

REVISTA ELECTRONICA DE DERECHO PUBLICO MINIMO

Por

Libardo O. Riascos G.

Doctor en Derecho

lriascos@udenar.edu.co

2010

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Temas:

1. La función y la Carrera Notarial en Colombia
 2. Concurso de méritos en la carrera notarial
 3. Reserva legislativa para crear causales de inhabilidades e incompatibilidades en las normas sobre carrera notarial
 4. Inhabilidades temporales e intemporales en el régimen notarial
 5. **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 167 del Decreto Ley 960 de 1970
-

Corte Constitucional, Sentencia C-177-2009, Marzo 18

FUNCION NOTARIAL-Función pública

La Corte ha insistido en que los notarios, no desarrollan únicamente un servicio público, sino que ejercen una actividad de interés general, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, ha de ser calificada como una verdadera función pública, y precisamente, por la trascendencia de la función notarial, una preocupación central del Constituyente de 1991 fue la de asegurar que quienes ejercen dicha actividad, reúnan las condiciones y méritos necesarios para su adecuado desarrollo.

CARRERA NOTARIAL-Acceso mediante concurso público/**CARRERA NOTARIAL**-Límites para participar en el concurso constituye límites a derechos fundamentales/**CONCURSO DE MERITOS**-Debe garantizar igualdad de oportunidades/**CARRERA NOTARIAL**-Garantía del derecho a la igualdad

La Corte ha resaltado que en tanto la finalidad de la llamada carrera notarial es la de garantizar la eficiencia y eficacia en la función, los concursos previstos para acceder a ella deben asegurar que la escogencia de candidatos se haga en función del mérito y la capacidad profesional y a través de un proceso de selección que reúna condiciones mínimas de objetividad, por lo que la restricción a la participación de una persona en futuros concursos notariales por haber perdido uno u otros con anterioridad, compromete uno de los postulados básicos de los concursos, la igualdad de acceso y participación.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE INHABILIDADES PARA PARTICIPAR EN CONCURSO NOTARIAL-Límites de razonabilidad y proporcionalidad

A pesar de que la Constitución le otorga al legislador una amplia competencia para regular la materia, su facultad no es absoluta; tratándose de límites al ejercicio de derechos fundamentales, éstos deben obedecer a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. Que la

inhabilidad deba ser razonable significa que la medida haya sido adoptada para alcanzar un fin legítimo y que exista una correspondencia adecuada entre el medio adoptado y la referida finalidad; y que sea proporcional implica que no puede ser excesiva en procura de alcanzar el fin buscado, sino que debe existir una relación justa o mesurada entre la causal de inelegibilidad adoptada y la finalidad que se pretende al impedir el nombramiento de la persona incurso en ella.

INHABILIDAD PARA PARTICIPAR EN CONCURSO NOTARIAL POR PERDIDA EN CONCURSOS ANTERIORES-Medida desproporcionada/**INHABILIDAD INTEMPORAL PARA PARTICIPAR EN CONCURSO NOTARIAL**-Procedencia sólo por condena penal, disciplinaria o administrativa por conductas graves lesivas del patrimonio o por faltas como notario

La norma en cuestión contempla dos tipos de inhabilidades para participar en el concurso notarial. Unos temporales, en el caso en que se pierda una o dos veces el concurso y otro intemporal, en el caso en que se pierda por una tercera vez, resultando evidente que la finalidad es claramente legítima y coherente con los propósitos que fijó el constituyente a la hora de contemplar el concurso como medio principal para acceder a la carrera notarial, pero las restricciones que allí se imponen resultan desproporcionadas para alcanzar dicho fin, pues es claro para la Corte que restringir la participación de una persona en futuros concursos notariales, por haber perdido otro u otros con anterioridad, compromete uno de los postulados básicos de los concursos para proveer cargos de carrera, cual es el de la igualdad de acceso y participación y termina por anular el derecho de participación en la conformación del poder público de las personas que se presentaron en un concurso notarial pero no fueron elegidas, resultando claro que un supuesto como el que se analiza en esta providencia, la pérdida del concurso, ni siquiera puede asemejarse a la comisión de una falta leve, en tanto que una inhabilidad intemporal, sólo puede establecerse por conductas que objetivamente sean de tal gravedad que puedan poner en riesgo la idoneidad y transparencia en el ejercicio de la función fedante.

Referencia: expediente D-7482

Accionante: Andrés Eduardo Dewdney Montero

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 167 del Decreto Ley 960 de 1970 “Por el cual se expide el Estatuto de Notariado”.

Magistrada Ponente (E): Dra. CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Andrés Eduardo Dewdney Montero demandó el artículo 167 del Decreto Ley 960 de 1970, “por el cual se expide el Estatuto del Notariado”. Mediante Auto de 31 de octubre de 2008, fue admitida la demanda de la referencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

El texto de la disposición demandada es el siguiente:

DECRETO 960 DE 1970

Por el cual se expide el Estatuto del Notariado

(...)

Artículo 167. Quien por primera vez pierda un concurso no podrá participar en el siguiente; quien lo pierda por segunda vez no podrá participar en los dos siguientes, y quien por tercera vez lo pierda no podrá volver a concursar.

III. LA DEMANDA

El demandante interpuso la acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 167 del Decreto 960 de 1970, por considerar que dicha disposición viola los artículos 13, 40 y 125 de la Constitución.

Señala el actor que la disposición acusada establece una discriminación injustificada entre aquellas personas que aspiran a ser nombradas como notarios mediante un concurso público, y aquellas que pretenden ingresar y permanecer en los empleos de carrera administrativa. El actor funda su cargo en el hecho de que la Ley 909 de 2004, que regula la carrera administrativa, no establece una limitación para participar en los concursos, como la que establece el artículo 167 del Decreto 960 de 1970. Señala que por el contrario, tal ley, además de disponer que el mérito es el principal criterio para determinar el ingreso, ascenso y permanencia a los cargos de carrera administrativa, garantiza la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, en la medida en que permite que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias, puedan participar en los concursos, sin discriminación de ninguna índole. Textualmente señala el actor:

“Como puede verse, el artículo 167 del Decreto 960 de 1970, no desarrolla el principio de **igualdad en el acceso a la función pública**; pues quienes han perdido el concurso para notario en más de una ocasión, quedan inhabilitados para participar en el concurso subsiguiente y de por vida, según el número de veces que el ciudadano haya perdido el concurso; a diferencia de los ciudadanos que por no haber perdido previamente dicho concurso si se pueden inscribir y aspiran a ser nombrados notarios en propiedad (...) Esta diferencia es contraria a la Constitución Política, pues la misma promulga la **igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la función pública.**”

Agrega, además, que no existe una justificación objetiva y razonable para que el artículo demandando incluya tal limitación, pues el mérito y la capacidad profesional de la persona, es lo que se debe evaluar en el concurso, sin que pueda establecerse una presunción previa de idoneidad que excluya al aspirante de manera definitiva.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicitó que se declarara la inexecutable de la norma demandada.

