LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL NOTARIO 2.0

EDISON JAVIER REQUINIVA TEERAN
GIOVANNY ALBERTO BOBADILLA SANTANA
JOSÉ DAVID BARRERA PÉREZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO
2018
LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL NOTARIO 2.0

EDISON JAVIER REQUINIVA TEERAN
GIOVANNY ALBERTO BOBADILLA SANTANA
JOSÉ DAVID BARRERA PÉREZ

Informe final presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Asesor
PhD. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO
PhD. en Derecho

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO
2018
Autoridades Académicas

P. Juan Ubaldo LOPEZ SALAMANCA, O.P.
Rector General

P. Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGO, O. P., O.P.
Vicerrector Académico General

P. José Arturo RESTREPO RESTREPO, O.P.
Rector Sede Villavicencio

P. Fernando CAJICA GAMBOA, O.P.
Vicerrector Académico Sede Villavicencio

Adm. JULIETH ANDREA SIERRA TOBON
Secretaria de División Sede Villavicencio

PhD. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO
Decana Facultad de Derecho
Nota de aceptación

_______________________
_______________________
_______________________
_______________________
_______________________

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO
Decano de la Facultad de Derecho

_______________________
SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO
Director Informe

_______________________
LUIS CARLOS LOZANO GUIÓ
Coordinador de Posgrado en Derecho Administrativo

Villavicencio, Diciembre de 2018
<table>
<thead>
<tr>
<th>Contenido</th>
<th>Pág.</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Resumen</td>
<td>6</td>
</tr>
<tr>
<td>Introducción</td>
<td>8</td>
</tr>
<tr>
<td>Justificación</td>
<td>9</td>
</tr>
<tr>
<td>1. Planteamiento jurídico</td>
<td>10</td>
</tr>
<tr>
<td>1.1. Descripción de la problemática</td>
<td>10</td>
</tr>
<tr>
<td>1.2. Pregunta</td>
<td>10</td>
</tr>
<tr>
<td>2. Objetivos</td>
<td>11</td>
</tr>
<tr>
<td>2.1. Objetivo general</td>
<td>11</td>
</tr>
<tr>
<td>2.2. Objetivos específicos</td>
<td>11</td>
</tr>
<tr>
<td>3. Hipótesis</td>
<td>12</td>
</tr>
<tr>
<td>4. Metodología</td>
<td>13</td>
</tr>
<tr>
<td>5. Marco teórico</td>
<td>14</td>
</tr>
<tr>
<td>6. La naturaleza jurídica de la figura del notario</td>
<td>15</td>
</tr>
<tr>
<td>6.1. Concepto del notario</td>
<td>15</td>
</tr>
<tr>
<td>“que es un funcionario público para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”</td>
<td>15</td>
</tr>
<tr>
<td>6.2. Historia – antecedentes de la institución del notario</td>
<td>16</td>
</tr>
<tr>
<td>6.3. Antecedentes históricos en Colombia</td>
<td>17</td>
</tr>
<tr>
<td>6.4. La actividad notarial como servicio público</td>
<td>18</td>
</tr>
<tr>
<td>6.5. Fe notarial</td>
<td>19</td>
</tr>
<tr>
<td>6.6. Régimen legal aplicable al notario</td>
<td>21</td>
</tr>
<tr>
<td>6.7. Provisión para el cargo de notario</td>
<td>21</td>
</tr>
<tr>
<td>7. Análisis de la institución jurídica del notario, entre la corte constitucional y el consejo de estado</td>
<td>23</td>
</tr>
<tr>
<td>Conclusiones</td>
<td>29</td>
</tr>
<tr>
<td>Referencias bibliográficas</td>
<td>30</td>
</tr>
</tbody>
</table>
Resumen

Esta obra, tiene como finalidad, determinar la naturaleza jurídica del notario, partiendo desde su concepto, y su evolución histórica, recopilando las distintas instituciones que han sido relacionadas con el tema notarial, una vez hecho ello, se procederá a confrontar la Jurisprudencia, proferida tanto, por la Honorable Corte Constitucional, como las promulgadas por el Honorable Consejo de Estado, de esta manera, se adoptará la tesis de una de estas Altas Corporaciones, como consecuencia, del conflicto actual que ha surgido, sobre la calidad del notario, pues esta discrepancia ha tomado fuerza con ocasión, de las últimas sentencias proferidas por el Consejo de Estado, que a su juicio ha modificado y adoptado una nueva postura sobre la naturaleza jurídica de esta institución. Todo esto con el fin de orientar, y dar claridad frente a la verdadera calidad del notario, para entre otras cosas, poder determinar, su régimen aplicable, la jurisdicción competente y en general, para todos sus efectos legales.

