

NOTARIOS SERVIDORES PÚBLICOS SUI GÉNERIS



MARIA CAROLINA ANGARITA FIGUEREDO

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CUCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN NOTARIADO INMOBILIARIO Y URBANISTICO
CÚCUTA, COLOMBIA
2018

NOTARIOS SERVIDORES PÚBLICOS SUI GÉNERIS



MARIA CAROLINA ANGARITA FIGUEREDO

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de Especialista en Notariado
Inmobiliario y Urbanístico

Asesor disciplinar
LUIS ALEJANDRO CORZO MANTILLA
Abogado

Asesor metodológico
LUIS ENRIQUE NIÑO OCHOA
Especialista en Investigación Social

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CUCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN NOTARIADO INMOBILIARIO Y URBANISTICO
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

NOTARIOS SERVIDORES PÚBLICOS SUI GÉNERIS

María Carolina Angarita Figueredo¹

Resumen

La administración pública es entendida como el conjunto de entidades y personas que facilitan el funcionamiento del Estado en pro de servir, cumplir los fines sociales previstos en la Constitución Política y, a su vez, garantizar los derechos de los coasociados en igualdad de condiciones. Los servidores, es decir, las personas que coadyuvan en la función pública, cuentan con un carácter especial dependiendo del grado de vinculación con la misma, determinándose en servidores públicos y particulares que prestan funciones públicas. Originalmente, según la C.P, art 123, los primeros están determinados por ser miembros de corporaciones públicas y empleados y trabajadores del Estado. Sobre el deber ser de cumplir con todos su cometidos, el Estado es insuficiente para hacerlo todo, por ello recurre a particulares que en forma transitoria cumple funciones públicas, como conciliadores, peritos, entidades privadas como la cámara de comercio, contratistas, entre otros, en la llamada descentralización por colaboración, que en su actuar en el servicio público tienen las mismas consecuencias jurídicas de un empleado de carrera administrativa. La carrera administrativa es el sistema técnico de administración de personal que garantiza el acceso al sistema público, su permanencia y capacitación. En ese orden de ideas, al Notario Público no puede considerársele como a un simple particular con funciones públicas, primero porque es el Estado quien crea las Notarías Públicas, regulariza el servicio a través de un sistema de carrera especial y es quien nombra a los notarios a través del mérito; por consiguiente su vinculación con el Estado no es ocasional, sino por el contrario, tiene un carácter de permanencia con características comunes a los demás servidores públicos.

Palabras Claves:

Organismo, empleado público, carrera administrativa, descentralización por colaboración,

¹ María Carolina Angarita Figueredo. Abog. Esp. Derecho Administrativo y Derecho y Contratación Estatal.

Abstrac

The public administration is understood as the set of entities and people that facilitate the operation of the state in the service, to fulfill the social purposes in the Political Constitution and, in turn, the rights of the partners in equal conditions. The servants, that is to say, the persons who contribute in the public function, count on a special character as the degree of connection with the same, the determination of public servants and the public functions. Originally, according to the C.P, art. 123, the first are by the members of public corporations, employees and state workers. The duties of fulfilling the tasks, the state is insufficient to do everything, therefore, in the form of transitory complies with public functions, such as conciliators, experts, private entities such as the chamber of commerce, contractors, among others, in the so-called decentralization by collaboration, that in its public service. The administrative career is the system of personal administration that guarantees access to the public system, its permanence and training. In this order of ideas, in the Public Notary can not be considered as a simple individual with public functions, first because it is the State who creates the Public Notaries, regularizes the service through the special career system and is the one who names the notaries through merit; As regards the other public servants

Key Words

Organization, public employee, administrative career, decentralization by collaboration,

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la función pública genera mucha controversia respecto a quienes son servidores públicos, por cuanto existen quienes se vinculan con el Estado de manera transitoria o permanente y no merecen ese calificativo a pesar de contribuir con los fines del mismo. Y entonces comienza la disyuntiva de como calificamos técnicamente o adecuadamente a una persona natural, la cual por el simple vínculo con el Estado debería ser servidor público, pero desde la perspectiva filosófica y jurídica que le quiso dar nuestra Carta Magna y el desarrollo legal, habría que realizar un ejercicio interpretativo para dar luces a tanta polémica. Además de existir particulares en función del Estado, comparten las mismas consecuencias jurídicas del llamado servidor público, cuando faltan al cumplimiento del deber ser, pues también son sujetos penales, disciplinables y de responsabilidad fiscal. Por ello, entre otros factores, es difícil diferenciar entre un servidor público y una persona particular que ejerce una función pública, situación compleja y difícil de dilucidar con una mera apreciación.

