

CARGO DE NOTARIO – Naturaleza jurídica. Regulación legal. Antecedente jurisprudencial

Advierte la Sala que tanto las normas analizadas con anterioridad, estos son, los Decretos Leyes 960 y 2163 de 1970, la Ley 29 de 1973 y el Decreto reglamentario 2148 de 1983, así como la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación y de sus respectivas Secciones han considerado tradicionalmente que los notarios ostentan la calidad de servidores públicos dado que su actividad constituye el ejercicio de función pública, por disposición del Estado, en condiciones similares a la de los empleados públicos vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL DE LA UNION – ARTICULO 2547 / CODIGO CIVIL DE LA UNION – ARTICULO 2550 / ACTO LEGISLATIVO 1 DE 1931 – ARTICULO 1 / LEY 8 DE 1969 / DECRETO LEY 960 DE 1970 / DECRETO LEY 2163 DE 1970 / LEY 29 DE 1973 / DECRETO 2148 DE 1983 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 123

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza jurídica del cargo de Notario, Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 22 de octubre de 1981, Exp. 10871, M.P. Ignacio Reyes Posada Rodríguez, Sección Segunda, sentencia de 14 de mayo de 1990, Exp. 2996

NOTARIOS – Diferencia con el empleado público

Si bien las normas legales que regulan la actividad notarial son en su mayoría anteriores a la Constitución Política de 1991, una lectura de las mismas a la luz de la Carta vigente, permite advertir que a diferencia del empleado público que se vincula a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, los notarios gozan de un alto grado de autonomía, y son sujetos de unas obligaciones especiales, que les permite en primer lugar, de acuerdo con los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 29 de 1973, crear los empleos que requieran para el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo; gozar de una remuneración constituida por las sumas de dinero que reciben por la prestación de sus servicios de conformidad con las tarifas legales, y el deber de pagar las asignaciones de sus empleados subalternos con cargo a los recursos que reciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales autorizados por la ley. Así mismo, los notarios son responsables del impuesto sobre las ventas, y actúan también como agentes retenedores del impuesto de timbre, y del impuesto al valor agregado, sobre los servicios notariales prestados. Además, deben efectuar un aporte especial a la administración de justicia, en los términos de los artículos 11 y 19 de la Ley 29 de 1973, 5 del Decreto 1250 de 1992 y 437 y 518.2 del Estatuto Tributario. A lo anterior se suma, el hecho de que los ingresos provenientes de la actividad notarial, no constituyen fondos públicos, en tanto la ley no les otorga tal carácter y porque tampoco ingresan al presupuesto general de la Nación, lo que hace que dichos recursos no estén sujetos a la vigilancia y control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los dineros que integran el patrimonio público.

FUENTE FORMAL: LEY 29 DE 1973 / DECRETO 1250 DE 1992 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 437 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 5182

NOTARIO – Naturaleza

La Sala aclara que independiente a la discusión planteada sobre la naturaleza jurídica de los notarios, debe decirse que éstos sin duda alguna son sujetos de

responsabilidad disciplinaria frente al incumplimiento de sus obligaciones, tal como lo dispone el artículo 198 del Decreto 960 de 1970. En asuntos con identidad de supuestos fácticos y jurídicos al presente, ha sostenido en relación con la aplicación a los notarios del procedimiento previsto Código Único Disciplinario.

NOTARIOS – Sujetos de responsabilidad disciplinaria. Regulación legal. Aplicación del Código Único disciplinario

FUENTE FORMAL: DECRETO 960 DE 1970 – ARTICULO 1481 / DECRETO 2158 DE 1992 – ARTICULO 17 NUMERAL 4 / LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 20

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación del procedimiento disciplinario de la ley 200 de 1995, Consejo de estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de agosto de 2011, M.P., Alfonso Vargas Rincón

SANCION DISCIPLINARIA DE SUSPENSION EN EL CARGO DE NOTARIO POR NO PAGO DEL IMPUESTO DE RETENCION EN LA FUENTE Y VENTAS – Vulneración del debido proceso. No aplicación de la Ley 200 de 1995

Teniendo en cuenta lo anterior, estima la Sala que para el momento en que tuvieron lugar las faltas atribuidas al demandante, esto es, entre 1998 y 1999, ya se encontraba vigente la Ley 200 de 1995, razón por la cual no había duda que el procedimiento disciplinario adelantado por la Superintendencia de Notariado y Registro debió ser el previsto en la citada norma y no en el Decreto 960 de 1970, toda vez que como quedó visto en precedencia dicha normatividad, resultaba menos favorable al actor en cuanto no observaba los postulados del derecho constitucional al debido proceso y, más aún, si se quiere porque la misma había sido derogada por el artículo 177 de la Ley 200 de 1995. Lo anterior, permite incluso afirmar que para el momento de entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995, los hechos por los cuales se le investigó al actor no había acaecido, luego entonces su situación tampoco se encontraba cobijada por la transición prevista por el artículo 176 de la Ley 200 de 1995, toda vez que la norma en cita exigía para aplicar la normatividad disciplinaria anterior, que el correspondiente proceso disciplinario al momento de la entrada en vigencia de esa ley se encontraran con oficio de cargos debidamente notificado lo que, claramente no sucedió en el caso bajo examen y que, a juicio de la Sala tampoco explica porque la Superintendencia de Notariado y Registro aplicó al proceso disciplinario que siguió en contra del actor las normas previstas en el Decreto 960 de 1970.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12829-03(1748-07)

Actor: GABRIEL STANICH MALDONADO

Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y OTRO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 28 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda formulada por GABRIEL STANICH MALDONADO contra la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho y Superintendencia de Notariado y Registro.