Manifiesta la Vista Fiscal que el constituyente de 1991 consagró un marco para fijar el régimen de acceso a la función pública, cuyo presupuesto más importante es el mérito. La competencia del legislador al respecto es la de diseñar mecanismos necesarios para estructurar los procesos de selección, que le permitan a cualquier persona que reúna los requisitos para tal efecto, concursar, sin otras restricciones que las exigencias propias de la competencia en igualdad de condiciones y que, ante todo, el diseño de la carrera administrativa, debe atender a los principios y derechos establecidos en la Constitución, entre otros, la dignidad humana, los fines estatales, la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia. En sus términos *“es deber de las entidades estatales adelantar procesos de selección de ingreso a la función pública, de manera democrática, pluralista y transparente”*.

En el mismo sentido, estima el Procurador General que cualquier limitación o restricción de acceso a los referidos procesos debe ser razonable y proporcionada y debe procurar la materialización del mérito como el más importante factor en la escogencia de la persona que se busca para ejercer una determinada función pública. Así, *“cualquier exigencia que restrinja los derechos de los potenciales concursantes, debe estar encaminada a privilegiar el mérito, esto es, al decir de la Corte Constitucional la evaluación de todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública, dentro de una sana competencia para lograr una selección justa, equitativa, imparcial y adecuada a las necesidades del servicio público (sentencia C-040 de 1995).”*

Desde esa perspectiva, considera que las restricciones que se establecen en la norma acusada para participar en el concurso notarial violan la Constitución, *“por ser irrazonables y desproporcionadas, en la medida que no atienden a privilegiar el mérito como la exigencia para ingresar a la función pública. La circunstancia de que el concursante en un momento dado no supere alguna o todas las etapas de un proceso de selección para ingresar a la carrera notarial, no le puede significar un impedimento para presentarse en futuros concursos, pues no corresponde a una situación objetiva que permita delimitar la exigencia del mérito, componente fundamental en la estructuración de los referidos procesos de selección. Además hace encadenar una convocatoria a concurso con la anterior, olvidando que generalmente deben diseñarse en forma independiente”*.

Añade el representante del Ministerio Público que el artículo 167 del Decreto 960 de 1970 vulnera el derecho a la igualdad y el acceso a los cargos públicos, en la medida en que excluye sin justificación a ciertas personas por el hecho de perder un concurso, es decir *“que la limitación de ingreso a la carrera notarial ocurre cuando no se han superado las etapas del concurso al cual se ha presentado”*. Si una persona, no obstante no haber alcanzado los puntajes requeridos decide capacitarse o adquirir experiencia laboral, la disposición le impide de todas maneras acceder al cargo, al no permitirle concursar.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 5 de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

2. El problema jurídico que se plantea

El artículo 167 del Decreto 960 de 1970 limita la participación en futuros concursos notariales de aquellas personas que han perdido alguno con anterioridad. Puntualmente, de conformidad con la norma acusada, quien pierde el concurso por primera vez, no podrá participar en el siguiente;

quien lo pierde por una segunda vez no podrá participar en los dos siguientes y quien lo pierde por una tercera vez, no podrá volver a concursar.

Para el demandante, tal disposición establece una diferenciación injustificada entre los aspirantes a la carrera notarial y aquellos que se postulan a cargos de carrera administrativa, pues a estos últimos no se les impide presentarse a un nuevo concurso, por el hecho de no haber superado otros. De igual forma, considera el demandante, que la norma acusada no sólo desconoce el carácter abierto que deben tener los concursos para acceder a la función pública, sino que establece una limitación irrazonable y desproporcionada al derecho de toda persona de poder participar en la conformación del poder público.

En este proceso se trata, entonces, de determinar si los límites para participar en el concurso notarial que contempla la norma acusada establecen una diferenciación injustificada entre los aspirantes a la carrera notarial y los aspirantes a cargos de carrera administrativa y si tales restricciones obedecen a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad.

Para abordar estos problemas, la Corte iniciará reiterando su jurisprudencia en relación con el concurso público para acceder a la llamada carrera notarial y hará un breve recuento histórico de cómo hasta el momento éste ha sido puesto en marcha. Este contexto servirá de base para analizar la constitucionalidad del artículo 167 del Decreto 960 de 1970.

3. El concurso público como exigencia constitucional para acceder a la carrera notarial.

En diversos pronunciamientos esta Corporación ha hecho referencia a la relevancia de la actividad notarial, pues es a través de ella que se establece una presunción de veracidad de documentos y hechos certificados por el notario, para garantizar seguridad y publicidad a los actos jurídicos suscritos por los usuarios. En esa medida, la Corte ha insistido en que los notarios, no desarrollan únicamente un servicio público, sino que ejercen una actividad de interés general, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, ha de ser calificada como una verdadera función pública.¹

Precisamente, por la trascendencia de la función notarial, una preocupación central del Constituyente de 1991 fue la de asegurar que quienes ejercen dicha actividad, reúnan las condiciones y méritos necesarios para su adecuado desarrollo. Por tal razón –y aunque ya legislador lo había señalado en el Decreto 960 de 1970– en la Constitución se estableció de manera inequívoca *“que el nombramiento de notarios en propiedad se hará mediante concurso”* (art. 131 CP).² La preocupación del constituyente por profesionalizar la carrera notarial se puso de presente con claridad en la sentencia C-741 de 1998, en la que se señala lo siguiente:

“(…) 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 ciertos manejos no muy claros en el nombramiento de los notarios, con lo cual también se quería proteger los derechos de los notarios y asegurar el respeto del principio de igualdad en el acceso a la función pública (CP art. 40). Esto es muy claro en el debate en la Comisión IV de la Asamblea Constituyente que trató el tema, pues en ella los delegatarios coincidieron en que se debía mantener la anterior regulación

¹ Ver Sentencia C-741 de 1998. En el mismo sentido ver entre muchas otras la sentencia T-634 de 2007.

² En efecto, el artículo 146 del Decreto 960 de 1970 establece que “Para ser notario en propiedad, se requiere el lleno de los requisitos legales exigidos para la correspondiente categoría, y además, haber sido seleccionado mediante concurso. Sin embargo, la postulación y la designación podrán hacerse prescindiendo de la selección de candidatos mediante concurso, cuando este no se haya realizado y cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron, conforme a los artículos 172 y 174” (Subrayas fuera de texto). No obstante, como es ampliamente conocido, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, la regla general fue la provisión de los cargos de notarios prescindiendo del concurso.

constitucional, pero que sin embargo era necesario establecer ciertos ajustes que habían obstaculizado el adecuado desarrollo de la función notarial. La novedad más importante fue entonces la constitucionalización de la obligación del concurso, a fin de hacer verdaderamente imperativa su realización para el nombramiento de notarios en propiedad, con lo cual, en el fondo, los delegatarios pretendían la constitucionalización de la carrera notarial. Así, la delegataria que propuso la incorporación en la Carta de este mandato señaló que si se pretendía conservar el esquema existente, de todas maneras era muy **“importante que si a todo nivel de la función pública se está estableciendo por esta Constituyente, el sistema de carrera, sistema de selección que sea objetivo y con base en el mérito personal, pues que este sistema sea extendido a las notarías (subrayas no originales)”**³. Luego, en la Plenaria del 5 de junio de 1991 de la Asamblea, esta tesis fue reiterada y ampliada por esta delegataria, en los siguientes términos:

“En la Comisión después de hacer varios análisis, decidimos que era conveniente recomendar a la Plenaria que se continuara con este sistema existente; sin embargo, anotábamos, que uno de los aspectos que hacen antipática la institución de las notarías es el criterio como de prebenda que encierra, porque pues, se considera que se nombra de notario por consideraciones de favor político u otro tipo de criterio que a veces, pues no resultan los más objetivos o por lo menos no permiten un criterio obligatorio con relación al acceso al notariado, por eso propusimos a la Comisión y personalmente en que ojalá la sesión Plenaria adopte el texto que traemos de la Comisión en cuanto **al acceso al notariado debe ser siempre por concurso**, por lo menos éste sería **un aspecto que le dé ese carácter de considerarse una función pública a la cual debe tener acceso en forma igualitaria cualquier persona que reúna determinados requisitos y que mediante el concurso, pues sea la persona que merece el nombramiento** (subrayas no originales)”⁴.