**Palabras claves:** “notario”, “naturaleza jurídica del notario”, “calidad del notario”, “fe notarial”, “sentencias de la Corte Constitucional respecto a la calidad del notario”, “sentencias del Consejo de Estado respecto a la naturaleza jurídica del notario”.
Abstract

This work, has as its purpose, determine the legal nature of the notary, starting from its concept, and its historical evolution, compiling the different institutions that have been related to the notarial issue, once done, it will proceed to confront the Jurisprudence, proffered both, by the Honorable Constitutional Court, as by as enacted by the Honorable “Consejo de Estado”, in this way, the thesis of one of these High Corporations will be adopted, as a consequence, of the current conflict that has arisen, on the quality of the notary, since this discrepancy It has taken force on the occasion of the last sentences handed down by the “Consejo de Estado”, which in its opinion has modified and adopted a new position on the legal nature of this institution. All this in order to guide, and give clarity in the face of the true quality of the notary, among other things, to be able to determine, its applicable regime, the competent jurisdiction and in general, for all its legal effects.

Key words: “notary"," legal nature of the notary "," quality of the notary "," notarial faith "," judgments of the Constitutional Court regarding the quality of the notary "," judgments of the Consejo de Estado regarding the legal nature of the notary "

Introducción

El desarrollo de este artículo de investigación, se hace a través de una reflexión académica, pues la idea, con ello, es argumentar, y confrontar, lo impartido por la Honorable Corte Constitucional, con las tesis acogidas en su momento por el Honorable Consejo de Estado, frente a la naturaleza jurídica del notario, pues al existir discrepancia, se torna necesario, determinar a quién le asiste razón, pues determinando esto, se deja claridad, frente, a su competencia, pues en ese orden de ideas, cambiaría el órgano que tendría que resolver los conflictos que se susciten en relación con estos, y entre otras cosas, se genera claridad y seguridad jurídica respecto de su connotación en el campo jurídico, que toma relevancia, pues determinar su régimen legal aplicable, permite esclarecer y establecer, cuáles son sus funciones y deberes, pues como es bien sabido, el régimen de los servidores públicos es totalmente diferentes a la de los particulares.
Justificación

Esta investigación tiene como objetivo principal, determinar si la calidad de los Notarios, de acuerdo con la Constitución Política de Colombia, y la ley, pueden concebirse como parte especial dentro de la estructura administrativa del Estado, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, todo ello respecto a los recientes pronunciamientos que han proferido tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, así mismo, toma importancia esta labor, para determinar, hasta qué punto, el Notario bajo la calidad de servidor público, cumple con los requisitos dados para ostentar dicho cargo, o si por el contrario es un particular que cumple con función pública, noción también concebida por la Carta Magna.

De lo anterior se pretende establecer si la asiste la razón a la Corte Constitucional o al Consejo de Estado en determinar la naturaleza jurídica del Notario.
1. Planteamiento jurídico.

1.1. Descripción de la problemática.

Teniendo en cuenta que la Constitución Política de Colombia en su artículo 131, establece que: “...compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro...” sea pertinente expresar, que dicho precepto, careció de fundamento en no señalar la naturaleza jurídica del notario, vacío que ha generado controversias, desde un análisis Jurisprudencial suscitado entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

1.2. Pregunta.

De acuerdo con el artículo 131 de la Constitución Política, ¿los notarios son verdaderos servidores públicos o son particulares investidos con función pública?
2. Objetivos.

2.1. Objetivo general

Determinar la naturaleza jurídica del Notario de acuerdo con las funciones propias de su cargo, como lo establece la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia.

2.2. Objetivos específicos

- Conceptualizar la institución jurídica del notario
- Identificar la evolución histórica de la institución del notario
- Desarrollar la naturaleza jurídica del notario, con fundamento Jurisprudencial proferido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado
- Concluir de acuerdo con lo analizado, la naturaleza jurídica del notario.
3. Hipótesis

Desde ya, se comparte la tesis impartida por la Honorable Corte Constitucional, y la que en su momento fue la establecida por el Honorable Consejo de Estado, de enmarcar a los notarios dentro del régimen especial de particulares investidos de función pública, pues, aunque se trate de un servicio público, y la forma de proveer su cargo se efectuó a través de un concurso de méritos, estos no podrán ostentar la calidad de servidores públicos, ni menos de especialísimos, por cuanto no cumplen elementos propios de estos, tales como la remuneración percibida, el marco aplicable, la forma de conformación y nombramiento en las notarías, y demás elementos que serán objeto de estudio en el presente asunto.