ANTECEDENTES

Gabriel Stanich Maldonado, a través de apoderado judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 3037 de 20 de junio de 2000; 3932 de 23 de agosto de 2000; 2545 de 25 de julio de 2002, proferidas por la Superintendente de Notariado y Registro; y del Decreto 2096 de 20 de septiembre de 2002, expedido por el Gobierno Nacional mediante los cuales se impuso y ejecutó, respectivamente, la sanción de suspensión por el término de un mes (1) del cargo de Notario que venía desempeñando en el Círculo de Notarial de Bogotá.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó declarar que no existió sanción disciplinaria en su contra; que se reconozca la remuneración salarial y beneficios económicos dejados de percibir, sin solución de continuidad, durante el tiempo en que se ejecutó la referida sanción; liquidar las condenas debidamente indexadas según lo previsto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia; que se reconozca y paguen 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de indemnización por los perjuicios morales ocasionados; y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos previstos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo (Fls. 206 a 243, C.ppal.).

Los hechos de la demanda se resumen así:

El 8 de febrero de 2000, la Superintendencia Delegada para el Notariado, en ejercicio de sus facultades legales, ordenó la práctica de una visita general a la Notaría 55 del Círculo Notarial de Bogotá, de la cual era titular el actor, advirtiéndole el incumplimiento de sus deberes legales, entre ellos el de cancelar, en tiempo, los impuestos de retención en la fuente e impuesto al valor agregado.

El 28 de febrero de 2000, la Superintendencia Delegada para el Notariado mediante Oficio No. 02660 de 28 de febrero de 2000, formuló cargos en contra del actor al estimar que en su condición de Notario presentó declaraciones de retención en la fuente sin el correspondiente pago durante los meses de junio, octubre y noviembre y diciembre de 1998 y junio y diciembre de 1999; así mismo por presentar sin pago la declaración bimensual del impuesto al valor agregado IVA, correspondiente a los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1998.

La Superintendencia Delegada para el Notariado, al desestimar los descargos presentados por el demandante, mediante Resolución 3037 de 20 de junio de 2000, le impuso sanción de suspensión del cargo de Notario por el término de dos (2) meses, decisión que en su oportunidad fue impugnada por el actor mediante los recursos de reposición y apelación.

La Superintendencia Delegada para el Notariado al resolver el citado recurso de reposición, a través de la Resolución No. 3932 de 23 de agosto de 2000, modificó parcialmente la Resolución No. 3037 de 2000, disminuyendo la sanción al término de un (1) mes. Sanción que, con posterioridad, fue confirmada por el Superintendente de Notariado y Registro, mediante Resolución No. 2545 de 25 de julio de 2002, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, sostuvo el demandante que el Gobierno Nacional mediante Decreto No.2096 de 20 de septiembre de 2002, ejecutó la sanción impuesta en su contra separándolo de sus funciones como Notario por el término de un (1) mes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 13 y 29.

De la Ley 29 de 1973, el artículo 19.

De la Ley 588 de 2000, el artículo 8.

De la Ley 200 de 1995, los artículos 2, 16, 23-1 y 138, 142, 144, 148 y 151.

El Decreto 960 de 1970, el artículo 198-11.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Notariado y Registro se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 335 a 339, cuaderno No. 1):

Sostuvo la Superintendencia de Notariado y Registro que el Decreto Ley 960 de 1970, Estatuto del Notariado y sus decretos reglamentarios, entre sus distintas disposiciones, regulaban lo concerniente a los deberes, inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses en que podían encontrarse incurso los notarios en el ejercicio de su actividad.

En este mismo sentido, precisó la Superintendencia que el artículo 198 del Decreto 960 de 1970, establecía como faltas disciplinarias para los notarios las conductas que atentaban contra *“la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial*, las cuales acarrearán sanciones de naturaleza disciplinaria, entre ellas el incumplimiento de las obligaciones para con la Superintendencia de Notariado y Registro, el Fondo Nacional del Notario y el Colegio de Notarios, así como el aprovechamiento personal o a favor de terceros de los dineros o efectos negociales destinados al pago de impuestos o en depósito.