Ahora bien, la regla contenida en el inciso segundo del artículo 131 según la cual el nombramiento de notarios en propiedad se hará mediante concurso, ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Corte. Aunque más adelante se reseñarán distintas decisiones proferidas por esta Corporación, en esencia en ellas se ha insistido en el carácter “público, abierto, riguroso y objetivo” que debe cumplir el concurso para proveer en propiedad los cargos de notario;⁵ se ha señalado que es incompatible con la Constitución postular y designar notarios prescindiendo del mismo⁶ y se ha advertido que el concurso debe siempre adelantarse en condiciones de igualdad⁷ e incluir entre los cargos a proveer todos aquellos ocupados por notarios que no hayan accedido al cargo mediante concurso.⁸

Igualmente, la Corte ha resaltado que en tanto la finalidad de la llamada carrera notarial es la de garantizar la eficiencia y eficacia en la función, los concursos previstos para acceder a ella deben asegurar que la escogencia de candidatos se haga en función del mérito y la capacidad profesional y a través de un proceso de selección que reúna condiciones mínimas de objetividad. Al respecto, en la sentencia T-318 de 1998 se expresó:

³ Ver la intervención de la delegataria María Teresa Garcés en la sesión del 15 de mayo de 1991 de la Comisión IV en Presidencia de la República, **Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial.** (4515) Ver también Fernando Mayorga García- **Loc-cit**, p 81.

⁴ Ver la intervención de la delegataria María Teresa Garcés en la sesión plenaria de la Asamblea Constituyente del 5 de junio de 1991 en Presidencia de la República, **Antecedentes del artículo 241. Consulta textual y referencial.** (0605) Ver también Fernando Mayorga García- **Loc-cit**, p 128.

⁵ Ver Sentencia C-153-99.

⁶ Ver Sentencia C-155-99.

⁷ Ver Sentencia C-647-00.

⁸ Ver Sentencia T-1695-00.

“(…) un auténtico concurso de méritos, debe articularse en torno a los valores, principios y derechos que inspiran el estatuto constitucional de la función pública. En este sentido, puede afirmarse que todo concurso debe someterse, cuando menos, a las siguientes directrices: (1) la convocatoria debe ser pública y ampliamente difundida; (2) las reglas del concurso - denominación de los cargos a proveer, requisitos para participar, pruebas o evaluaciones, términos y lugares de realización y entrega de requisitos, documentos exigidos, criterios de ponderación, puntajes etc.- deben ser claras y expresas y la administración deberá someterse a ellas estrictamente (Cfr. T-256/95 (...)); (3) las condiciones generales exigidas para participar deben ser proporcionadas –necesarias, útiles y estrictamente proporcionales –a la finalidad perseguida por el concurso; (4) las pruebas a las que han de someterse los competidores deben ser, además de razonables y proporcionadas, congruentes con la misma finalidad; (5) los factores de evaluación deben responder fundamentalmente de manera prioritaria a criterios técnicos, objetivos y públicos, que puedan ser controlados y que desplacen la posibilidad de imponer discriminaciones o privilegios para que todos los aspirantes puedan, realmente, competir en igualdad de condiciones; (6) debe existir una estricta relación de proporcionalidad en la ponderación de los distintos factores a evaluar, de manera tal que prevalezcan los criterios objetivos, a fin de que no ocurra, por ejemplo, que tenga un mayor valor ponderado la prueba que evalúe la condición objetivamente menos necesaria para el ejercicio del cargo.”⁹

4. Las vicisitudes de la realización del concurso para proveer en propiedad los cargos de notario.

A pesar de que la Constitución de 1991 establece con total claridad que los cargos de notarios deben proveerse por el sistema de concurso de méritos, la materialización de este precepto constitucional ha estado lejos de transcurrir por un camino sencillo. De hecho, en los 18 años de expedida la Constitución, tan sólo se ha realizado un concurso público, tras una serie de avatares jurídicos. A continuación, se hará un breve recuento de cómo ha transcurrido la puesta en marcha de lo dispuesto en el artículo 131 de la Constitución,¹⁰ que servirá más adelante para analizar la disposición acusada.

Sea lo primero señalar que en los primeros años de entrada en vigencia de la Constitución, se hizo caso omiso del deber de convocar a un concurso para la designación en propiedad de los cargos de notario. El argumento central para tal omisión era que después de expedida la Constitución, no era claro cuál autoridad debería encargarse de la realización del concurso y de la administración de la carrera notarial. Este punto fue tratado en la sentencia SU-250 de 1998. En dicha providencia esta Corporación, después de verificar que tras siete años de la entrada en vigencia de la Constitución los cargos de notarios seguían haciéndose al margen de la regla establecida en el artículo 131 superior, estimó infundado el argumento señalado, declaró un estado de cosas inconstitucional y ordenó que en un término de seis meses, contados a partir de la notificación de la sentencia, se procediera a convocar a un concurso abierto para notarios. Al respecto, señaló la Corporación lo siguiente:

“Estado de cosas inconstitucional por la no convocatoria a concurso en el caso concreto de los notarios

⁹ Sentencia T-315 de 1998. Fundamentos Jurídicos No 10 y 11.

¹⁰ Parte de este recuento ya había sido puesto de presente por la Corte en la sentencia T-1695 de 2000.

Particular relevancia, para el estudio de los temas que ha suscitado la presente tutela, es el que surge de la orden perentoria dada en el inciso 2° del artículo 131 de la Constitución Política:

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

Esta disposición forma parte del capítulo de la Constitución denominado “De la Función Pública”, uno de cuyos ejes centrales es el establecimiento de la carrera administrativa. Y, es sabido que el sistema de “carrera” se inicia con la convocatoria a concurso.

Hay sistemas especiales de carrera, uno de ellos la carrera notarial.

En lo referente al concurso y la convocatoria para la carrera notarial, el artículo 164 del decreto 960 de 1970, **“por el cual se expide el estatuto del notario”**, expresamente estableció en su artículo 164:

“La carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia...”.

(...)

Hechas las anteriores aclaraciones, surge la siguiente pregunta: ¿La Constitución de 1991 y las normas que la han desarrollado, derogaron o no, en forma expresa o tácita, el artículo 64 del Decreto 960 de 1970 que le señaló funciones al Consejo Superior de la Administración de Justicia, en lo referente a la carrera notarial y sus concursos?

