuentra la entrevista.

El artículo 164 del decreto de 960 de 1970, a la letra dice:

“Artículo 164.- La carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior, integrado por el Ministro de Justicia, los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación y dos Notarios(...)

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

La Honorable Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de esa norma, en sentencias C-741 de 1998, C-041 de 1995, C-153 de 1999, con ellas se resolvió el debate de la vigencia del Consejo Superior de la administración de justicia para la carrera notarial establecido en el estatuto de 1970, en la que declaró exequible el artículo 164 del decreto 960 de 1970, con excepción de la expresión “ de la Administración de Justicia”, contenida en la denominación “ Consejo Superior de la Administración de Justicia”, de la expresión “ entonces”, del primer inciso del artículo, y de la expresión “Y el Tribunal Disciplinario” las cuales fueron declaradas inexequibles.

En dicha sentencia se debatió la existencia del Consejo Superior y si su existencia vulneraba o no la Constitución Política.

“El Consejo Superior de la Administración de Justicia fue creado, como un órgano consultivo del Gobierno Nacional, por el decreto 1698 de 1964, que organizó la carrera judicial. Ese cuerpo normativo estableció que esta entidad estaría integrada por los Presidentes de la Corte Suprema y del Consejo de Estado (...). Por ende, en su origen, esta entidad se encontraba ligada esencialmente a la carrera judicial.

Sin embargo la norma acusada, y en general el decreto 960 de 1970 o estatuto notarial, atribuyeron al Consejo Superior de la Administración de Justicia también la administración de la carrera notarial y de los concursos en este campo(...)

Posteriormente, el decreto 57 de 1987, relativo a la carrera judicial, modificó la composición del Consejo Superior de la Administración de Justicia para la función judicial”

*El anterior análisis condujo a **la Corte a reiterar que el artículo 164 del decreto 960 de 1970 se encuentra vigente**, pues no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente por normas preconstituyentes y la Constitución tampoco suprimió expresamente esa norma, ya que ordenó el nombramiento de los notarios en propiedad mediante concurso pero no le atribuyó a ningún organismo constitucional la administración de la carrera notarial, por lo cual se entiende que esa función sigue siendo ejercida por el organismo legal existente para tal efecto. Por ello, el Consejo Superior continuó siendo un órgano vigente con la funciones de administrar la carrera notarial y los concursos de notarios, por cuanto tales funciones no fueron asignadas ni expresa ni tácitamente a ningún otro organismos, ni por la ley ni por la Constitución”.*

De otra parte, con ocasión de la expedición de la ley 588 de 2000, se derogaron expresamente varias normas del decreto 960 de 1970, entre ellas el artículo 164, ya transcrito.

No obstante dicha derogatoria fue declarada **inexequible** por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-421 de 31 de mayo de 2006**.

Una vez se notificó dicha sentencia, el Gobierno Nacional expidió el decreto 3454 de octubre de 2006, reglamentario de la ley 588 de 2000, el Consejo Superior quedó conformado de acuerdo con el contenido del artículo 164 del decreto 960 de 1970, esto es, por el Señor Ministro del Interior y de Justicia, el señor Procurador General de la Nación, los Señores Presidentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la señora Superintendente de Notariado y Registro con voz y dos (2) notarios uno de ellos de primera categoría, el cual a través del acuerdo número 1 de 2006, convocó a concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial. Allí, mismo como puede verse, se fijaron las pautas a seguir para cumplir con el desarrollo del citado concurso.

Se extracta de las normas anteriores y, en especial, de lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 588 de 2000, que el Consejo Superior en su calidad de Administrador del concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad, puede realizar directamente las pruebas o instrumentos de selección, como son los análisis de méritos y antecedentes, la prueba de conocimientos y la entrevista (art. 4 ibídem).

Lo anterior guarda armonía con lo dispuesto por la Corte Constitucional, entre otras en sentencia C-372 de 1999, según la cual existe una competencia natural en cabeza de quien administra un proceso de selección, de realizar directamente el concurso, como también de contratar en entidades especializadas.