Bajo estos supuesto precisó la parte demandada, que teniendo en cuenta que el señor Gabriel Stanich Maldonado en su condición de Notario, perteneciente al

Círculo Notarial de Bogotá, incumplió su obligación como agente retenedor, de consignar oportunamente los dineros recaudados por concepto de declaraciones de retención en la fuente y del impuesto al valor agregado IVA, no había duda que había incurrido en una conducta reprochable desde el punto de vista disciplinario, lo que naturalmente hacía necesario la imposición de una sanción que para el caso concreto fue la de suspensión en el ejercicio de su cargo por el término de un mes.

Finalmente, sostuvo la Superintendencia de Notariado y Registro que no había duda de que el régimen disciplinario aplicable al caso concreto era el previsto en el Decreto Ley 960 de 1970, y sus decretos reglamentarios, toda vez que, los hechos objeto de investigación y sanción disciplinaria tuvieron lugar entre 1998 y 1999, lo que impedía la observancia de las disposiciones de la Ley 200 de 1995, dado que ella sólo fue aplicable al caso de los notarios, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 588 de 2000, esto es, el 6 de julio de 2000.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia 28 de junio de 2007 negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 436 a 472, cuaderno No.1):

El Tribunal, en primer lugar, desestimó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por los apoderados del Ministerio del Interior y de Justicia y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, toda vez que en las pretensiones de la demanda se solicitó la nulidad de actos administrativos suscritos por el Presidente de la República y el Ministro del Interior y de Justicia.

Sobre la aplicabilidad de la Ley 200 de 1995, al caso concreto, consideró el Tribunal que conforme a la Constitución Política, la actividad notarial es un servicio público confiado de manera permanente a particulares, ejemplo claro de la llamada "*descentralización por colaboración*", definida en sus artículos 123, inciso 3, 209 y 365, conforme los cuales los notarios no poseen la calidad de servidores públicos, dado que no existe entre ellos y el Estado un vínculo de dependencia o subordinación, y mucho menos reciben de él, una asignación o salario, por lo que no les resultan aplicables las disposiciones de la Ley 200 de 1995.

Consideró que la Ley 588 de 2000, tampoco resultaba aplicable al actor, pues, los hechos objetos de investigación tuvieron lugar, entre 1998 y 1999, esto es, con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, 6 de julio de 2000. No obstante lo anterior, el artículo 8 de la referida Ley 588 de 2000 dispuso que *"El régimen disciplinario aplicable a los Notarios será el previsto en el Decreto 960 de 1970, con estricta observancia de los principios rectores y del procedimiento señalado en la Ley 200 de 1995, Código Único Disciplinaria"* lo que a juicio del Tribunal, implicaba que las disposiciones del Código Único Disciplinario resultaban aplicables a los notarios únicamente en lo que respecta a los principios rectores estipulados en el Libro I, lo que permitía concluir que el proceso disciplinario iniciado contra el actor, mediante auto de cargos de 28 de febrero de 2000, se regía por las disposiciones del Decreto 960 de 1970 y su Decreto Reglamentario 2148 de 1983.

Precisó que, los Decretos 960 de 1970 y 2163 de 1970, así como la Ley 29 de 1973, por los cuales se adopta el Estatuto del Notariado establecen los deberes, inhabilidades, incompatibilidades y formalidades de los actos notariales, estableciendo entre ellos que los notarios responderán *"por los depósitos en dinero que los otorgantes constituyan en su poder para el pago de impuestos o contribuciones"* por lo que, el incumplimiento de estas obligaciones constituían claramente falta disciplinaria sin perjuicio de las acciones civiles, laborales y penales a que hubiera lugar.

En el caso concreto, respecto de la falta por incumplimiento de los deberes del actor en su condición de notario, el Decreto 1250 de 1992 por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 6 de 1992, el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones, precisó que en cuanto a los dineros percibidos por concepto del Impuesto al Valor Agregado, recaudados por la venta de los servicios Notariales, son responsables los notarios.

Concluyó el Tribunal, que el actor incurrió en las conductas que a él se le imputaron, pues violó las normas antes citadas, al no cumplir con su deber de dar la destinación adecuada a los dineros que recibe de los usuarios de los servicios notariales y dejar de consignar oportunamente los valores retenidos, que una vez recaudados, debían ser consignados en los términos dispuestos por la Ley.

EL RECURSO

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, con base en los argumentos que se pasan a resumir (Fls. 481 a 490, cuaderno No. 1):

Consideró el actor que el *a quo* de manera errada asumió que el régimen procesal disciplinario aplicable a su caso era el previsto en el Decreto 960 de 1970 toda vez que, a su juicio no había duda que la normatividad vigente al momento en que ocurrieron los hechos objeto de investigación era la prevista en la Ley 200 de 1995, por lo que sostuvo que los actos demandados claramente fueron expedidos de forma irregular vulnerando su derecho de defensa.

Argumentó que, cuando el Tribunal sostuvo que los notarios son particulares que cumplen funciones públicas, ello no implicaba que estuvieran excluidos de la aplicación del Código Disciplinario Único dado que el contenido del artículo 20 de la Ley 200 de 1995, permitía advertir que entre los destinatarios de la Ley 200 de 1995 se encontraban *“los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitorias...”* lo que no dejaba duda de que el Régimen Disciplinario Único que entró a regir el 6 de julio de 1995, no sólo derogó los regímenes disciplinarios anteriores, salvo el de la fuerza pública, sino que además se aplicaba a los notarios en calidad de particulares que cumplen funciones públicas, por mandato de la misma ley.