De igual forma es necesario mencionar que de conformidad con la carta magna de 1991, existe un vacío jurídico, pues en dicho precepto únicamente se hace mención a que estos tienen a su cargo la prestación de un servicio público lo que no necesariamente implica que sea servidor público, pues nuestra legislación, permite casos excepcionales.
4. Metodología

Para el desarrollo del proyecto se ha optado por darle un estudio metodológico que inicialmente tendrá un sustento histórico, cuya finalidad será la de ubicar al lector con fundamento en los antecedentes de la institución jurídica en mención, hasta el marco jurídico actual, por otro lado, se efectuará un análisis jurisprudencial, para revisar de manera detallada las sentencias proferidas por las altas Cortes, confrontado la tendencia impartida por la Corte Constitucional con la nueva proferida por el Consejo de Estado. Por último, se concluirá y se definirá cual es la calidad jurídica del notario de conformidad con el vacío jurídico que existe en el artículo 132 de la Constitución Política.
5. Marco teórico

En síntesis, para el desarrollo del trabajo, se procederá de la siguiente manera; en primer lugar, se determinará el verdadero concepto de la figura jurídica del notario, pues es necesario, determinar y explicar en qué consiste dicha institución, para, a través de un estudio detallado de los antecedentes históricos, lograr determinar su importancia, de conformidad con la ley, la jurisprudencia y la Constitución.

Concluido lo anterior, se confrontará la postura impartida por la (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012) y (Corte Constitucional, Sentencia C-1212, 2001), con las proferidas por el (Consejo de Estado, Sentencia No. 05001-23-31-000-2012-00378-01 (20754), 2015) y el (Consejo de Estado, Sentencia No. 11001-03-25-000-2015-01101-00 (4970-15), 2018), con el fin de establecer de manera clara la naturaleza jurídica de los notarios.
6. La naturaleza jurídica de la figura del notario

6.1. Concepto del notario

En primer lugar, para emprender nuestro artículo se hace necesario desmembrar el significado del notario, desde la naturaleza de su significado, que proviene del latín “notarius” definición de secretario, cuya noción es concebida como funcionario público facultado para dar fe de los contratos, testamentos, y otros actos extranjudiciales, conforme a las leyes.

Por otro lado, para generar mayor claridad, se procederá a tomar algunos apartes de lo que en la cotidianidad se dice sobre el concepto del Notario, en algunos diccionarios como la enciclopedia jurídica nos muestra esta definición como:

“que es un funcionario público para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extranjudiciales.

Es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las disposiciones legales, de los contratos y demás negocios, actos o hechos extranjudiciales.

Aunque funcionario público, no se halla jerarquizado y su actuación está fijada por la solicitud de los particulares los cuales, a su vez, le retribuyen.

Como profesionales asesoran y aconsejan a sus clientes sobre los medios jurídicos más adecuados para alcanzar los fines que se proponen.

Como funcionarios públicos ejercen la fe pública amparando la exactitud de los hechos narrados por el notario que quedan, en virtud de lo fehaciente, revestidos de la presunción de que aquello responde exactamente a la realidad de lo narrado; así mismo, y en relación al Derecho, la fe pública ampara las declaraciones de la voluntad de las partes, que quedan revestidas de la veracidad de su producción”. (Enciclopedia Jurídica, 2014)

De acuerdo a lo anterior podemos evidenciar que este concepto tiene muchos elementos importantes que le dan una connotación jurídica relevante, en cuanto a que es una prestación de un servicio que hace parte de la función pública, como lo es el de la FE PÚBLICA, donde se pretende es dar autenticidad de los actos contractuales, negocios y hechos extranjudiciales, también se menciona otros elementos como que es un profesional que asesoran sobre los medios jurídicos de sus clientes, entre otros.
Algo muy importante para tener en cuenta es que el concepto inicia indicando que es un funcionario público, que es ahí donde surge realmente la controversia en las posiciones que adoptan la corte constitucional y el consejo de estado que más adelante se hará un riguroso análisis de las diferentes jurisprudencias que llamaremos a colación.

Ahora en un aparte la Corte Constitucional nos dice 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...” (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)

Lo aquí dicho por la corte constitucional hasta ahora nos indica que esta actividad es operada por un particular que es facultado a través de la ley para desarrollar sus funciones, que deben tener una formación especializada, para prestar un servicio especial.