La Carta Política bosqueja el nacimiento de los servidores públicos en el art 123, reseñando como tales los siguientes:

Los miembros de las corporaciones públicas

Los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Añade:

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Concomitante con el anterior precepto, más exactamente el art 125, se reseña que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.

Y que es la carrera administrativa, según la ley 909 de 2004?

Es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera. Para alcanzar estos objetivos el ingreso, permanencia y ascenso en los empleos que no sean de libre nombramiento y remoción se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que en ellos la filiación política de una persona o consideraciones de otra índole puedan tener influjo alguno. (Ley 909, 2004)

En referencia al Notario Público, cuyo nombramiento se hace mediante concurso público, y es el Gobierno quien crea, suprime y fusiona los círculos de notariado y registro, según art 131 de la C.P, pone de manifiesto una calidad especial del sujeto por su forma de vinculación con el Estado, siendo esta el mérito, lo cual, a la vez,

le da un carácter de permanencia en el mismo, equiparándolo a un empleado público, distinto a los de libre nombramiento y remoción y los de elección popular.

Así las cosas, cabe preguntarse, es el concurso o el mérito organizado por el Estado para cumplir funciones públicas y el ingreso, lo que da status de servidor público? En ese orden de ideas es pertinente interrogarse: son las notarías órganos del Estado?

Sobre el servicio de Notariado, por mera referencia de la Constitución Política, en su art. 131, es un servicio público.

Los servicios públicos son aquellas actividades que satisfacen necesidades colectivas, ordinariamente esenciales y que por lo tanto, deben ser ofrecidos en forma continua y en igualdad de condiciones a toda la comunidad. Es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas. (C.S.J, sent 6 de julio 1972)

En sentido amplio y como lo expresa Maldonado Gómez (2016) el concepto de servicio público debe observarse no solo desde la óptica de los servicios públicos domiciliarios, pues estos deben ser únicamente una clase de servicios, que debido a su impacto social se le ha dado gran

importancia, por ende el concepto abarca toda una ideología.

El servicio público constituye, según (Maurice Hauriou), la razón de ser de la administración pública, convirtiéndose en uno de los temas fundamentales del Estado moderno.

La actividad notarial es facultativa del Estado, por ser este quien designa los Notarios Públicos a través de concurso público y determina el régimen laboral de los empleados de las Notarías y el designio de los Notarios Públicos.

Sobre el servicio prestado por los Notarios, dijo la Corte Constitucional en Sentencia C- 863 de 2012:

La actividad notarial como una expresión de 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 fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado. Mediante esta forma de descentralización “el Estado soluciona la atención de una necesidad pública,

por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido. Por eso, bien se ha dicho, que "la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, dejó en claro que todos los notarios del país son servidores públicos y no simple particulares que prestan un servicio público (depositarios de la fe pública), estableciendo, además, que la función de los notarios está reservada exclusivamente al Estado, porque, entre otras cosas, involucra el colectivo, siendo el régimen laboral de los notarios asimilable al de los funcionarios públicos. (El Tiempo, com 2001).

Sobre la existencia de particulares que prestan un servicio público de manera transitoria para cumplir con ciertas actividades, podemos señalar el caso de contratistas, consultores, interventores, conciliadores, peritos, entre otros. Sin embargo, su vinculación no goza de ningún tipo de carrera administrativa que les garantice su permanencia en el Estado, como ciertas prerrogativas como la capacitación y el ascenso, a pesar de tener las mismas consecuencias jurídicas por no cumplir con el deber funcional de cualquier servidor público.

Al respecto, la ley 599 de 2000 encausa la anterior hipótesis:

Para los efectos de responsabilidad penal, se considerarán servidores públicos, los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política".

A pesar de que la Corte Constitucional en el fallo antes citado considera la actividad notarial una actividad ejercida por particulares en la llamada descentralización por colaboración, se detenta en el Gobierno la facultad de designar notarios públicos a través de concurso de méritos para prestar un servicio público, obteniendo per se un estatus de permanencia y de vinculación con el Estado, distinta a la actividad transitoria de cualquier particular; por consiguiente, surge el gran interrogante, es el Notario Público un servidor público o es un particular que ejerce funciones públicas?

SERVIDOR PÚBLICO

Es el conjunto de recursos humanos que prestan sus servicios al Estado colombiano de manera permanente. (Younes Moreno, 2016). A su vez hace la siguiente clasificación:

Servidores Públicos de elección Popular: son el presidente de la República, el Vicepresidente, los

congresistas, los diputados, los gobernadores, los alcaldes, los concejales los ediles del Distrito Capital, en algunos casos los jueces de paz, los miembros de las juntas administradoras locales.