Manifestó que, la expresión *“permanente”* del citado artículo 20, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, lo que implicó sin duda la aplicación de la ley objeto de análisis, a los particulares que ejerzan funciones públicas. Indicó el recurrente que la Corte Constitucional en esa oportunidad precisó que *“lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley establece”*.

Indicó que, si bien la Ley 200 de 1995, Código Único Disciplinario, resultaba aplicable a los notarios de manera parcial, ello no significaba que su aplicación se redujera *“específicamente en lo que respecta a los principios rectores estipulados*

en el Libro 1", toda vez que, de la sola lectura del artículo 8 de la Ley 588 de 2000 se observaba que dicha aplicación comprendía tanto los principios como el procedimiento, pautas que debió seguir la Superintendencia de Notariado y Registro desde la entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995, esto al incorporar sus principios y procedimientos en el trámite disciplinario entonces regido por el Decreto Ley 960 de 1970 y sus decretos reglamentarios.

Agregó el demandante que, en cuanto al procedimiento para la investigación disciplinaria establecido en el artículos 144 y siguientes de la Ley 200 de 1995, la Superintendencia formuló cargos directamente y sin investigación disciplinaria previa, esto es, sin que mediara un auto de trámite que ordenará la apertura de la investigación disciplinaria, sin que se informara de la apertura de la investigación a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría, así como tampoco que se concediera oportunidad para rendir exposición, en tanto sostuvo que en ningún momento tuvo conocimiento de la apertura de la investigación disciplinaria en su contra, situaciones que generaron una clara violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Manifestó que, el hecho de que la Superintendencia hubiese aplicado el procedimiento establecido en el Decreto Ley 960 de 1970 y no el establecido en la Ley 200 de 1995, constituyó una violación al derecho al debido proceso y de defensa, ya que en varios aspectos el procedimiento establecido en la Ley 200 de 1995 resultaba más favorable a la situación particular del demandante, esto al contar con plazos más amplios para rendir descargos, diligenciar pruebas e incluso para que se profiriera sentencia.

Concluyó la parte demandante que, teniendo en cuenta que el procedimiento disciplinario establecido en el Estatuto Notarial, Decreto 960 de 1970, no se encontraba vigente al momento de imponerle al señor Gabriel Stanich Maldonado la sanción de suspensión en el ejercicio de sus funciones como Notario del Círculo Notarial de Bogotá, resultaba imperioso declarar la nulidad de los actos acusados toda vez que ellos violaron el derecho al debido proceso del actor.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia que negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 500 a 509, cuaderno No. 1):

Consideró el Ministerio Público que la normatividad aplicable al caso era la prevista en el Decreto 960 de 1970, y su decreto reglamentario, toda vez que al carecer los notarios de la condición de servidores públicos, no era posible aplicarles lo dispuesto en la Ley 200 de 1995, más aún si se tenía en cuenta que existía una normatividad especial contenida en los Decretos 960 de 1970 y 2148 de 1983.

Sostuvo que, estos Decretos consagran las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los Notarios y las funciones a ellos asignadas; en este mismo sentido, el artículo 19 de la Ley 29 de 1973, consagra la obligación que tienen de dar la debida destinación a los dineros que por concepto de pago de impuestos o contribuciones reciban de los usuarios.

Manifestó que no hay duda de que el actor en el caso concreto incurrió en las conductas descritas en las normas mencionadas, al no consignar oportunamente los dineros recibidos por concepto de retención en la fuente e impuesto al valor agregado, lo que lo hacía merecedor de la suspensión en el ejercicio de su cargo, como en efecto ocurrió.

Concluyó que la conducta del actor, sancionada disciplinariamente, fue llevada a cabo por él en un grado de participación absoluta, sin que mediaran circunstancias que justificaran tal omisión del deber de responsabilidad. En efecto, precisó el Ministerio Público que el demandante pudo adoptar una conducta distinta; no obstante, no consignó los recaudos que por concepto de retención en la fuente e impuesto al valor agregado, había recibido, con el conocimiento de existir norma expresa que le indicaba y obligaba a cumplir con su deber, por lo que tal omisión era sancionable disciplinariamente por violación del artículo 198-15 del Decreto 960 de 1970, en concordancia con el artículo 118 del Decreto 2148 de 1983.

CONSIDERACIONES

I. El problema jurídico

El problema jurídico se contrae en determinar, si los actos administrativos mediante los cuales se le impuso una sanción disciplinaria de suspensión al demandante, en el ejercicio de su cargo como notario, estuvieron fundados en la norma vigente y aplicable para el momento en que ocurrieron los hechos objeto de investigación, de tal forma que se hubiera garantizado su derecho constitucional al debido proceso.