La anterior disposición no ha sido derogada expresa ni tácitamente, porque la Constitución se limitó en el tema de los notarios a ordenar el nombramiento de los mismos en propiedad mediante concurso y no le atribuyó a ningún organismo constitucional la administración de la carrera notarial y de su concurso, y las normas que han desarrollado la Constitución no han modificado el mencionado artículo 164 del Decreto 960 de 1970.

Significa lo anterior que el Consejo Superior de la Administración de Justicia, establecido por el artículo 164 del Decreto 960 de 1970, Estatuto de Notariado, es un organismo consultor cuya integración no era permanente sino ocasional de acuerdo con las funciones previamente señaladas por la ley. Y, no puede confundirse dicho Consejo Superior de la Administración de Justicia, con otro que con el mismo nombre existía con funciones referentes a la rama judicial y con integración distinta a la del Consejo Superior de la Administración de Justicia encargado de la Carrera Notarial y sus concursos.

Todo lo anterior significa que no hay explicación razonable para que no se convoque a concurso para designación de notarios en propiedad, ya que hay normatividad vigente en lo referente a organismo que administra la carrera y el concurso.

Si algún vacío quedare por el tránsito de legislación, el inciso 2° del artículo 2° de la ley 27 de 1992 dice:

“Mientras se expiden las normas sobre administración del personal de las entidades y organismos con sistemas especiales de carrera señalados en la Constitución, que carecen de ellas, le serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Como no se ha convocado a concurso para la designación de notarios en propiedad, lo cual ha debido hacerse en toda la República, se llega a la conclusión de que se está dentro de un estado de cosas abiertamente inconstitucional.

La Corte Constitucional ha considerado que por mandato del artículo 113 de la Constitución “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Y que, es dentro de este contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello implica la necesidad de dar órdenes para que cese ese estado de cosas inconstitucional, y así se hará en la presente sentencia.”¹¹

Al poco tiempo de esta decisión, esta Corporación en la Sentencia C-741 de 1998, reiteró la necesidad de convocar a un concurso público para proveer en propiedad los cargos de notarios. En esa providencia, la Corte insistió en la vigencia del artículo 164 del Decreto 960 de 1970, que dispone como entidad encargada de la carrera notarial y los concursos notariales al Consejo Superior de la Administración de Justicia. No obstante, declaró inconstitucional la expresión “de la Administración de Justicia”, pues consideró que tal denominación, podría llevar a entender que esa institución no sólo debería manejar la carrera notarial sino que era la entidad suprema encargada de la administración de la rama judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto por la Corte en las sentencias mencionadas, el 18 de diciembre de 1998, el Consejo Superior, expidió el Acuerdo No. 01 de 1998, para convocar a un concurso público y abierto para designar cargos de notarios en propiedad. Por su parte el Gobierno Nacional, conforme a las facultades extraordinarias otorgadas por el legislador en artículo 120 de la Ley 489 de 1998, expidió el Decreto Ley 110 de 1999, en el que cambia la denominación del Consejo Superior de la Administración de Justicia por el de Consejo Superior de la Carrera Notarial. En ese mismo año, dicho órgano, profirió los Acuerdos N° 7 y 9 de 1999, en los que “se reglamenta el concurso público abierto para designar notarios en propiedad convocado por el Acuerdo N° 1 del 18 de septiembre de 1998”. Vale la pena señalar que no todas las notarías del país quedaron comprendidas en dichos actos, pues el Gobierno estimó que quienes estaban nombrados en propiedad ya hacían parte de la carrera notarial, y por ende les asistía a sus titulares el derecho de permanecer en el cargo.

En marzo 10 de 1999 la Corte Constitucional en las Sentencias C-153 de 1999 y C-155 de 1999 se pronunció sobre diferentes artículos del Decreto 960 de 1970, relacionados con el concurso notarial. En la primera providencia la Corte consideró que era un derecho de los notarios permanecer en el cargo, siempre y cuando hubieren ingresado a él mediante un concurso ajustado a los parámetros legales y constitucionales, esto es, un concurso “público, abierto, riguroso y objetivo”. Sin embargo, estimó que era un requisito desproporcionado la realización de un concurso cerrado para acceder al cargo en propiedad y por ende declaró inconstitucional los apartes de las normas acusadas que hacían referencia a esa figura, al igual que a la reelección indefinida de aquellos notarios que si bien habían sido nombrados en propiedad, no habían sido designados mediante concurso. En el mismo sentido, en la sentencia C-155 de 1999 la Corte reiteró que “todos los notarios que ejercen actualmente el cargo en propiedad, pero que accedieron a él sin el agotamiento del concurso que exige la constitución vigente, independientemente de la fecha en que hayan sido nombrados, si quisieran continuar en el ejercicio, tendrían que participar en el nuevo concurso que sea convocado para la provisión del cargo de notario en propiedad que actualmente desempeñan y, naturalmente, ganarlo”.

Ahora bien, además de dichos pronunciamientos, en la sentencia C-845 de 1999 la Corte declaró inexecutable el Decreto 110 de 1999 por haber sido expedido con fundamento en una

¹¹ Sentencia SU-250-98.

norma de facultades extraordinarias previamente declarada inconstitucional.¹² Como consecuencia, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1890 de septiembre y 2383 de noviembre de 1999, mediante los cuales, entre otras disposiciones, dispuso que el Consejo Superior de la Carrera Notarial fuera un organismo asesor del Ministerio de Justicia y del Derecho en materias notariales.

A pesar de los hechos mencionados la vigencia del Acuerdo N° 9 de 1999 se mantuvo y el Consejo Superior de la Carrera Notarial decidió seguir adelante con el concurso y determinó que los exámenes de conocimiento se realizarían el 1 de julio de 2000.

Mediante fallo del 29 de junio de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” concedió una acción de tutela propuesta por la Asociación Colombiana de Notarios y ordenó al Ministerio de Justicia y del Derecho y a los demás miembros que integran el Consejo Superior de la Carrera Notarial aplazar el concurso de notarios convocado mediante el Acuerdo N° 9 de 1999 *“mientras se expiden normas ajustadas a derecho, por la autoridad competente, con las cuales se garantice la constitucionalidad y legalidad del mismo”*, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado. En cumplimiento de dicha providencia, la Superintendencia de Notariado y Registro dispuso *“el aplazamiento del concurso público y abierto para la designación de notarios en propiedad (...) y en consecuencia ordena la suspensión de la calificación de méritos antecedentes y entrevistas, instrumentos de selección necesarios para la culminación del mismo concurso (...)”*. No obstante la orden dada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Gobierno decidió realizar el mencionado examen de conocimiento.

Posteriormente en la sentencia T-1695 de 2000 la Corte estimó que el Consejo Superior de la Carrera Notarial había incurrido en una violación al derecho a la igualdad al expedir los Acuerdos 7 y 9 de 1999, mediante los cuales se convocaba a concurso para la designación de notarios excluyendo del concurso algunas notarías cuyos titulares, pese a estar nombrados en propiedad, no accedieron al cargo mediante el sistema de concurso. La Corte advirtió que *“...no es lo mismo concursar para el ingreso a ciertas notarías que tener la oportunidad de hacerlo para todas las existentes en el país, pues es evidente que se abre el espectro de posibilidades para los aspirantes, acorde con el mandato superior”*. Por ello, tras insistir en que a la fecha no se había superado el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia SU- 250 de 1998, le ordenó al Consejo Superior de la Carrera Notarial convocar a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país.