Los empleados públicos modalidad estatutaria: denominada también legal o reglamentaria, confiere a quien por ella tiene acceso a la administración la calidad de empleado público o funcionario público, y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión.

El régimen del servicio o la relación de trabajo están previamente determinados en la ley y, por tanto, no hay posibilidad legal de que el funcionario discuta las condiciones de empleo, ni determine alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan. (Younes Moreno, 2016).

Para Canizales Herrera & León Galeano (2004), servidor público es la persona natural que de acuerdo con la Constitución Política y la ley o reglamento, ejerce una función pública de forma permanente, sin existir un régimen unificado para todos los empleados de las diversas ramas del poder público puesto que, por ejemplo existe un estatuto para los empleados del congreso y otro para los empleados y funcionarios de la rama judicial

En la actualidad tienen el carácter de empleados públicos (modalidad estatutaria) en la rama ejecutiva del poder público las

personas que integran cualquiera de los siguientes grupos:

a) Quienes presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital, a título de regla general que admite excepciones.

b) Las personas que presten sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado y que desempeñen aquellas actividades de dirección o confianza, que según los estatutos deban ser ejercidas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. (Younes Moreno, 2016).

1) Los trabajadores oficiales (modalidad contractual laboral). Otorga a quien por ella se vincula a la administración el carácter de trabajador oficial y se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen de servicio que va a prestar, permitiendo obviamente la posibilidad de discutir las condiciones aplicables. Se predica esta vinculación de las personas que prestan sus servicios en:

a) Empresas industriales y comerciales del Estado, a título de regla general, que admite la excepción anteriormente señalada

b) Actividades de la construcción y sostenimiento de obras públicas en cualquiera de los organismos oficiales; lo anterior también en virtud del artículo 5 del decreto 3135 de 1968. (Younes Moreno, 2016)

En cuanto a las actividades de la construcción y sostenimiento de obras, podría decirse que la secretaria, el auxiliar de contabilidad, el mensajero, el analista, etc., será empleado público. Y el obrero que participa en la construcción de la obra, el conductor de la volqueta, el supervisor del personal de la obra, el jefe de cuadrilla, el electricista, etc., será trabajador oficial. (Riobó Rubio, 2017)

Ahora veamos otros: el aseador del edificio del ministerio, el vigilante del edificio, el portero, el mecánico de las volquetas, la cocinera de la cuadrilla, el conductor del vehículo del ministro, el ascensorista, y el lavador de la maquinaria de carretera. De éstos, el aseador, el vigilante, el portero, el chofer del ministro, y el ascensorista serán empleados públicos, toda vez que sus funciones no tienen nada que ver con la construcción y sostenimiento de las obras pública. (Riobó Rubio, 2017)

2) Otras figuras. Para el ejercicio de tareas transitorias, la administración también puede utilizar la modalidad

de los supernumerarios, regulados básicamente por el decreto – ley 1042 de 1978 y los contratistas de prestación de servicios, regulados por la ley 80 de 1993, así como los empleos temporales regulados por el artículo 1 de la ley 909 de 2004. (Younes Moreno, 2016).

El rango de servidor público tomado por el autor no se coloca al notario público en la categoría de tal, por el contrario es un criterio meramente organicista desde lo que se contempla como Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Servidor público comprende a todos los trabajadores que laboran para el Estado. Así pues, los empleados públicos y los trabajadores oficiales son servidores públicos. Dicho en otras palabras, los servidores públicos son el género, y los empleados públicos y los trabajadores oficiales son especies de ese género. (Riobó Rubio, 2017)

Las Notarías como establecimiento no están ubicadas dentro de la estructura administrativa del Estado. Sin embargo son de creación legal, por expreso mandato del artículo 131 de la Carta Política de 1991. (Lobo Palacio, 2003)

Si bien las Notarías pueden llenar algunos requisitos que se exigen para que un organismo se califique como establecimiento público, de igual manera no llena otros. Es así como las Notarías no tienen personería

jurídica, y es el Notario quien responde como persona natural de esa oficina. (Lobo Palacio, 2003)

Los establecimientos públicos hacen parte de la rama ejecutiva del sector descentralizado, así como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. De conformidad con el Decreto 1050 de 1968, art 5, estos son entidades creados por la ley, o autorizadas por ella, encargadas principalmente de atender funciones administrativas conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características: a) personería jurídica; b) autonomía administrativa; c) patrimonio independiente constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial. (Younes Moreno, 2016)

Ley 909 de 2004, art 4, de acuerdo con esta ley, contentiva del sistema general de carrera administrativa, comprende unos sistemas específicos de carrera en materia de ingreso, ascenso y capacitación, permanencia y retiro, debido a la singularidad y especialidad que cumplen las entidades públicas, entre otros los siguientes:

- Personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
- Personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- Personal científico y tecnológico de las entidades públicas que

conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.