II. Cuestión previa

a. Naturaleza jurídica del cargo de notario.

Considera la Sala, en esta ocasión, que resulta oportuno realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza de la actividad notarial en el ordenamiento jurídico colombiano desde la perspectiva legal y jurisprudencial, esto, con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Sobre el particular se estima, que ha sido una constante el entendimiento de que el servicio de notariado y de registro es una función para dar fe pública y que pertenece al Estado, el cual lo ha delegado en los notarios. En efecto, desde el Código Civil de la Unión de 1873, adoptado por el Congreso de la República de Colombia el 15 de abril de 1887 se dispuso, en su Libro Cuarto, Título 42, artículo 2.550, que la actividad notarial debía ejercerse dentro de los círculos notariales so pena que los actos suscritos por fuera de ellos se encontraran viciados de nulidad.

En este mismo sentido, el artículo 2.547 *ibídem* preceptuaba que la recepción, extensión y autorización de los actos y contratos en relación con los cuales los intervinientes quisieran dar autenticidad y constancia pública conforme a la ley, estarían a cargo del notario público.

Con posterioridad, fue promulgada la Constitución de 1886, en la cual inicialmente se guardó silencio en relación con el desarrollo de la actividad notarial lo anterior, vale la pena aclarar, hasta la aprobación del Acto Legislativo 3 de 1910, mediante el cual se

le asignó a las Asambleas Departamentales, la creación y supresión de Circuitos de Notaría y de Registro.

No obstante lo anterior, no fue sino hasta la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 1931, artículo 1, que se le dio a la actividad notarial el carácter de servicio público, al tiempo que se defirió al legislador la competencia para la creación y supresión de los Círculos Notariales y su respectiva organización y reglamentación.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes de la norma en cita:

“Compete a la ley la creación y supresión de círculos de Notaria y de Registro y la organización del servicio público que prestan los Notarios y los Registradores.”.

Con posterioridad, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 8 de 1969, expidió los Decretos Ley 960 de 5 de agosto de 1970, Estatuto del Notariado, y 2163 de 9 de noviembre de 1970, por el cual se oficializaba el servicio del notariado, los cuales en su artículo 1, respectivamente, le atribuyeron al notariado el carácter de servicio del Estado, prestado por funcionarios públicos, de acuerdo a lo previsto en la ley.

Así se observa en las citadas normas:

“Decreto Ley 960 de 1970.

“Artículo 1: “El notariado es una función pública 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 este 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.

Decreto Ley 2163 de 1970.

“Artículo 1º.-El notario es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

El Notario forma parte de la Rama Ejecutiva y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial.

La fe pública implica 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.”.

Así mismo, el Legislador mediante la Ley 29 de 1973, por la cual se crea el Fondo Nacional del Notariado, y se dictan otras disposiciones, reiteró que el notariado *“es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial.”.*

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes del artículo 1 de la Ley 29 de 1973:

“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 Presidente de la República expidió el Decreto 2148 de 1 de agosto de 1983, mediante el cual reglamentó el Decreto Ley 960 de 1970 y la Ley 29 de 1973 reiterando que la actividad notarial es un servicio público que implicaba 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 éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que todo el desarrollo normativo antes expuesto le ha conferido históricamente a la actividad notarial, en primer lugar, el carácter de servicio público y, en segundo lugar, a los notarios la condición de servidores públicos. En efecto, debe decirse que lo anterior se ha sustentado en el hecho de que el servicio notarial ha sido entendido como un servicio público, el cual es prestado por personas designadas por el poder público, cuyas funciones están previstas en la ley, a demás de que cuenta con elementos similares a los de

un servidor público vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, entre ellos la edad de retiro forzoso, la carrera administrativa y un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño del cargo.

Lo anterior se corrobora en el desarrollo jurisprudencial que le ha dado esta Corporación a la actividad notarial; al respecto basta ver los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales para constatar como tradicionalmente se le ha atribuido a los notarios el carácter de servidores públicos.

En efecto, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 22 de octubre de 1981, Consejero Ponente, Ignacio Reyes Posada Rodríguez. Exp. No. 10817, sostuvo que: ***“El Notario es un empleado público porque cumple funciones públicas señaladas por la ley y el reglamento; está amparado por las normas sobre carrera notarial que le garantizan estabilidad en el empleo y un sistema de ascensos que tiende a su progreso intelectual, moral y económico. Están amparados por las normas del Decreto 3135 de 1968 que regula las prestaciones sociales de los empleados públicos y del Decreto 2400 de 1968, sobre administración de personal civil, entre otras las que señala en sesenta y cinco años la edad de retiro por vejez (Art. 31); y finalmente el Estatuto Notarial (Decreto 960 de 1970) no derogó el sistema del retiro forzoso para los Notarios por razón de vejez.”***

Así mismo, esta Sección en sentencia de 14 de mayo de 1990, Exp: 2996, sostuvo en relación con los notarios, que:

"En el ámbito de la función pública, se crea entonces, vistos los elementos enumerados, una interpelación jurídica evidente respecto a la categoría de los notarios con los rasgos esenciales de los funcionarios públicos. Sí se dan entonces los elementos de las definiciones del artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 de empleo y de empleado lo que lleva al convencimiento de que los notarios, si bien bajo circunstancias muy sui generis, son funcionarios públicos; en otras palabras, son empleados públicos especialísimos de acuerdo con la exégesis conjunta de los decretos leyes y de la ley que integran ahora su especialísimo estatuto, sin que esos elementos hagan del notariado una profesión u oficio, como pretende hacer ver uno de los grupo de actores en el caso sub judice.