Es necesario decir además que dichos elementos anteriormente mencionados los encontramos descritos en el decreto-ley 960 de 1970 donde se establece por ejemplo en su artículo 3 y siguientes, la competencia que tienen los notarios de acuerdo con el desarrollo de sus funciones. Por su importancia, se procederá al estudio histórico de la mencionada figura.

6.2. Historia – antecedentes de la institución del notario

Es pertinente mencionar de forma sucinta un poco las circunstancias que se fueron dando para la creación de la figura del Notario, la historia menciona, que lo más semejante se da en la edad antigua aproximadamente en el siglo XIII A.C. con las civilización hebrea, egipcia y romana donde por costumbre los actos se celebraban en presencia de testigos, pero con la aparición de la escritura alfabetica estos fueron plasmados en escritos y aparecen entonces los escribas o escribas profesionales que son aquellos que se formaban en las escuelas de escribas y estas eran las llamadas personas idóneas para realizar estos actos, por ejemplo en la civilización egipcia los escribas eran los encargados de redactar los documento, pero estos a su vez para tener
validez debían ser llevados al magistrado para que este por medio de un sello autenticara lo allí escrito, a diferencia en roma no era solo una persona la que cumplía con la función de notario sino que allí se delegaba en varios funcionarios como los jurisconsultos, los notarios, los tabularios y los tabeliones que de acuerdo a su especialidad desarrollaban la función de notarios.

En la edad media que data desde el siglo V hasta el siglo XV en esta época hay poca información sobre la actividad de los Notarios, de cómo venían desarrollándose, todo esto por la caída de occidente, que tiene como consecuencia la desaparición de la institución del notariado, entonces surgió una nueva institución con un doble origen que es lo público y lo privado de acuerdo con los dos poderes de la época que eran los Señores y la Iglesia; entonces se debe distinguir en dos etapas una que va desde el siglo V hasta el siglo X denominada también edad media alta, donde los particulares debían acudir al clérigo o monjes de la época para redactar documentos y testamentos; la otra etapa que va desde el siglo X hasta el siglo XV denominado también edad media baja lo ejercían los escribas que era una función legitimadora y autenticante.

En la edad moderna se puede evidenciar un notariado desarrollado en los países de origen latino y poco evolucionado en los países de origen sajón, como dato histórico la primer ley orgánica de notariado conocida es la de la ley francesa del año XI de la república, de 16 de marzo de 1803. En Colombia no existe un claro antecedente de que existiera esa institución de notario antes del descubrimiento de América, aunque podría asumirse como un antecedente la figura de los chamanes que en su memoria o en sus poporos guardaban relación con los hechos, lograda la independencia el congreso expidió la ley sancionada por el presidente de la republica José Hilario López se adopta la legislación sobre el notariado, cabe aclarar que antes de estas leyes esas funciones venían siendo desempeñadas por los escribanos desde la época de la colonia, y que a partir del 1 de enero de 1853 empezaría a conocer los notarios creados por la ley. (Notariado, 2010)

6.3. Antecedentes históricos en Colombia.

En Colombia propiamente, esta figura tuvo su más reciente furor, en los estudios efectuados tanto por las Altas cortes de nuestro país así:
El Honorable Consejo de Estado en providencia con radicación No.15374 estableció que;

todos los notarios son funcionarios públicos, y lo son 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 no puede concebirse sino como una emanación del poder soberano del Estado, sino porque son designados por el poder soberano del Estado, sino porque son designados poder público (Presidente de la República y Gobernadores), requieren confirmación y posesión; sus funciones están taxativamente señaladas por la ley, tienen período fijo y edad de retiro forzoso; además se encuentran amparados por los beneficios propios de la carrera notarial, similar a la carrera administrativa común a los empleados públicos; ingresan al servicio en propiedad mediante el concurso de méritos; como los demás funcionarios públicos están sometidos a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades; y tienen derecho al reconocimiento de pensión de jubilación oficial ” (Consejo de Estado, Sentencia No.CE-SEC2-EXP1998-N15374 (15374), 1998)

Por otro lado, en sentencia de la Honorable Corte Constitucional donde fungió como Magistrado Ponente el Dr. Jaime Araujo Rentería, estableció:

“Los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, así objetivamente ejerzan la función de dar fe pública de los actos que requieren de su intervención. Son, en cambio, particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración”. (Corte Constitucional, Sentencia C-1212, 2001)

6.4. La actividad notarial como servicio público

Frente a este aspecto, la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad C-863 del 2012, define la actividad notarial en los siguientes términos:

