



Concepto 159831 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000159831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000159831

Fecha: 28/04/2022 05:22:39 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Aplicación de la ley de garantías a las notarías. Radicado: 20222060136242 del 24 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por la Procuraduría General de la Nación mediante radicado número E-2022-134572 del 9 de marzo de 2022, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

“Puede ser nombrado un notario en provisionalidad por el gobernador de turno en ley de garantías es decir por medio de resolución expedida el día 1 de febrero de 2022”.

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley 996 del 2005¹, (Ley de Garantías) tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establecer limitaciones a la vinculación de personal en las entidades del Estado. Esta ley señaló en los artículos 32 y 38, lo siguiente:

ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos. (Subrayado fuera de texto)

De igual manera, el artículo 33 de la Ley 996 del 2005 sobre las restricciones en materia de contratación pública durante el periodo electoral:

Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

(...).

Conforme a lo prescrito en la normativa citada, se prohíbe a las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva vincular o desvincular durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la segunda vuelta si fuere el caso. Así mismo, también, se prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado durante el mismo periodo.

Así, de acuerdo a las previsiones de la ley de garantías electorales, a continuación, procederemos a revisar si las notarías hacen parte de la Administración Pública con base en el siguiente fundamento legal:

La Carta Política de 1991 en su artículo 31, consagra: Corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarías y oficinas de registro.

Entonces, las notarías no gozan de personería jurídica, es el notario quien responde como particular con funciones públicas en ejercicio de la fe notarial tal como lo prevé la Ley 29 de 1973, «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Notariado y se dictan otras disposiciones», en el artículo 1°:

El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece.

En este mismo sentido, el Decreto 2148 de 1 de agosto de 1983, reglamentario de la Ley 29 de 1973, reiterando que la actividad notarial es un servicio público que implica el ejercicio de la fe notarial, la cual a su vez otorgaba plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo expresado por este respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones.

La Corte Constitucional en sentencia C-1212 del 21 de noviembre de 2001 al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 6 y 7 del artículo 133 del Decreto 960 de 1970, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, afirma:

4. Naturaleza jurídica del cargo de notario y la función notarial

(...)

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”. (...)

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 (Negrita y subrayado fuera de texto).

Posteriormente, la misma Corporación en Sentencia C-1159 del 26 de noviembre de 2008, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1183 de 2008², Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería, analiza la función notarial en Colombia, para los efectos de este concepto citamos el siguiente parte:

(...)

Así mismo, esta corporación ha destacado que la función notarial es ejercida en forma permanente por particulares, en lo que constituye una modalidad de la descentralización por colaboración, con fundamento en las normas superiores que establecen que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley (Art. 210) y que los servicios públicos podrán ser prestados por particulares (Art. 365), en desarrollo de la participación de los gobernados en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que constituye uno de los fines esenciales del Estado (Art. 2°)

(...)

En otra oportunidad, la sentencia C-863 del 25 de octubre de 2012, al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, «Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial», actualmente derogada, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, sostuvo:

3. Rasgos que caracterizan la función notarial en nuestro régimen jurídico.

La jurisprudencia de esta Corte ha analizado en varias oportunidades problemas jurídicos que le exigen definir la naturaleza jurídica de las funciones que desempeñan los notarios, su condición como colaboradores del Estado, el sentido y finalidad de la función fedante y el ámbito de competencias del legislador para configurar la regulación sobre la materia.

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.

(...)

3.4. Ha precisado así mismo la jurisprudencia que la gestión notarial implica el ejercicio de autoridad, en la medida que comporta el desarrollo de una atribución de la cual es titular el Estado, como es la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una función pública.

(...)

3.5. No obstante, ha aclarado que se trata de particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública, y aunque objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con los empleados estatales, como la exigencia de neutralidad en sus actuaciones, técnicamente no es válido sostener que por tal circunstancia, adquieran la condición de servidores públicos. (...)

3.6. En lo que concierne, específicamente, al eventual ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de los notarios, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que si bien estos operadores ejercen una función pública en tanto depositarios de la fe pública, y que para tales efectos están investidos de autoridad, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución según el cual "Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades".

(...)

3.7. En síntesis, de acuerdo con la anterior reseña jurisprudencial la actividad notarial es un servicio público dado 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. Su atribución a los notarios constituye una expresión de la figura de la descentralización por colaboración, la cual se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares en 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. El notariado es así mismo una función pública que implica el ejercicio de la fe notarial. De allí, el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste da fe por haber ocurrido en su presencia. La gestión notarial implica el ejercicio de autoridad atributo necesario para revestir de autenticidad a los actos y atestaciones que presencia, como depositario que es de la fe pública. Sin embargo, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución, según el cual de manera excepcional la ley podrá atribuir función jurisdiccional, en materias precisas, a determinadas autoridades (Destacado fuera de texto).

De acuerdo con los pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional, la actividad notarial es un servicio público a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; y para estos efectos se encuentran investido de autoridad sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico.

En ese sentido, los notarios son particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración. La Corte Constitucional precisó que los notarios si bien están revestidos de autoridad, no son autoridad administrativa en un sentido subjetivo u orgánico.

De hecho, la Ley 489 de 1998, al establecer la estructura de la Administración Pública, no les da a las notarías la connotación de autoridades administrativas ni las clasifica como entidades u órganos que formen parte de la estructura de la Administración Pública.

De igual manera, quienes prestan sus servicios en las notarías son particulares que dependen del Notario, sin ninguna vinculación laboral con el Estado, y sin ostentar la calidad de servidores públicos.

II. RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, las notarías no se encuentran comprendidas dentro de las categorías de entidades públicas o administrativas. Esta consideración tiene como consecuencia el que las Notarías, al ser de carácter privado, no les son aplicables las disposiciones de la ley de garantías.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web Gestor Normativo puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

¹ «Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones»

2 «Por medio de la cual se asignan unas funciones a los Notarios»

Fecha y hora de creación: 2024-11-07 17:30:03