*Eso significa, por tanto, que en aquello que la ley no ha reglado específicamente para ello, **los notarios son empleados públicos***

con la jerarquía de funcionarios, sujetos a las normativas generales que los rigen. Son funcionarios muy especiales colocados por la ley para dar fe de los actos que se celebren ante ellos y de los hechos que presencien en ejercicio de sus funciones, amén de ser ahora, verdaderos “magistrados o jueces de paz”, pero funcionarios como se desprende, se repite, de los elementos que acaban de enumerarse.”.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, advierte la Sala que tanto las normas analizadas con anterioridad, estos son, los Decretos Leyes 960 y 2163 de 1970, la Ley 29 de 1973 y el Decreto reglamentario 2148 de 1983, así como la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación y de sus respectivas Secciones han considerado tradicionalmente que los notarios ostentan la calidad de servidores públicos dado que su actividad constituye el ejercicio de función pública, por disposición del Estado, en condiciones similares a la de los empleados públicos vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria.

Dado que el punto de la naturaleza jurídica de los notarios no incide en la definición del asunto que ahora se somete a la consideración de la Sala, resulta por eso mismo pertinente ahondar en algunas consideraciones en torno a la condición de los notarios en vigencia de la Constitución Política de 1991, con el propósito de abrir nuevos horizontes de análisis para futuras definiciones jurisprudenciales en esta Sección.

En efecto, independientemente de la naturaleza jurídica de los notarios, esto es, si actualmente son empleados públicos o particulares que prestan un servicio público, y tienen algunos deberes y derecho laborales, no cabe duda de que están sujetos al régimen disciplinario de los servidores públicos.

Al respecto debe decirse que, la Constitución Política de 1991 en su artículo 131 mantiene la categoría de servicio público que, ya desde la expedición del Acto Legislativo 1 de 1931, le había sido atribuida por el legislador a la actividad notarial, y así mismo dispone que su reglamentación, entendiendo por tal el régimen laboral y lo relativo a los aportes y tributación especial, estaba reservada de manera expresa al legislador.

En relación con las facultades de crear, suprimir, fusionar círculos notariales y de registro y de determinar el número de notarios y oficinas de registro, la citada norma se las atribuye al Gobierno Nacional. De igual forma, el texto constitucional

señala que la provisión del cargo de notario debe hacerse en propiedad, previo agotamiento del correspondiente proceso de selección por méritos.

Así se lee en la citada norma.

“ARTICULO 131: 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.

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.”.

De lo anterior, resulta evidente para la Sala que si bien la Constitución Política de 1991 mantiene invariable el carácter de servicio público del que tradicionalmente ha gozado la actividad notarial y de registro, y le atribuye al Gobierno Nacional su reglamentación, ello *per se* no le atribuye expresamente la condición de servidor público a los notarios, lo anterior en tanto dicha categoría está reservada por el mismo texto constitucional, en su artículo 123, a los miembros de las corporaciones públicas, los trabajadores oficiales y a los empleados públicos, en sus distintas categorías, esto es, los de elección popular, período fijo, provisionales, libre nombramiento y remoción, carrera administrativa y temporales.

En efecto, debe decirse que no fue el querer del constituyente de 1991 establecer una cláusula cerrada en lo que se refiere al ejercicio de la función pública, sino que el texto constitucional de 1991 advirtiendo la multiplicidad de actividades que un Estado social y democrático de derecho debe desarrollar para satisfacer sus fines esenciales y para asegurar el cumplimiento de sus deberes sociales y los de los asociados, previó la necesidad de poder contar con la colaboración de los

particulares para el desarrollo de algunas actividades que entrañaran el ejercicio de función pública.

Lo anterior, constituye el motivo por el cual el constituyente de 1991, estableció la posibilidad de que los particulares pudieran desempeñar temporalmente funciones públicas, en los precisos términos del inciso final del artículo 123 ibídem, *“La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”* y que además contaran con la posibilidad de ejercer funciones administrativas conforme lo dispuso el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, *“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”*

Bajo estos supuestos, debe decirse que si bien la actividad notarial es un servicio público cuyo desarrollo entraña el ejercicio de función pública, por parte de los notarios, actividad en la que se advierten elementos coincidentes con la naturaleza del empleado público vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, como son el hecho de que sus funciones estén previstas en la ley; que cuenten con un sistema de carrera el cual permite el acceso al ejercicio del cargo, mediante el nombramiento y la posesión, y que estén sujetos a un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ello por sí sólo no le atribuye la categoría de servidores públicos, empleados públicos, en estricto sentido, toda vez que son más los elementos propios de la actividad notarial, que le atribuyen un carácter especialísimo y distinto frente al empleado público tradicional.