“La actividad notarial es considerada por el orden jurídico como un servicio público (Art. 131 C.P.) en razón a que constituye una labor destinada a satisfacer, de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial, bien sea que se preste por el Estado o por los particulares. Los servicios públicos, según nuestro ordenamiento jurídico, son inherentes a la finalidad social del Estado, en virtud de lo cual asume éste la responsabilidad de asegurar su prestación eficiente (Art. 365 C.P.” (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)
Por su parte, esa misma Corporación en sentencia anterior, C-1508/00, reiteró que la prestación de dicho servicio apareja el cumplimiento de una función pública” y precisó lo siguiente:

“En síntesis, las principales notas distintivas del servicio notarial, tal como se expuso, son: (i) es un servicio público, (ii) de carácter testimonial, (iii) que apareja el ejercicio de una función pública, (iv) a cargo normalmente de los particulares en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y (v) a los cuales se les otorga la condición de autoridades

Los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la “función fedante”, la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general” (…) (Corte Constitucional, Sentencia No.C-1508, 2000)

6.5. Fe notarial

La fe notarial es uno de los elementos principales de la actividad de los Notarios y es la de dar fe, a los diferentes actos o negocios jurídicos o extrajudiciales que se susciten; en ejercicio del poder del estado, que a través de la descentralización por colaboración garantiza la prestación de esta función pública, otorgándole dicha facultad a particulares, de conformidad con la ley, para que estos den fe a las actividades pertinentes.

A su vez, el decreto 2163 del 9 de noviembre de 1970, por el cual se oficializó el servicio de notariado, dispone en su artículo 1º que;

…el notariado es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para fines y con los efectos consagrados en las leyes. El notariado forma parte de la Rama Ejecutiva, y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial… (Decreto No.2163, 1970)

Finalmente, La Honorable Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-863 del 2012, hizo alusión a la fe notarial en los siguientes términos:

La función fedante, como se denomina la facultad del notario de dar fe, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en
desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración. (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)

Sobre este particular se señaló en esa providencia lo siguiente:

“3- El servicio notarial implica [...] el ejercicio de la fe notarial, por cuanto el notario otorga autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y da plena fe de los hechos que él ha podido percibir en el ejercicio de sus atribuciones.

Esta finalidad básica del servicio notarial pone en evidencia que los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la “función sedante”, la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general.

Esta función es en principio estatal, ya que el notario puede atribuir autenticidad a determinados documentos y dar fe de ciertos hechos con plenos efectos legales únicamente porque ha sido investido por el Estado de la autoridad para desarrollar esa función. Esto significa que una persona que no ha sido designada formalmente por las autoridades públicas como notario o escribano, según la terminología de otros ordenamientos, no puede dar oficialmente fe de unos hechos o conferir autenticidad a unos documentos, por más de que sea la persona más respetada de la comunidad. En efecto, las aseveraciones de un particular que no es notario tienen el valor de un testimonio, que es más o menos creíble, según el valor que las autoridades le otorguen, pero tales aseveraciones no confieren, con efectos legales, autenticidad al documento, por cuanto no desarrollan la función sedante que, dentro del llamado sistema latino, se desarrolla bajo la égida del Estado y por delegación de éste.

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas
actividades sociales. Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evitan numerosos litigios que podrían surgir en caso de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver. El documento notarial aparece así, para ciertos doctrinantes, como la “prueba antilitigiosa por excelencia”, por lo cual consideran que “el número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado”. En síntesis, en palabras de Carnelutti, “cuanto más notario, menos juez; cuanto más consejos del notario, cuanta más cultura del notario, cuanto más conciencia del notario, tanta menos posibilidades de litis…” (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)

6.6. Régimen legal aplicable al notario

Es necesario precisar, que la actividad notarial, está regulada por el decreto 960 de 1970, no obstante, dicha norma, no incluye un procedimiento para establecer la responsabilidad disciplinaria con las mismas garantías previstas en la (Ley No.200, 1995) (Código Disciplinario Único).

Por tal motivo, para efectos de sanciones disciplinarias a los notarios se efectuará conforme el procedimiento establecido en la ley 200 de 1995.