- Personal que presta sus servicios en las Superintendencias.
- Personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- Personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos.

La ley como cuerpo técnico de ingreso al empleo público hace su diferenciación con aquellos que no son de carrera administrativa: elección popular, los de periodo fijo (temporales) y los de libre nombramiento y remoción.

Función pública y los particulares

Sobre función pública hay infinidad de conceptos, por lo cual es necesario traer a colación algunos muy interesantes:

Para el Dr. Gabriel Rave Aristizabal (2000) la función pública “es la relación laboral entre el Estado y sus servidores, se dice por la doctrina que constituye una nueva rama jurídica; sin embargo dicha rama empieza a desaparecer del derecho, ante la nueva reestructuración del Estado atendiendo a la globalización de la economía, las disposiciones de la banca internacional, etc. que no les interesa un Estado patronista como empleador, sino más bien uno de gestión compartida con los particulares” (73)

Según el profesor español Ramón Parada (1991) “con el término de función

pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico al que están sometidos y la organización que les encuadra (p.184)

Por su parte el Dr. Jaime Ossa Arbeláez (2000) dice que “la función pública es el régimen que regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares, en lo atinente a las funciones del Estado y la prestación de servicios que le asigna la constitución y la ley (p.41)

Sobre el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares, la Corte Constitucional en Sentencia C-909/07 al respecto señaló: los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. En el caso de las personas jurídicas, no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades ajenas a su específica finalidad, pero que cuando son investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, participan de la naturaleza administrativa, en cuanto toca con el ejercicio de esas funciones, en cuyo desempeño ocupan la posición de la autoridad estatal, gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público y encontrándose, en consecuencia, sometidas a la disciplina del derecho público.

El manejo de la descentralización por colaboración requiere del concurso de

personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración.

Mediante esta forma de descentralización “el Estado soluciona la atención de una necesidad pública, por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido, cuando los costos y el esfuerzo organizativo que el Estado requiere para el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta fiscalmente onerosa y menos eficiente. Por eso, bien se ha dicho, que “la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.

Estas figuras institucionales pueden ser personas jurídicas como las cámaras de comercio que son asociaciones gremiales o corporativas, y otras afines a ellas; y también personas naturales como los notarios, los curadores urbanos o auxiliares de la administración (peritos, jurados de votación, contratistas, siempre y cuando ejerzan una función pública), permitiendo un trabajo conjunto de tales sectores en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de la población de forma eficiente y efectiva, así como propender por el bien común de los colombianos. Es claro entonces que los particulares que ejercen funciones administrativas, también llamados servidores públicos por asimilación en razón de la función pública que ejecutan, pueden ser tanto personas naturales como personas jurídicas que brindan ayuda al Estado para el

cumplimiento de sus fines estatales. (Canizales Herrera & León Galeano, 2004)

Función notarial

La función notarial es un servicio público en resumidas palabras encargado de dar fe de los actos y negocios efectuados entre particulares, de encargarse del registro del estado civil de las personas, acreditar la existencia de las mismas, conocer de sucesiones de mutuo acuerdo, entre otras; reglada por el Decreto 960 de 1970 y su reglamentario 2148 de 1983. El Decreto 2163 y la Ley 29 de 1973, contienen algunas disposiciones relacionadas con el tema y se encuentran vigentes. Para ser notario se requiere ser ciudadano en ejercicio, según el art 99 de la C.P, para ascender en propiedad al cargo se requiere haber sido seleccionado a través del concurso de méritos, se requiere aceptación y posesión del cargo, lo cual indica el ingreso a sistema de carrera especial, donde, además el funcionario es capacitado y puede ascender a cargos vacantes en círculos notariales de categoría especial. El servicio notarial es vigilado por la Superintendencia de Notariado y Registro, la erogación de salarios del Notario y de sus empleados depende de los ingresos causados por servicios prestados a los particulares.