Ahora bien, paralelo a estos hechos, en el Congreso de la República se discutía el Proyecto de Ley 148 de 1998 Senado y 221 de 1999 Cámara, a través del cual se buscaba reglamentar el ejercicio de la actividad notarial. En la sentencia C-647 del 31 de mayo de 2000, esta Corporación se pronunció sobre las objeciones presidenciales en contra del último inciso del artículo 2° y en contra del artículo 6° del mencionado proyecto. La Corte consideró que la primera de esas disposiciones, al limitar la inscripción únicamente a uno de los concursos y someter a los aspirantes a una espera de un año para presentarse a otra notaría, comportaba una violación del derecho a concursar en condiciones de igualdad y que la segunda norma vulneraba el artículo 131 de la Carta en cuanto permitía el ingreso a la carrera notarial de notarios que habían sido nombrados en propiedad sin concursar para el cargo. Finalmente, modificados los artículos en cuestión, con base en las consideraciones de la Corte, el Presidente sancionó el 5 de julio, la Ley 588 de 2000.

¹² En efecto, en la sentencia C-702 de 1999 se declaró inconstitucional el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, con base en el cual se expidió el decreto 110 de 1999, porque no se habían cumplido los requisitos constitucionales para que el legislador pudiera otorgar al Gobierno facultades legislativas extraordinarias.

La entrada en vigencia de la Ley 588 de 2000 llevó al Ministerio del Interior y de Justicia a suspender el concurso que se había iniciado de conformidad con el Acuerdo 9 de 1999, para comenzar otro que respondiera a la reglamentación establecida por el legislador.

No obstante, tal concurso no fue convocado en un tiempo cercano. De hecho, cerca de seis años después de la expedición de la Ley 588 de 2000, la Corte conoció de una acción pública de inconstitucionalidad en contra de la ley mencionada, por haber derogado el artículo 164 del Decreto 960 de 1970, que consagraba el Consejo Superior como la entidad encargada de administrar la carrera y el concurso notarial. En efecto, en la sentencia C-421 de 2006 la Corte puso de presente que si bien el legislador había dictado una ley encaminada a dar cumplimiento a los mandatos superiores establecidos en el artículo 131 de la Carta, al haber derogado la única norma que disponía de una entidad para convocar al concurso, sin crear otra o sustituirla, dejó dicha ley sin un elemento indispensable para la realización efectiva de lo dispuesto en el artículo 131 superior. A juicio de la Corte, tal hecho, generó una vulneración directa de diversos artículos constitucionales. Textualmente se expresa en la sentencia:

“Así, dado que ante la imposibilidad de realizar los concursos, la hipótesis excepcional a que alude el artículo 2 de la ley 588 de 2000 en su segundo inciso, -a saber 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”-, se convierte en la regla general, es claro que el acceso a la función notarial como consecuencia de la derogatoria del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 no solo es imposible hacerlo mediante el procedimiento señalado por el Constituyente sino que de ello se sigue, de manera necesaria, el desconocimiento de los derechos a la igualdad, debido proceso y acceso a la función notarial, tanto de las personas que ocupan el cargo de notario en provisionalidad, como de los ciudadanos que quieren acceder a ese cargo, en condiciones de igualdad y con base en el mérito, al no existir el órgano que realice los concursos.

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).

En consecuencia, la Corte declaró la inexecutable de la expresión “164” contenida en el artículo 11 de la Ley de 588 de 2000 y, en armonía con decisiones anteriores de esta Corporación,¹³ determinó que el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 recobraría su vigencia “en los términos en que se encontraba al momento de la expedición de la Ley 588 de 2000, es decir tal como él regía luego de la sentencia C-741 de 1998 que declaró su exequibilidad parcial”. Adicionalmente, la Corte ordenó que en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la sentencia, se procediera “a la realización de un concurso abierto para la provisión en propiedad por parte del Gobierno del cargo de notario”. Sobre este particular se expresó en la sentencia:

Para la Corte es igualmente claro que en circunstancias de real excepción como la que se presenta en este caso, donde se está frente a una actuación del Legislador que se enmarca dentro de un incumplimiento reiterado de los mandatos superiores que han llevado incluso a la Corte a declarar la configuración de un estado de cosas

¹³ Ver entre otras las sentencias C-145 de 1994, C-055 de 1996, C-478 de 1998, C-501 de 2001, C-618 de 2001, C-950 de 2001, C-1190 de 2001, C-226 de 2002, C-427 de 2002, C-357 de 2003, C-840 de 2003, C-432 de 2004, C-464 de 2004, C-706 de 2005.

inconstitucional,¹⁴ el análisis que debe hacerse y las consecuencias que dentro del marco de los objetivos del control abstracto de constitucionalidad cabe derivar, no excluyen la posibilidad de ordenar una determinada actuación en función del respeto y guarda integral de la supremacía de la Constitución Política.

Para la Corte es indudable que en casos como el presente lo que está en juego realmente no es solamente la eficacia misma de un claro, preciso e imperativo mandato superior y, en últimas, la propia supremacía de la Constitución, sino también la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, -no de personas en particular sino de todos los ciudadanos-, ligados a la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad a la función notarial en aplicación del procedimiento fijado por el Constituyente.

Téngase en cuenta que después de quince años de proferida la Constitución y de ocho años de haberse declarado por la Corte la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la sentencia de unificación SU-250 de 1998,¹⁵ el imperativo mandato superior señalado en el artículo 131 según el cual el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso continúa inaplicado a pesar de la expedición de la Ley 588 de 2000 que fija los criterios para la realización de los respectivos concursos.

Se está pues en este caso en presencia de una circunstancia excepcional que hace que la declaratoria de inexecutable de la expresión “164” contenida en el artículo 11 de la Ley 588 de 2000 en sí misma sea insuficiente para que la Corte cumpla su función de guardián de la Constitución en los términos del artículo 241 superior (...)

Con posterioridad a este fallo, el Consejo Superior, mediante el Acuerdo 1° del 15 de noviembre de 2006 convocó a un concurso público y abierto para proveer el cargo de notario de 859 notarías de las 865 existentes. En mayo de 2007, el Gobierno anunció su intención de suspender dicho concurso, con el argumento de que en el Congreso se venía adelantando una iniciativa para modificar la Ley 588 de 2000 y era conveniente esperar a que fuera conciliado y sancionado dicho proyecto. Sin embargo, tal propuesta fue desechada, entre otras razones, por la insistencia del Procurador General de la Nación de que la suspensión de aquél, “*amenaza la seguridad jurídica y vulnera los derechos de quienes han accedido al concurso*”.¹⁶

¹⁴ La Corte ha explicado que cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas que se encuentra en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela. En esas circunstancias se presenta una situación que trasciende los casos concretos y que exige la defensa de los derechos con una proyección más amplia. Ver entre otras, las sentencias SU-559 de 1997, T-068 de 1998, T-153 de 1998, SU-250 de 1998, T-590 de 1998, T-606 de 1998, T-525 de 1999, SU-090 de 2000, T-847 de 2000, T-1695 de 2000, T-1030 de 2003, T-025 y T-1096 de 2004, T-175 de 2005, T-312 de 2005.