6.7. Provisión para el cargo de notario

Para efectos prácticos, para el desarrollo de este ítem, se recopilará lo estudiado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia “(Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A (Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018) SE.091) sentencia con Radicación número: 25000-23-25-000-2006-02126-01(1784-13) (Consejero ponente: William Hernández Gómez).En donde se definieron las reglas para la vinculación de los notarios así:

“Las normas específicas que rigen la materia prevén que el nombramiento en el cargo de notario podrá hacerse en propiedad, en interinidad y en encargo, formas de vinculación que, en criterio
de la Corte Constitucional, son mecanismos razonables para asegurar la continuidad de dicha
función (C-741 de 1998), modalidades que pasan a explicarse:

- **En propiedad:** El artículo 2 de la Ley 588 de 2000 ordena que el cargo de notario sea provisto
mediante el concurso de méritos. Según el artículo 146 del Decreto 960 de 1970, para desempeñar
el cargo en propiedad es necesario acreditar todos los requisitos legales para la correspondiente
categoría y haber sido seleccionado mediante concurso. Esta vinculación implica que la persona,
así designada, tenga derecho a no ser suspendida ni destituída sino en los casos y con las
formalidades definidas por aquel decreto. Además, como antes se mencionó, el artículo 147 del
Decreto 960 de 1970 le confiere garantía de estabilidad en el cargo hasta que opere una causal de
retiro forzoso.

- **En interinidad:** Esta modalidad de vinculación, según lo dispone el artículo 148 del Decreto 960
de 1970, tiene lugar cuando el concurso es declarado desierto, mientras se hace el nombramiento
en propiedad y si la causa que motiva el encargo se prolonga más de tres meses, mientras ella
subsista o se hace la correspondiente designación en propiedad. En el mismo sentido, el artículo 2
de la Ley 588 de 200, admite que esta forma de vinculación tiene lugar cuando existe una vacante
definitiva y no hay lista de elegibles, mientras se realiza el concurso o cuando este fuere declarado
desierto.

- **Encargo (art. 145 del Decreto 960 de 1970):** Esta figura opera mientras se realiza un
nombramiento en interinidad o en propiedad, en los términos del artículo 151 del Decreto 960 de
1970. Conviene resaltar, que estas últimas formas de designación se constituyen en mecanismos
para asegurar la continuidad del servicio notarial, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en
la sentencia C- 741 de 1998, al considerar: «La Corte concluye entonces que en nada viola la
 Constitución que la ley distinga entre los notarios en propiedad y aquellos por encargo o interinos.
Con todo, esta Corporación precisa que estas figuras son exequibles en el sentido de que son
mecanismos razonables para asegurar la continuidad de la función notarial, pero que la Carta ha
adoptado un modelo que privilegia la prestación de este servicio por notarios en propiedad,
nombrados por concurso, y que por ende hacen parte de la carrera notarial. No otro es el sentido
del mandato perentorio del artículo 131 superior sobre la necesidad del concurso para proveer en
propiedad el cargo de notario. (Consejo De Estado, Sentencia No. 25000-23-25-000-2006-02126-
01(1784-13), 2008)
7. Análisis de la institución jurídica del notario, entre la corte constitucional y el consejo de estado.

I) En primer lugar, se procederá a estudiar lo establecido por la Honorable Corte Constitucional mediante las sentencias de constitucionalidad, “(Corte Constitucional, Sentencia C-1212, 2001) y (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)”, para plasmar la concepción que se ha fijado por esta Corporación frente a la naturaleza jurídica del notario y lo pertinente.

A) Al respecto la (Corte Constitucional, Sentencia C-1212, 2001), estableció el concepto de notario, determinando que estos no tienen la calidad de servidor público, conforme lo siguiente:

...Los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, así objetivamente ejerzan la función de dar fe pública de los actos que requieren de su intervención. Son, en cambio, particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración... (Corte Constitucional, Sentencia C-1212, 2001)

Una vez ya definida la calidad jurídica del notario, en la citada providencia, se desarrolla el notariado como servicio público en los siguientes términos:

La Constitución Política, en su artículo 131, confiere al legislador la reglamentación del “servicio público” que prestan los notarios y el régimen laboral aplicable a sus empleados. En el decreto 2163 de 1970, así como en las leyes 29 de 1973 y 588 de 2000, se consagra que “el notariado es un servicio público que se presta por los notarios y que implica el ejercicio de la fe pública o notarial”. (Corte Constitucional, Sentencia C-1212, 2001) La Corte ya ha precisado que la prestación de dicho servicio apareja el cumplimiento de una función pública, en los siguientes términos:

...los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que, si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la “función federante”, la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino
de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general.