La función notarial mantenida por la Constitución de 1991, la cual en su art 131 considera un servicio público, le confiere a la ley la definición del régimen laboral de sus empleados, lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia, y al

Gobierno el nombramiento de los notarios en propiedad, mediante concurso, en encargo y en interinidad; así mismo corresponde la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarías y oficinas de registro. Los notarios de primera categoría serán nombrados por el Gobierno Nacional y las demás por los Gobernadores.

Dentro del criterio organicista administrativo del sector público a las notarías no se ubican ni dentro del sector central, ni el descentralizado nacional, ni mucho menos el territorial, tampoco como órgano autónomo, a pesar de ser su creación y reglamentación potestativo del Estado.

Sobre la legalidad en el ejercicio del cargo como notario, Virviescas Calvete. A (2005) manifestó que la legitimación para ejercer el cargo solamente la adquiere quien ha sido nombrado notario, una vez tome posesión del cargo ante la autoridad competente y de conformidad a la ley.

Es decir que por el solo acto del nombramiento quien ha sido designado para notario no puede ejercer su cargo, hasta tanto quede investido de la calidad por medio del acto de posesión.

No es suficiente el decreto de nombramiento para prestar las funciones públicas de notario, y los actos que realice quien no esté posesionado son inexistentes y no tienen eficacia.

No varía en lo más mínimo la situación y calidad de un particular que de forma

ocasional o fortuita preste servicios notariales sin ser notario, frente a la de quien, habiendo sido nombrado notario, pero sin estar posesionado, preste dicha función notarial.

Para Vargas Otálora. N (2013) la función que desarrollan los notarios es por esencia una función pública, como que son estos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controvertibles ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sobre la descentralización es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios o entidades que cumplen con labores especializadas. (Gerencie.com, 2017)

Sobre la descentralización por colaboración se da cuando la administración pública no asume la prestación de determinados servicios, puede ocurrir que la ley autorice a los particulares para que tomen a su cargo la actividad respectiva presentándose el fenómeno jurídico de la descentralización por colaboración. (Gerencie.com, 2017).

Las notarías no son establecimientos públicos, por el solo hecho de que no tienen personería jurídica y por la misma y otras razones tampoco son empresas industriales y comerciales del Estado, ni sociedad de economía mixta. Resultan ser unos entes, unos organismos sui-generis, creados y organizados por la ley. Entonces tenemos

que a los notario se les asignan unos ingresos que provienen de las tarifas que pagan los usuarios; y la ley ha dicho que no sólo esos ingresos van a servir para sus emolumentos sino que tienen que costear los gastos que demande la prestación del servicio que se les ha encomendado. (Lobo Palacio, 2003)

El Notariado es un servicio público, que es prestado por un particular que ejerce funciones públicas. (Lobo Palacio, 2003)

Atribuye el autor Lobo Palacio las siguientes palabras al Dr. Jacobo Pérez Escobar, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en una conferencia en el año 1987 dictada en la ciudad de Medellín:

El vacío jurídico hace que no sea fácil ubicar a las notarías. Si bien las notarías pueden llenar alguno de los requisitos que se exigen para que un organismo se califique de establecimiento público, no llena otros.

Las notarías no tienen personalidad jurídica

La Constitución Política en su artículo 123, determinó claramente quienes son servidores públicos sin incluir a los notarios

El Estado como sistema de organización social debe entenderse desde el criterio de la teoría organicista como la suma de un todo de partes diferentes para un mismo fin, poder cohabitar es el principio básico de toda sociedad civilizada, la cual necesita de un conjunto de normas para el equilibrio social, de un territorio y de una autoridad de contrapesos, administre los recursos públicos

y retribuya a sus subordinados servicios públicos.

Para el Dr. Manuel Osorio (1963) el Estado es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en el e imponer dentro un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política.

Para Capitán, es un grupo de individuos establecido sobre un territorio determinado y sujetos a la autoridad de un mismo Gobierno.

Otras particularidades del ejercicio notarial, vale la pena resaltar las siguientes:

El ejercicio de la función notarial es incompatible con el de todo empleo o cargo público; con la gestión particular u oficial de negocios ajenos; con el ejercicio de la profesión de abogado; con el de los cargos de representación política; con la condición de Ministro de cualquier culto; con el de los cargos de albacea, curador dativo, auxiliar de la justicia, con toda intervención en política, distinta del ejercicio del sufragio y en general con toda actividad que perjudique el ejercicio de su cargo.

No obstante, el notario podrá ejercer cargos docentes hasta un límite de ocho horas semanales y académicas o de beneficencia en establecimientos públicos o privados.