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, la Corte ha destacado los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. Ver sentencia T-025 de 2004.

¹⁵ Estado de cosas inconstitucional puesto de presente igualmente en la sentencia C-373 de 2002.

¹⁶ Consultado en: www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2007/noticias_169.html.

Si bien el concurso continuó, su proceso no fue fácil. En la realización del mismo, fueron interpuestas sendas acciones jurídicas. Entre muchas otras, la Unión Colegiada del Notariado Colombiano interpuso una acción de tutela para dejar sin efectos la prueba de conocimientos, con el argumento de que las preguntas eran ambiguas. En julio de 2008 el Consejo de Estado denegó la tutela referida, pues consideró que así pudieran existir preguntas que adolecían de fallas en su formulación, a todos los concursantes se les había aplicado el mismo criterio de calificación.¹⁷

Ahora bien, en diciembre de 2008 finalizó el concurso y se anunciaron las personas seleccionadas. No obstante, al momento en que la Corte expide esta sentencia, sólo la mitad de los seleccionados se han posesionado. Esto obedece principalmente a que en la actualidad está en curso una acción popular ante el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué, en la que se solicita que se anulen los cinco puntos acreditados a “*publicaciones*”, pues muchos de los escritos avalados en el concurso, no están reconocidos como obras jurídicas a la luz de los derechos de autor.

En síntesis, todo este recuento lo que muestra es que la realización del concurso notarial y la efectividad del artículo 131 han tenido que enfrentar múltiples obstáculos, y hasta el día de hoy no es totalmente claro el panorama del único concurso que se ha realizado, después de 18 años de entrada en vigencia la Constitución.

5. Análisis de constitucionalidad del artículo 167 del Decreto Ley 960 de 1970.

Una vez mostrada la naturaleza pública de la función fedante y del imperativo contemplado en la Constitución de que los cargos notariales en propiedad sean provistos a través del concurso, pasa la Corte a examinar específicamente los cargos contra el artículo 167 del Decreto 960 de 1970.

Como ya se reseñó, esta disposición señala que no podrán participar en el concurso inmediatamente siguiente, quienes lo hayan perdido en una primera oportunidad, que quienes pierdan dos veces el concurso no podrán participar en los dos siguientes, y que aquellas personas que no aprueben el concurso por una tercera vez, no podrán volver a participar. Aunque la norma acusada no lo menciona expresamente, es claro que lo que en ella se consagra son inhabilidades para participar en el concurso notarial,¹⁸ unas temporales –en relación con los primeros dos supuestos–, y una intemporal –en relación con el tercero.

Sea lo primero reiterar que de conformidad con los artículos 123, 131 y 150-23 de la Constitución, el legislador es competente para establecer los requisitos para acceder a la carrera notarial y goza de una amplia discrecionalidad para definir el régimen de inhabilidades aplicable. Como ha precisado esta Corporación, en desarrollo de dicha facultad, “*el Congreso puede determinar qué supuestos de hecho impiden a aspirar al ejercicio del cargo de notario y si tal impedimento está o no sujeto a un límite temporal. Así, como escenario de expresión democrática, el Congreso se encuentra legitimado para valorar las exigencias requeridas para*

¹⁷ De conformidad con el Artículo Segundo del Acuerdo 54 de 2007, del Consejo Superior de la Carrera Notarial “*no serán convocados a la prueba de entrevista los aspirantes que como resultado de la prueba de evaluación de méritos y antecedentes y de la prueba de conocimientos, acumulan un puntaje inferior a 50 puntos.*” La conformación de la lista de elegibles exigió un puntaje de 60 puntos acumulados en las diferentes pruebas y en la entrevista, que tenía un valor de 10 puntos.

¹⁸ Como lo señaló la Corte en la sentencia C-1212 de 2001, “*las inhabilidades o inelegibilidades son impedimentos establecidos por el constituyente o por el legislador, que restringen el acceso a la función pública de personas que, a su juicio, carecen de las cualidades requeridas para ejercerla. Así mismo, se consideran “como hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado.”*

*acceder a esa función pública y para excluir de la posibilidad de acceso a aquellos aspirantes que no satisfagan tales exigencias”.*¹⁹

Esta facultad del legislador, derivada de la misma Constitución, permite, en primer término, referirse a uno de los cargos planteados por el demandante, en el sentido de que la norma objeto de análisis es inconstitucional, pues establece una diferenciación injustificada entre los aspirantes a carrera notarial, y los aspirantes a carrera administrativa, quienes en todo tiempo pueden participar en los concursos, independientemente de que lo hayan perdido con anterioridad. La Corte no comparte el cargo expuesto, pues precisamente, en virtud del artículo 131 de la Carta, el Constituyente estimó necesario establecer un sistema de carrera notarial específico, cuyo régimen le compete definir al legislador. En otras palabras, si bien el sentido de la carrera administrativa y la carrera notarial son similares, pues apuntan a garantizar un procedimiento adecuado para seleccionar, con base en el mérito, quién es la persona más calificada para desarrollar una función pública, la misma Constitución previó una carrera distinta a la administrativa, para el acceso y permanencia de la función notarial. No de otra manera se explica que el constituyente no haya incluido la actividad notarial dentro del artículo 125 de la CP, sino que haya contemplado un artículo específico, el 131 de la CP, para definir las competencias del legislador en relación con el régimen notarial y con el concurso para proveer los cargos de notario. De hecho, este carácter especial, ya había sido puesto de presente por la Corte en la sentencia C-1508 de 2000²⁰, en la que se expresó que dadas las connotaciones de la actividad notarial, ésta quedaba sujeta a un sistema normativo particular, el cual debía ser definido por el legislador.

Obviamente, las consideraciones anteriores no excusan a la Corte de analizar otras consecuencias que se derivan de la norma acusada. Si bien no es dable sostener que el artículo 167 del Decreto 960 de 1970 establece una diferenciación injustificada entre los aspirantes a los empleos en órganos y entidades del Estado y los aspirantes a notario, lo cierto es que las restricciones allí contempladas, establecen límites al derecho a acceder al desempeño de funciones públicas y a la libertad de escoger profesión u oficio. Por ende, y a pesar de que la Constitución le otorga al legislador una amplia competencia para regular la materia, como tantas veces lo ha señalado la Corte, su facultad no es absoluta; tratándose de límites al ejercicio de derechos fundamentales, éstos deben obedecer a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. En términos de la sentencia T-634 de 2007, la facultad del legislador para valorar las exigencias requeridas para acceder a la actividad notarial y para excluir de la posibilidad de acceso a aquellos aspirantes que no satisfagan tales exigencias *“debe guardar una relación de equilibrio entre los fines estatales, los principios de la administración pública y el ámbito funcional del notariado y, al tiempo, los derechos de quienes aspiran a ocupar los cargos disponibles pues si bien se encuentra legitimado para limitar tales derechos en procura de la realización de esos propósitos, el régimen de inhabilidades para ello dispuesto debe ser razonable y proporcionado”.*²¹

Como también lo ha señalado la Corte, que la inhabilidad deba ser razonable significa que la medida haya sido adoptada para alcanzar un fin legítimo y que exista una correspondencia adecuada entre el medio adoptado y la referida finalidad.²² Que sea proporcional implica que no puede ser excesiva en procura de alcanzar el fin buscado, sino que debe existir *“una relación justa o mesurada entre la causal de inelegibilidad adoptada y la finalidad que se pretende al impedir el nombramiento de la persona incurso en ella”.*²³ Pasa la Corte a analizar dichos requisitos frente a la disposición acusada.