(…)
Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales… (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)

Para finalmente, determinar y concluir de conformidad con lo planteado inicialmente de la siguiente manera:

Es importante reiterar que, los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, así objetivamente ejerzan la función de dar fe pública de los actos que requieren de su intervención. Son, en cambio, particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración, de conformidad con los artículos 123 inciso final, 210 inciso segundo, y 365 inciso segundo, de la Carta Política. (Constitución Política de Colombia [Const]., 1991)

En síntesis, las principales notas distintivas del servicio notarial, tal como se expuso en la sentencia C-1508/00, son: (i) es un servicio público, (ii) de carácter testimonial, (iii) que apareja el ejercicio de una función pública, (iv) a cargo normalmente de los particulares en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y (v) a los cuales se les otorga la condición de autoridades. (Corte Constitucional, Sentencia No.C-1508, 2000)

B) De la misma manera, la sentencia C 863 del 2012, mediante la cual se hizo el estudio de medidas en materia de descongestión judicial, donde se le otorgan facultades a los notarios para recibir declaraciones extra proceso con fines judiciales, se precisó respecto a la naturaleza jurídica del notario con relación a su actividad, lo siguiente:

En relación con la actividad notarial como una expresión de la descentralización por colaboración, ha dicho la Corte que esta 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’.

Son particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública pero no adquieren la condición de servidores públicos. En virtud que ejercen función pública, se les impone neutralidad en sus actuaciones. Si bien ejercen una función pública, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo y orgánico… (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)

De lo cual, se resalta, que si bien prestan un servicio público, esto no los hace adquirir la condición de servidores públicos, sino, por el contrario, son particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública, por lo que a manera de conclusión, la sentencia de la referencia, esbozó los siguientes elementos, que recalcan la naturaleza y la función del notario así:

*Ha establecido como notas distintivas de la actividad notarial las siguientes: (i) es un servicio público; (ii) a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; (iii) que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; (iv) que para estos efectos se encuentran investido de autoridad; (v) sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico. (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)*

Por último, es necesario traer a colación lo preceptuado por el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo en su salvamento de voto parcial, respecto a la naturaleza jurídica del notario, pues, en su escrito dejo claro, que quienes desarrollan la función notarial, son particulares sujetos a un régimen especial de carrera:
la función notarial es desempeñada por particulares sujetos a un régimen especial de carrera, en el cual, para poder ingresar se requiere, entre otros requisitos, contar con calidades y cualidades profesionales y personales (experiencia, estudios, entre otros), exigencias que certifican la idoneidad y competencia de estos funcionarios, por lo que no cualquier individuo puede acceder a esta clase de cargos. De igual forma, los particulares que se desempeñan como notarios están sujetos a un régimen disciplinario especial, circunstancia que los diferencia ampliamente de aquellos particulares que ejercen funciones públicas. De las anteriores razones se colige, que, en el caso de la norma acusada, ésta no privatizaba de ninguna forma la función judicial. (Corte Constitucional, Sentencia C-863, 2012)

2) En segundo lugar, se continuará con el mencionado estudio, desde la óptica de lo preceptuado por el Honorable Consejo de Estado, y para ese efecto, se estudiarán las siguientes Sentencia No. 05001-23-31-000-2012-00378-01 (20754) y la Sentencia No. 11001-03-25-000-2015-01101-00 (4970-15)

A) La sentencia, identificada bajo el radicado No. 05001-23-31-000-2012-00378-01 (20754), donde se efectuó entre otras cosas, el estudio del servicio notarial, de manera específica en su momento, bajo la concepción de que el notario era un particular, en ejercicio del desarrollo de la función pública, adujó lo siguiente:

\[\text{De conformidad con los artículos 131 de la Constitución Política y 1 de la Ley 588 de 2000, el notariado es un servicio público prestado por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial. Las funciones de los notarios están previstas en el artículo 3 del Decreto 960 de 1970. Al resolver sobre la exequibilidad de los numerales 6 y 7 del artículo 3 del Decreto 960 de 1970, la Corte Constitucional reiteró que la prestación de dicho servicio apareja el cumplimiento de una función pública" [...]}\]

\[\text{De acuerdo con lo anterior, la actividad notarial es un servicio público y constituye una función pública que implica el ejercicio de la fe notarial. La función fedante es competencia del Estado, desarrollada por particulares que, aunque ejercen tal función, no son servidores públicos}\]

\[\text{Los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, así objetivamente ejerzan la función de dar fe pública de los actos que requieren de su intervención. Son, en cambio, particulares que}\]
prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración, de conformidad con los artículos 123 inciso final, 210 inciso segundo, y 365 inciso segundo, de la Carta Política.