El periodo de los Notarios, según el Decreto 960, 1970, art 180, es de cinco años,

contados a partir del primero de enero de mil novecientos setenta. (Decreto 960, 1970)

Los Notarios tienen derecho a separarse del ejercicio de sus cargos mediante licencias hasta por noventa días continuos o discontinuos en cada año calendario, y a obtener licencia por enfermedad o incapacidad física temporal hasta por ciento ochenta días, en cada caso. Los Notarios de carrera, además tendrán derecho a licencia hasta por dos años, pero solo para proseguir cursos de especialización o actividades de docencia o investigación o asesoría científica al Estado, previo concepto favorable del Consejo Superior, art 188

Los Notarios son responsables civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo de la prestación del mismo, art 195
Es sujeto disciplinable, según el artículo 198

Análisis jurisprudencial sobre la actividad notarial

La sentencia C - 181 de 1997 hace un análisis del art 6 de la C.N y expresa que este ya no admite una interpretación literal sino sistemática a la luz del conjunto de principios constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por su razón de la

tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad sin que llegue por eso a convertirse en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo.

Según esta sentencia y en interpretación del art 131 de la C.N, se instituye la función notarial como un servicio público en el que se admite una de las modalidades de la descentralización por colaboración

Palabra más, palabras menos, en esta posición jurisprudencial no se reconoce al Notario público como a un servidor público en el estricto sentido.

La sentencia C-741 de 1998 resalto el diseño de la carrera notarial como la forma legal de reglamentar el servicio prestado por los notarios, que como carrera especial para la reglamentación de la función fedante, tiene pleno respaldo constitucional, en donde señaló que, al ser la función notarial una labor eminentemente técnica, y al haber ordenado la Carta el nombramiento en propiedad de los notarios por concurso, entonces debe entenderse que la Constitución establece la carrera notarial como un sistema especial de carrera.

La reseña de la anterior sentencia no pone en entredicho la calidad del sujeto como servidor público o particular en el ejercicio de funciones públicas, pero resalta el nombramiento de los notarios, potestativo del Estado, como un sistema de carrera especial,

determinada por la Constitución y reglamentada por la ley.

Para la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, fallo 13943 de 2001, resulta claro que la localización que al "servicio público" que prestan los notarios le dio la Constitución Política es indicativa de que dicho servicio forma parte de la estructura del Estado; pertenece a la estructura estatal que se ratifica al situar el servicio de los notarios dentro del capítulo de la función pública en el que se fijan las pautas generales del ejercicio de la actividad al servicio del Estado por parte de los servidores públicos, se establece quiénes son servidores públicos y su responsabilidad, se determina como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, se señalan las inhabilidades y prohibiciones de los servidores públicos, se consagra la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de las empresas o instituciones que tenga parte principal el Estado, al igual que la de aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, o celebrar contrato con ellos.

La "función pública" es una expresión utilizada para referirse a la naturaleza de la relación laboral de quienes ejercen empleos en los órganos y entidades del Estado.

En efecto, basta tomar en consideración que el art 131 de la C.P, que es la norma que de manera directa hace referencia al servicio público que los notarios prestan, para visualizar que hace parte del Título V que

trata "de la organización del Estado", título que está dividido en dos capítulos, el primero sobre "la estructura del Estado" y el segundo que trata "de la función pública".

Advierte la Corte que las particulares condiciones que desde el establecimiento de la función notarial han permitido calificar a quienes la ejercen como servidores públicos aún subsisten, pues las normas de donde ellas surgen, como los Decretos Leyes 960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973, entre otras, no han perdido vigencia por la nueva normatividad constitucional, y hasta tanto, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 131 de la Constitución Política, la ley no reglamente dicho servicio público en términos distintos a los vigentes, el ejercicio de esa función debe seguirse ejerciendo en las mismas condiciones, y de ellas surge nítidamente el carácter de servidores públicos de los notarios.

La función que ellos ejercen está reservada exclusivamente al Estado, debido a que se halla involucrado el interés colectivo, y por razón de su trascendencia social no puede la función que cumple el notario, en tanto es depositario de la fe pública, compararse con la simple prestación por particulares de un servicio público o de cualquier otra función administrativa, puesto que no se discute por nadie que la función pública notarial deriva del poder soberano del Estado.

Además de que expresamente la ley denomina a esa especial función como "cargo", es innegable que reúne las condiciones exigidas por la Constitución y la ley para el empleo público, en cuanto que su

desarrollo corresponde a un conjunto de deberes y responsabilidades que atiende una persona natural para satisfacer una necesidad permanente de la Administración Pública, en los términos del artículo 2º del Decreto Ley 1042 de 1978.