Entonces, cuando el Consejo Superior (conformado de la forma señalada por la ley) resolvió realizar directamente la entrevista, no desconoció ninguna norma jurídica, sino por el contrario se atuvo al contenido normativo indicado. (Acuerdo No. 75 de 2007) en cumplimiento de lo dispuesto en la ley 588 de 2000 y en el Decreto Ley 3454 de 2006,

En este punto es necesario advertir que fue precisamente motivados por el deseo que el proceso de concurso notarial, se adelantara de manera cuidadosa, transparente y en igualdad de condiciones y de no restarle la importancia que se merece a esa etapa del proceso de concurso, que se resolvió asumir personal y directamente la prueba de entrevista, por parte de los miembros del Consejo Superior.

Asimismo que de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. 2 de 2006 modificado por el Acuerdo No. 5 de 2007, el Consejo Superior para decidir requiere de un quórum de 4 miembros, uno de los cuales deberá ser representante del notariado.

En consecuencia, el tratar de redefinir en contravía de las normas jurídicas aplicables, la conformación del Consejo Superior, además de contrariar la normatividad existente sobre la materia, convierte en inoperante a éste órgano colegiado, poniendo en grave peligro la continuación del concurso notarial, lo cual conduciría, como lo señala el agente del Ministerio Público, a enervar la eficacia del artículo 131 constitucional y de la orden emitida por la Corte Constitucional en sentencia C-421 de 2006.

Además el control de legalidad o de exequibilidad, de actos administrativos o de disposiciones legales por sospecha de inmoralidad, no constituye el objeto de la

acción popular. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado “la acción popular no está establecida para definir la legalidad de actos administrativos, en tanto no se pueden controvertir por cuanto pueden ser atacados mediante acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de las cuales los interesados pueden alegar y demostrar que con la expedición de los actos impugnados la administración violó normas de orden superior a las que debía sujetarse”¹.

Por otro lado y en cuanto a la necesidad de contar siempre con un soporte probatorio para no desdibujar el objeto de protección de las acciones populares, el Consejo de Estado ha sido enfático en exigir elementos más allá de los discursivos, que acrediten o indique la presente o eventual afectación al interés colectivo invocado:

“La Sala reitera que no basta con afirmar que una cierta situación causa daño contingente o amenaza a derechos colectivos para que se tenga por cierta su vulneración.

En esas condiciones, mal puede tenerse por probada la violación de los derechos colectivos que se alegan cuando, se repite, no se allegó al proceso elemento probatorio alguno del cual pudiese válidamente deducirse la existencia de riesgo contingente”².

La misma Corporación en sentencia del 5 de agosto de 2004 señaló que toda medida cautelar para ser procedente, requiere de un acervo probatorio que permita tener por cierto o inminente ya sea el daño futuro o el daño actual, que hagan necesarios la acción urgente del juez popular.³

En conclusión para el Consejo Superior, no resultan procedentes ninguna de las medidas cautelares propuestas, dado que no consultan la naturaleza de la acción popular y carecen de soporte tanto jurídico como probatorio y en especial porque desconocen el mandato legal según el cual corresponde a ese Máximo Órgano, la fijación de las bases del concurso, mediante el señalamiento entre otros aspectos de los requisitos de admisión de los concursantes y la manera de acreditarlos (art. 165 dcr. Ley 960 de 1970).

Con fundamento en lo anterior, solicito respetuosamente la reposición del auto proferido el 13 de diciembre de 2007 y en subsidio la expedición de copia de la providencia recurrida y de las demás piezas conducentes del proceso,

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, providencia de 6 de octubre de 2005, exp. No. 2002-00135-01.

² Consejo de estado, Sección Primera. C. P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade. Sentencia del 17 de febrero de 2005. Proceso No. 2002-03895-901. AP..

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 5 de agosto de 2004. Proceso No. 2004-0118-01 AP.

consistentes en los recursos de reposición y apelación interpuestos por el Consejo Superior, las providencias proferidas los días 26 de octubre y 28 de noviembre del año en curso y el escrito mediante el cual se procedió a adicionar los argumentos de reposición y apelación formulados. (arts. 26, 44 de la ley 472 de 1998, 182 del Código Contencioso Administrativo y 377 y ss del Código de Procedimiento Civil)”.

Cordial Saludo,

Maria Teresa Salamanca Acosta

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Secretaria Técnica Consejo Superior