En síntesis, las principales notas distintivas del servicio notarial, tal como se expuso en la sentencia C-1508/00, son: (i) es un servicio público, (ii) de carácter testimonial, (iii) que apareja el ejercicio de una función pública, (iv) a cargo normalmente de los particulares en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y (v) a los cuales se les otorga la condición de autoridades.” (Se destaca)

De acuerdo con lo anterior, la actividad notarial es un servicio público y constituye una función pública que implica el ejercicio de la fe notarial. La función fedante es competencia del Estado, desarrollada por particulares que, aunque ejercen tal función, no son servidores públicos” (Consejo de Estado, Sentencia No. 05001-23-31-000-2012-00378-01 (20754), 2015)

Esto, permite concluir, que en su momento, no existía discrepancia, frente a la naturaleza jurídica del notario, además nótese, como la tesis que en su momento tenía el Honorable Consejo de Estado, era fehaciente en catalogar al notario como un particular investido de función pública, desde luego, esto tendrá su cambio, como pasa a verse:

la edad de retiro forzoso del notario, respecto a su naturaleza jurídica para ser competente del asunto en cuestión, estableció lo siguiente:

B) Ahora bien, frente a la nueva concepción de la naturaleza jurídica del notario, como servidor público, el Consejo de Estado, en la sentencia con radicación No. 11001-03-25-000-2015-01101-00(4970-15, efectuó el siguiente análisis:

La Constitución contiene preceptos generales y específicos, referentes al servicio público, como no podía ser menos. Entre los segundos están los de los ordinales 9 y 10 del artículo 76 que adscriben al Congreso la facultad de señalar por medio de leyes, la estructura de la administración nacional y regular los otros aspectos del servicio público; y el artículo 39, inciso final que permite previa autorización legal, “la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos.”
No ofrece duda alguna que lo establecido en el artículo 76, ordinales 9 y 10, es aplicable de modo especial a los servicios públicos que son del cargo de la Nación; entre ellos el de notariado y registro. Y que lo previsto en el artículo 39 es de uso preferente cuando se trata de servicios públicos cuyos gestores son personas de derecho privado.

El artículo 188 de la Constitución armoniza a plenitud con el 76, ordinales 9 y 10, ya estudiados. Podría decirse en rigor, que su ordenamiento sobra frente al contenido en el primero. Ya quedó demostrado, en la sentencia de 17 de junio de 1971, que se trata de un servicio público de cargo de la Nación, y que los notarios son funcionarios o empleados públicos. (Consejo de Estado, Sentencia No. 11001-03-25-000-2015-01101-00 (4970-15), 2018)

Finalmente concluyó, que esas normas no han sido declaradas inconstitucionales, razón por la cual, siguen con vigencia en el ordenamiento jurídico. Decisión, que crea la dicotomía, entre si verdaderamente el notario es un servidor público o un particular en el ejercicio de funciones públicas, pues a juicio de la Corporación, el notario adquiriría la calidad de funcionario público o empleado, por la labor encomendada, dándole una interpretación extensa a la constitución política de Colombia, sin desconocer que es un caso excepcional.
Conclusiones.

De acuerdo a lo anterior, se puede inferir, que el notario, si bien presta un servicio público, y está bajo el desarrollo de una función pública, como es la de dar fe, no obtiene la calidad de funcionario o empleado público, pues, este cumple con sus funciones por medio del poder del Estado, a través de la figura de descentralización por colaboración, encomendada a particulares investidos de función pública, y que si bien, en estricto sentido, para vincularse en propiedad al cargo de notario, esto, debe efectuarse por medio de un concurso de méritos, esto no es óbice para determinar su naturaleza jurídica, pues, entre otras cosas, ellos, tienen elementos que difieren de los servidores, como por ejemplo, que no obtienen su sustento del erario, y que en estricto sentido no les son aplicables normas dictadas para los servidores públicos, así como gozar de la facultad de administrar su notaría, incluyendo el nombramiento de familiares para que trabajen en ella.

Por tal motivo, y ante el claro inequívoco de encasillar a los notarios bajo la concepción de servidores públicos, el Consejo de Estado, en su última providencia (Consejo de Estado, Sentencia No. 11001-03-25-000-2015-01101-00 (4970-15), 2018) en donde decidió que la edad de retiro forzoso se establecía de conformidad con las leyes notariales (65 años) y no con el nuevo decreto respaldado por la Corte Constitucional, que aumentaba la de los servidores públicos a 70 años. Volvió a referirse en su cambio de postura, dándole razón a lo planteado por la Corte Constitucional, y lo esbozado por el grupo, para acoger la concepción de que los notarios son particulares investidos de función pública, argumento, que sirvió para determinar, que estos no podían gozar de las normas propias de los servidores públicos, ni mucho menos, ostentar esa calidad, por tener un carácter especialísimo, que ya ha sido definido por la Corte Constitucional.
Referencias bibliográficas