Si bien las normas legales que regulan la actividad notarial son en su mayoría anteriores a la Constitución Política de 1991, una lectura de las mismas a la luz de la Carta vigente, permite advertir que a diferencia del empleado público que se vincula a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, los notarios gozan de un alto grado de autonomía, y son sujetos de unas obligaciones especiales, que les permite en primer lugar, de acuerdo con los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 29 de 1973, crear los empleos que requieran para el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo; gozar de una remuneración constituida por las sumas de dinero que reciben por la prestación de sus servicios de conformidad con las tarifas legales, y el deber de pagar las asignaciones de sus empleados subalternos con cargo a los recursos que reciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales autorizados por la ley.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes de las citadas normas.

“De la Ley 29 de 1973

Art. 2.- La remuneración de los notarios la constituyen las sumas que reciban de los usuarios por la prestación de sus servicios, de acuerdo con las tarifas legales, y por subsidios que les fije el Fondo Nacional del Notariado o la Superintendencia de Notariado y Registro cuando fuere el caso.

Con esta remuneración los notarios están obligados a costear y mantener el servicio.

**Art. 3.- Los notarios crearán bajo su responsabilidad, los empleos que requiera el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo, y enviarán a la Superintendencia copia de las providencias que dicten en ese sentido.*

**Art. 4*- El pago de las asignaciones de los empleados subalternos de los notarios, así como la dotación y sostenimiento de las respectivas oficinas, se hará por tales funcionarios de los recursos que perciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales que autoriza la ley.”.*

Así mismo, los notarios son responsables del impuesto sobre las ventas, y actúan también como agentes retenedores del impuesto de timbre, y del impuesto al valor agregado, sobre los servicios notariales prestados. Además, deben efectuar un aporte especial a la administración de justicia, en los términos de los artículos 11 y 19 de la Ley 29 de 1973, 5 del Decreto 1250 de 1992 y 437 y 518.2 del Estatuto Tributario.

Así se observa en las citadas normas:

“- De la Ley 29 de 1973

Art. 11.- El Fondo Nacional del Notariado se formará y mantendrá con los aportes que deberán hacer de sus ingresos todos los notarios del país en proporción al número de escrituras que se otorguen en sus respectivos despachos, en la forma que disponga el Gobierno Nacional y hasta la cantidad de diez pesos (\$10.00) por cada escritura, mientras estén vigentes las tarifas señaladas en la Ley 1 de 1962. Igualmente harán parte del Fondo los aportes que reciba del Gobierno Nacional o de los particulares.

Art. 19.- Los depósitos de dinero que los otorgantes constituyen en poder del notario para el pago de los impuestos o contribuciones implican la obligación de darles la destinación que les corresponda, inmediatamente o en los términos señalados y comprometen la responsabilidad civil y penal del notario en caso de incumplimiento, de darles una destinación diferente de la que les corresponda o de emplearlos en provecho propio o de terceros.(...).

- Del Decreto 1250 de 1992

ARTÍCULO 5o. **RESPONSABLES DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS EN LA PRESTACION DE SERVICIOS NOTARIALES.** En el caso de la prestación de servicios notariales serán responsables de impuesto sobre las ventas, las notarías, las cuales cumplirán las diferentes obligaciones tributarias derivadas de tal calidad, con el Número de Identificación Tributaria -NIT- que corresponda al respectivo notario.

Corresponde al notario el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas del impuesto sobre las ventas para la respectiva notaría.

- Del Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989.

ARTÍCULO 437. **LOS COMERCIANTES Y QUIENES REALICEN ACTOS SIMILARES A LOS DE ELLOS Y LOS IMPORTADORES SON SUJETOS PASIVOS.** Son responsables del impuesto:

a. En las ventas, los comerciantes, cualquiera que sea la fase de los ciclos de producción y distribución en la que actúen y quienes sin poseer tal carácter, ejecuten habitualmente actos similares a los de aquellos.

(...)

c. <Literal modificado por el artículo 25 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> **Quienes presten servicios.**

ARTÍCULO 518. **AGENTES DE RETENCION.** <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Deberán responder como agentes de retención, a más de los que señale el reglamento:

2. Los notarios por las escrituras públicas.(...).”

A lo anterior se suma, el hecho de que los ingresos provenientes de la actividad notarial, no constituyen fondos públicos, en tanto la ley no les otorga tal carácter y porque tampoco ingresan al presupuesto general de la Nación, lo que hace que dichos recursos no estén sujetos a la vigilancia y control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los dineros que integran el patrimonio público.