¹⁹ C-372 de 2002.

²⁰ En este fallo la Corte declaró la exequibilidad de la incompatibilidad entre el ejercicio de la función notarial con toda intervención en política, distinta del ejercicio del sufragio, prevista en el artículo 10º del Decreto 960 de 1970.

²¹ En este mismo sentido Vid., entre otras, las sentencias C-1212 de 2001, C-617 de 1997, C-537 de 1993.

²² Sentencia C-1212 de 2001.

²³ *Ibíd.*

La norma en cuestión, tal y como arriba se precisó, contempla dos tipos de inhabilidades para participar en el concurso notarial. Unos temporales, en el caso en que se pierda una o dos veces el concurso y otro intemporal, en el caso en que se pierda por una tercera vez. En primer lugar, es evidente que tanto la una como la otra guardan una finalidad común: atraer a los mejores aspirantes para la carrera notarial. Esta finalidad es claramente legítima y coherente con los propósitos que fijó el constituyente a la hora de contemplar el concurso como medio principal para acceder a la carrera notarial. Como lo ha señalado la Corte, *“la finalidad de establecer inhabilidades radica en garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, entendida ésta como “el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines”. Dado que dicha función se dirige a la atención y satisfacción de intereses generales, resulta razonable que se exija a las personas que aspiran a ejercerla, poseer cualidades suficientes que garanticen su desarrollo con arreglo a los principios mencionados. Así pues, a través de las inhabilidades se busca asegurar la excelencia en el ejercicio de la función pública, a través de personas idóneas y con una conducta intachable.”*²⁴

En segundo lugar, debe la Corte examinar si a pesar de perseguir una finalidad legítima, la norma en cuestión establece medios adecuados para el logro de dicho fin. Para analizar esta cuestión, es pertinente preguntarse: ¿perder un concurso, una dos y hasta tres veces, significa que la persona no tiene o no puede llegar a tener cualidades necesarias para garantizar idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de una función pública? Una aproximación rápida a esta cuestión podría sugerir que la respuesta es afirmativa. A primera vista, podría pensarse que quien pierde un concurso de notario – y más aún si lo vuelve a perder-, es porque no reúne las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, de manera que la norma sería adecuada para desestimular la participación de personas no aptas, y para asegurar que los candidatos que efectivamente lleguen al concurso sean los aspirantes con mejores calificaciones para su desempeño.

No obstante, la Corte considera que tal aproximación no es acertada, si se tiene en cuenta el contexto en el cual está inmerso la norma en cuestión. Como ya lo ha señalado esta Corporación, si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que se deba dejar de lado el contexto dentro del cual la norma es aplicada, para efectos de realizar un juicio de exequibilidad.²⁵

Bajo este sentido, en el análisis de la norma acusada, es importante tener en cuenta lo dispuesto por el legislador en la Ley 588 de 2000 en relación con la calificación de los concursos de notarios. Dice el artículo 4º:

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

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

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Sentencia C-557 de 2001.

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

El concurso se calificará sobre cien puntos, así:

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

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

Especialización o postgrados diez (10) puntos.

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

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

Nótese que la norma en cuestión establece una serie de elementos que deberán considerarse para determinar la persona más idónea para el cargo. Estos elementos van desde apreciaciones subjetivas, como el desempeño en la entrevista, como objetivas, tales como el puntaje en las pruebas de conocimiento, la experiencia y los niveles educativos. Quienes entran a hacer parte de la lista de elegibles son aquellos que después de la sumatoria de las calificaciones, obtienen el puntaje mínimo clasificatorio.²⁶ Pero esto no significa que las demás, no puedan llegar en el futuro a reunir los méritos necesarios para desempeñarse en el cargo. Así, puede suceder que una persona no fue seleccionada, porque su experiencia o sus títulos educativos no superaron a los de los demás candidatos, pero que decida adquirir mayor experiencia y mejorar su nivel educativo para volver a aspirar. También puede suceder, que la persona, a pesar de obtener un buen puntaje en las pruebas de conocimiento, tener la experiencia y el nivel educativo requerido no haya sido bien evaluado en la entrevistas y que busque mejorar sus habilidades expositivas para tener próximamente un mejor desempeño. En otras palabras, perder un concurso puede obedecer a un sinnúmero de factores, que no necesariamente apuntan a concluir que la persona no puede llegar a ser apta para el cargo. Por eso, una medida como la analizada, difícilmente garantiza una correspondencia adecuada con la finalidad que se pretende, que es la de atraer a los mejores aspirantes para la carrera notarial. De hecho, deja por fuera a un sinnúmero de personas que han invertido tiempo y recursos para prepararse para la postulación. Si se tiene en cuenta, por ejemplo, el único concurso notarial que se ha realizado tras la vigencia de la Constitución de 1991, más de 13.000 personas que participaron para la selección de 859 notarios, y no fueron incluidos en la lista de elegibles, quedarían por fuera de una futura convocatoria.

²⁶ Según el Acuerdo 54 de 2007, por el cual se ordena la publicación de los resultados de la prueba de conocimientos practicada por la Universidad de Pamplona dentro del concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial y de la lista de aspirantes admitidos a presentar entrevista para integrar la lista de elegibles, se requería un puntaje mínimo clasificatorio de 60 puntos acumulados en las distintas pruebas de mérito, antecedentes, conocimientos y entrevista.

Debe añadirse además que el mecanismo establecido por legislador en la disposición acusada no es adecuado, pues precisamente el mérito de una persona que aspira en determinado momento a un cargo en la carrera notarial es el objeto de la evaluación que se deberá hacer dentro del concurso, de manera tal que no tendría sentido entrar a descalificar a una persona con anterioridad al mismo. Que una persona pueda aspirar no significa que tenga que ser elegida; su elección dependerá entonces, de la evaluación que se haga sobre sus condiciones y la de los demás aspirantes dentro del proceso del concurso.

Con todo, si en gracia de discusión se señalara que la norma en cuestión sí sirve como un filtro previo para asegurar que sólo los mejores candidatos se presenten al concurso, de todas maneras las restricciones que allí se imponen ciertamente son desproporcionadas para alcanzar dicho fin.