Las funciones de los notarios están taxativamente detalladas por la ley y se asumen por la designación seguida de la posesión. Dichas funciones públicas son incompatibles con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y con el de todo empleo o cargo público. Aparte de ello, los notarios públicos están sometidos a un riguroso régimen de inhabilidades e incompatibilidades, además de que son responsables por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones; responsabilidad por "omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones" que el artículo 6º de la Constitución Política establece exclusivamente para los servidores públicos, pues los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.

La función pública notarial no puede ejercerse donde lo determine el notario, pues ella está circunscrita a los límites territoriales del respectivo círculo o notaría.

Existe para los notarios un régimen especial de situaciones administrativas análogas a las que rigen para los empleados públicos, que, como es sabido, corresponden a las diversas modalidades que puede tomar la relación de servicio de naturaleza pública, en virtud de las cuales quedan ellos sujetos a la dependencia de la administración respecto de algunos eventos de su desempeño que

implican la ausencia de total autonomía en él, como la necesidad de obtener autorización para el uso de licencias y permisos y la circunstancia de que no puedan separarse del ejercicio de sus funciones mientras no se les designe reemplazo.

Los notarios deben ser ciudadanos, condición que según el artículo 99 de la Constitución Política es previa e indispensable "para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción", y continúan siendo nombrados por el gobierno, además de hallarse sometidos para su ingreso y permanencia en el ejercicio de su función pública a un estricto régimen de carrera, similar al establecido para otros servidores públicos, que, como es apenas obvio, no es característico de las actividades públicas o privadas ejercidas por particulares.

Los notarios están sujetos al retiro forzoso por cumplimiento de la edad; causal de retiro de la función pública que sólo existe para los servidores públicos y que, desde luego, no se presenta para quienes desarrollan una actividad autónoma o independiente en su condición de particulares.

Tienen por razón de su dependencia laboral derecho a prestaciones sociales como la pensión de jubilación y el auxilio de cesantía; derecho que en el régimen laboral colombiano solamente está previsto para quienes tengan un vínculo laboral.

En relación con la pensión de jubilación, es posible acumular el tiempo servido en otros cargos oficiales.

Además de lo expuesto, añade la Corte Suprema de Justicia que en la Constitución Política no existe una sola disposición en la que se califique expresamente a los notarios como "particulares"

El Consejo de Estado, sección segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, reitero en la sentencia de 3 de febrero de 2001 su convencimiento sobre el particular, en los siguientes términos:

Respecto de la calidad de las personas que ejercen la función fedante, ha dicho que los notarios son funcionarios públicos, no sólo porque ejercen el notariado definido por la ley como un servicio público, cuyos actos están investidos de una presunción de autenticidad y veracidad que sólo puede concebirse como una emanación del poder soberano del Estado, sino porque son designados y removidos por el poder público (Presidente de la República y Gobernadores). Igualmente, porque sus funciones están taxativamente señaladas por la ley y es precisamente ésta la que señala las condiciones de acceso al servicio, la edad de retiro forzoso y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

La Sentencia C-63 de 2012 reseña que los Notarios son particulares a los que se les ha asignado el desempeño de la función pública de dar fe, pero no adquieren la condición de servidores públicos. Si bien ejercen una función pública, esto no los

convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo y orgánico.

El sentido subjetivo y orgánico se da por mera interpretación exegética del art 123 de la C.N, sobre quienes son servidores públicos estableciendo ser los miembros de las corporaciones, órganos y entidades del Estado, y no encontrar en ella a los Notarios Públicos.

CONCLUSIONES

Aunque la actividad notarial no se enmarca dentro del régimen general de carrera administrativa, regulada por la ley 909 de 2004, es un servicio público esencial encargado de dar fe pública de los actos y negocios hechos entre particulares, tiene la característica de ser un servicio regido por el mérito, evaluado por el Estado y garantizado por la permanencia, ascenso y capacitación de quien funge como notario público, aunque su remuneración no dependa directamente del tesoro público, sino de un porcentaje de los servicios prestados a los particulares, haciendo separar al notario público del simple particular que puede ejercer función pública de manera transitoria a través de la llamada descentralización por colaboración, y de los particulares que pueden ejercer empleos temporales.

Se hace una interpretación organicista en el sentido estricto para calificar al servidor público como aquel que es empleado en alguna de las tres ramas del poder público y en las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, obviamente en esa estructura no vamos a encontrar a las

Notarías Públicas; a pesar de que su función es creada por el Estado y es este quien lo emplea.

Debe entenderse el sistema orgánico del Estado como un todo distinto de cada una de sus partes que cumplen una función dentro del mismo, haciendo referencia a la posición filosófica de la teoría organicista, para poder calificar a las notarías como entes orgánicos especiales, cuyo sostenimiento no depende directamente del Tesoro Público, las cuales cumplen un servicio público esencial pero que son creadas por el Estado de quien depende la designación de los notarios públicos.

La ley 909 de 2004 contempla el sistema general de carrera administrativa, no obstante se permite contemplar unos sistemas suigeneris como el del personal del inpec, DIAN, Superintendencias, entre otros. En ese orden de ideas es dable concluir que la función pública no está circunscrita a un solo régimen de carrera administrativa, existiendo por tanto otros especiales que vinculan a empleados públicos, como a la que pertenecen los Notarios

Haciendo un paralelo con las entidades privadas como por ejemplo las cámaras de comercio, si bien es cierto estas son creadas por ley, y estas prestan un servicio público como el de llevar a cabo del registro empresarial y el RUP, ejercen también actividades privadas, y la designación de sus miembros o empleos no depende del estado, si no de sus propias directrices.

Hay que hacer un paréntesis para entender la actividad reglada y considerada como servicio público ejercida por particulares, para separarla del empleo público. En otros términos, cuando es el Estado quien te emplea, así sea ganado el cargo por elección popular o seas designado en uno de libre nombramiento y remoción, o seas designado por el mérito, con las mismas inhabilidades, situaciones de despido y de licencias, con garantías prestacionales nombra y designa a una persona, eres empleado público.

En ese entendido y complemento con la antepenúltima conclusión y en concordancia con los arts 123 y 125 de la C.N, los notarios públicos son empleados de un órgano del estado, pues es este quien crea las notarías, nombra los notarios, crea y las suprime.

Aprovecho el espacio para diferenciar al contratista del Estado, quien es un servidor público por asimilación, por el simple hecho de tener un vínculo con el mismo para ejercer funciones administrativas, distintas a las de dirección o manejo, bajo el régimen de la ley 80 de 1993, sistema de empleo temporal y/o supernumerario, porque además tiene las mismas consecuencias jurídicas como las disciplinarias, civiles y penales, de quien desempeña un cargo en propiedad.

Es por antonomasia el notario público un servidor público sui generis, por no estar las notarías estrictamente contempladas dentro de la estructura del Estado y por no recibir esta remuneración directa del tesoro público, no obstante ser estas creadas por el Estado, ser los notarios nombrados por este, ejercerse por tanto un cargo de carrera administrativa y ser un servicio público esencial

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Sentencia C-181. (10 de abril de 1997). Corte Constitucional. *M.P. :Fabio Morón Díaz* Bogotá D.C., Colombia: Referencia expediente: D – 1450. Obtenido de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-181-97.htm
- Sentencia C-741. (2 de diciembre de 1998). Corte Constitucional. *M.P. : Alejandro Martínez Caballero*.
- Sentencia Casación 13943. (05 de abril de 2001). Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. *M.P.: Rafael Méndez Arango*. Bogotá D.C Colombia: Radicación n° . 13943. Acta 18 Obtenido de http://www.redjurista.com/.../corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_laboral_e...
- Rodríguez Rodríguez. L. (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá D.C
- Vargas Otálora. N. (Ed.). (2013). *Procedimiento Notarial y Registral* (20ª ed.). Bogotá D.C,
- Virviescas Calvete. A. (Ed.). (2005). *Principios del Derecho Notarial* (1ª ed.). Bogotá D.C,
- Younes Moreno. D. (2016). *Curso de Derecho Administrativo* (10ª ed.). Bogotá D.C, Colombia
- Ossa Arbeláez, J. (Ed.) (2000). *Derecho Administrativo Sancionador hacia una Teoría General y una aproximación para su autonomía*. Bogotá D.C
- Rave Aristizabal, G. (Ed.) (2002). *Manual de Derecho Administrativo Especial y Contratación Estatal*. Bogotá D.C
- Parada R. (Ed.) (1991). *Derecho Administrativo*. Madrid
- Riobo Rubio, A. (2017). Servidor Público, Empleado Público, Trabajador Oficial. <https://www.gerencie.com/>
- Canzales Herrera, L. M., & León Galeano, C. F. (2004). Particulares que ejercen funciones públicas para la Corte Constitucional. (tesis de pregrado). Bogotá D:C, Colombia: Universidad de la Sabana.