Por un lado, es claro para la Corte que restringir la participación de una persona en futuros concursos notariales, por haber perdido otro u otros con anterioridad, compromete uno de los postulados básicos de los concursos para proveer cargos de carrera, cual es el de la igualdad de acceso y participación. En este sentido, vale la pena reiterar lo expresando por esta corporación en la sentencia T-1695 de 2000, en relación con el concurso notarial:

“[E]s claro que el concurso que el Gobierno Nacional está obligado a efectuar en este caso, como todo concurso, ha de satisfacer los principios mínimos que rigen este sistema de selección, tales como: i) el de la igualdad en el acceso, cuyo pilar fundamental está en el mérito y la capacidad (sentencias C-040 de 1995 y SU-136 de 1998, entre otras) **y en la participación de todo el que crea tener derecho a ocupar el cargo correspondiente, lo que se garantiza mediante convocatorias abiertas (sentencia C-063 de 1997)**, ii) la eficacia, la celeridad y la moralidad en el desempeño de la función pública (sentencias C-479 de 1992 y C-317 de 1995, entre otras), iii) el respeto por los derechos subjetivos de quien hace parte de la carrera, precisamente por haber ingresado mediante este sistema de selección, protección ésta que se concreta en el principio de estabilidad en el empleo (sentencia C-522 de 1995, entre otras).” (Subrayas fuera de texto)

En igual sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-041 de 1995. Allí se expresó:

“El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, **no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado.**

El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. **Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales** y que los méritos y requisitos que se tomen en

consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca (subraya no originales)". (Subraya fuera de texto).

En segundo lugar, termina por anular el derecho de participación en la conformación del poder público (art. 40 de la C.N) de las personas que se presentaron en un concurso notarial pero no fueron elegidas. Para explicar el punto, vale la pena, mostrar las consecuencias de cada una de las inhabilidades que se contemplan en el artículo 167 del Decreto 960 de 1970.

Por un lado, en el caso de la inhabilidad intemporal, es evidente que la persona que no supera un concurso en tres ocasiones, pierde toda oportunidad para volver a aspirar a la carrera notarial. La pregunta es si la "gravedad" del hecho, "perder tres concursos", es suficiente para restringir tan severamente el ejercicio de un derecho fundamental. Para la Corte la respuesta es negativa. En efecto, si bien esta Corporación, en oportunidades anteriores, ha considerado que el legislador sí puede establecer inhabilidades intemporales en relación con el ingreso a la carrera notarial, ha sido enfática en señalar que tales inhabilidades se justifican en tanto estén objetivamente encaminadas a garantizar la confianza pública en la idoneidad y transparencia de quien ha de ejercer el cargo de notario. En atención a ese presupuesto, por ejemplo, ha considerado ajustado a la Carta que quienes hayan sido condenados penalmente, disciplinariamente o administrativamente por conductas graves lesivas del patrimonio o por faltas como notario, no puedan volver a aspirar.²⁷

No obstante, es claro para esta Corporación que un supuesto como el que se analiza en esta providencia, la pérdida del concurso, no reviste la gravedad de los actos que justificaron la declaratoria de exequibilidad de las inhabilidades arriba mencionadas. Nótese además, que la Corte incluso consideró como desproporcionado inhabilitar intemporalmente para acceder a la carrera notarial a aquellas personas que son sancionadas con multa por la comisión de una falta leve, con el argumento de que tales faltas no revisten una gravedad tal que pueda comprometer el adecuado ejercicio de la función fedante.²⁸ En el caso que se analiza, la pérdida de varios concursos notariales, ni siquiera puede asemejarse a la comisión de una falta leve.

²⁷ Vid, Sentencia C-373 de 2002. En dicha providencia la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del parágrafo 2° del artículo 4° del Decreto 960 de 1970.

²⁸ *Ibíd.* A este respecto dijo la Corte: "9. No obstante lo expuesto, existe un evento en el que el grado de exigencia del legislador en la configuración de la inhabilidad para concursar para el cargo de notario vulnera la Carta Política. En efecto, obsérvese que el Decreto 960 de 1970 si bien relaciona, en el artículo 198, las faltas disciplinarias imputables a los notarios, se abstiene de realizar clasificación alguna de tales faltas para indicar cuáles de ellas son graves y cuáles son leves. De este modo, la inhabilidad para concursar para el cargo de notario, establecida en el parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 588 de 2000, se configuraría, en cada caso, con independencia de la gravedad o levedad de la falta cometida o del número de sanciones impuestas al notario interino. || Esa situación puede conducir a que se configuren inhabilidades desconociendo la relación de proporcionalidad que debe existir entre los fines constitucionales pretendidos por el legislador y los medios concebidos para realizarlos. Ello es así en cuanto los notarios que han sido sancionados disciplinariamente por una falta leve quedarían en la misma situación en que se hallan aquellos que han sido sancionados por una falta grave o que han sido sancionados varias veces pues tanto aquellos como éstos quedarían inhabilitados. || [...] || De acuerdo con lo expuesto en tales disposiciones, existe la posibilidad de conciliar el fin pretendido por el legislador con el medio utilizado para realizarlo y mantener así la relación de proporcionalidad que debe existir entre aquél y éste. Tal posibilidad consiste en circunscribir la configuración de la inhabilidad a aquellos casos en que la sanción disciplinaria impuesta a los notarios ha sido la de suspensión o de destitución pues en estos eventos, la gravedad de la falta cometida o la reincidencia en faltas disciplinarias justifican la configuración de la inhabilidad. Con tal proceder se impide que la inhabilidad se extienda a aquellos notarios que han sido sancionados con multa pues en estos casos la inhabilitación resultaría desproporcionada ante la levedad de la falta cometida. || De acuerdo con esto, la Corte modulará los efectos del fallo para circunscribir la inhabilidad a aquellos notarios que han sido sancionados con penas de destitución o suspensión y para excluir de ella a los notarios que han sido sancionados con multa. De esta manera, se excluirá del ordenamiento jurídico una interpretación de la norma que resulta contraria a la Carta por desconocer la relación de proporcionalidad que debe existir entre los medios configurados para realizar el fin estatal de asegurar la excelencia e idoneidad en la

Ahora bien, podría sostenerse que a pesar de que la inhabilidad intemporal que consagra el artículo 167 del Decreto 960 de 1970 es desproporcionada, las inhabilidades temporales que allí se consagra, podrían llegar a superar el juicio de proporcionalidad, en la medida en que no establecen una restricción absoluta para poder aspirar al cargo de notario, sino un compás de espera.

No obstante, la Corte considera que este argumento no es de recibo, si de nuevo se tiene en cuenta el contexto de la carrera notarial. Como se puso de presente al inicio de esta providencia, después de 18 años de expedida la Constitución de 1991, sólo se ha convocado a un concurso notarial que, incluso, al momento de proferirse esta decisión, continúa siendo objeto de controversia judicial. Han sido tantas las dificultades para su realización, que no es aventurado sostener que bajo el supuesto de la norma acusada, las personas que no lo superaron difícilmente tendrán la oportunidad de participar en uno nuevo, si tienen que esperar a que se convoquen por lo menos dos concursos más. En otras palabras, bajo el contexto del concurso notarial, estas inhabilidades temporales, en la práctica pueden traducirse en una inhabilidad intemporal, que como ya se señaló, sólo pueden establecerse por conductas que objetivamente sean de tal gravedad que puedan poner en riesgo la idoneidad y transparencia en el ejercicio de la función fedante.

Por todo lo anterior la Corte declarará inexecutable el artículo 167 del Decreto 960 de 1970.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 167 del Decreto Ley 960 de 1970.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con Excusa

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (E)

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

actividad notarial y los derechos de los aspirantes a notarios como son los de acceder al desempeño de funciones públicas, el derecho al trabajo y el de libertad de escoger profesión u oficio.”

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General