Teniendo en cuenta lo expuesto, puede estimarse que la actividad que desarrollan los notarios goza de unas particularidades que permiten diferenciarla claramente de la actividad desplegada por un servidor público, vinculado a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, en tanto como quedó visto, los primeros son sujetos de unas obligaciones especiales en materia tributaria, producto de la actividad notarial y registral, del mismo modo que cuentan con la posibilidad de crear empleos en sus respectivas notarias y, así como la responsabilidad de pagar las asignaciones de sus subalternos y del mantenimiento de los servicios, todo ello con cargo directo a los dineros que por concepto de derechos notariales perciben, en el marco de una autonomía respecto de la administración.

Así las cosas, se reitera que si bien no hay duda que la actividad notarial, constituye un servicio público, que implica el ejercicio de función pública por disposición de la Constitución Política, artículo 131, actividad que debe decirse reviste una especial importancia para preservar la seguridad y la paz social, en la medida en que contribuye a dar fe a los negocios celebrados entre particulares, y en no pocas ocasiones dentro de las actuaciones que surten estos ante la administración, tales circunstancias no convierten a los notarios en servidores públicos dado que, resulta evidente, que ellos no cuentan con una vinculación laboral directa y subordinada a la administración, a más de que en el desarrollo del giro ordinario de sus actividades son sujetos de obligaciones y deberes especiales, de los cuales ningún otro servidor del Estado es sujeto, como quedó visto en precedencia.

Advierte la Sala que, las particularidades especiales de que goza el ejercicio de la actividad notarial, apartan a los notarios de la noción genérica de servidores públicos y, por el contrario, los aproxima a lo que la técnica de la administración

pública ha denominado descentralización por colaboración, mediante la cual el Estado aprovecha la capacidad organizativa con que cuenta un particular, para garantizar la efectividad en el desarrollo de la función pública, esto es, en la prestación de determinado servicio.

En este punto la Sala se permite precisar, que bajo el esquema actual que rige la actividad notarial y registral en Colombia, el Estado descentraliza la función de dar fe y del registro de determinados actos jurídicos en los particulares, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 123 y 210 de la Constitución Política, para que estos con observancia de sus obligaciones, deberes, autonomía, medios e infraestructura cumplan eficazmente dicha tarea.

En relación con la naturaleza jurídica de los notarios, la Corte Constitucional tradicionalmente ha sostenido que los notarios carecen de la calidad de servidores públicos, como puede observarse en la sentencia C-1212 de 21 de noviembre de 2001, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, en la cual se precisó lo siguiente:

“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”. 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 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. (...)

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...”

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. (...).”

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, existen serios argumentos para estimar que los notarios como sujetos depositarios de la fe pública, y en consecuencia encargados de declarar la autenticidad de determinados documentos y hechos, conocidos dentro del giro ordinario de su actividad, no gozan de la condición de servidores públicos en tanto, se repite el hecho de que no exista el típico un vínculo laboral con el Estado, mediante una relación legal y reglamentaria, sumado a las obligaciones y deberes especiales que gobierna dicha actividad, los sitúa en el plano de particulares que mediante la técnica de la descentralización por colaboración, prevista por el Constituyente de 1991, colaboran en la prestación de un servicio sin que ello implique la existencia de un vínculo contractual o legal que permita inferir una relación de tipo laboral directa con la administración.

Sobre las reflexiones conceptuales que se acaban de hacer, la Sala aclara que independiente a la discusión planteada sobre la naturaleza jurídica de los notarios, debe decirse que éstos sin duda alguna son sujetos de responsabilidad disciplinaria frente al incumplimiento de sus obligaciones, tal como lo dispone el artículo 198 del Decreto 960 de 1970, Estatuto del Notariado, lo que permite a la Sala desatar el problema jurídico del presente asunto, con las siguientes consideraciones.

III. Del régimen disciplinario aplicable al actor en su condición de Notario.

Como quedo visto con anterioridad, la actividad notarial se caracteriza por ser un servicio público, cuyo desarrollo entraña el ejercicio de función pública, mediante el principio de descentralización por colaboración previsto en los artículos 123 y 210 de la Constitución Política, por el cual los particulares prestan dicho servicio con observación de las normas contenidas en el Estatuto del Notariado, Decreto 960 de 1970 y decretos reglamentarios.

En relación con el régimen disciplinario, en principio debe decirse que el citado Estatuto en su Título VI, Capítulo II, prevé que en el caso de los notarios, el conocimiento de los asuntos disciplinarios corresponde a la vigilancia notarial la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209 del Decreto 960 de 1970 era ejercida por el entonces Ministerio de Justicia, a través de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Cabe advertir que el referido Estatuto, en su artículo 198 estableció las faltas disciplinarias en que podía incurrir un notario, en la medida en que éstas atentaran contra la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial. Así se observa en la citada norma:

“ARTICULO 198. <FALTAS DISCIPLINARIAS Son conductas del Notario, que atentan la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial, y que acarreen sanción disciplinaria:

- 1. <Numeral INEXEQUIBLE> (sentencia C-373 de 15 de mayo de 2002).*
- 2. El reiterado incumplimiento de sus obligaciones civiles o comerciales.*
- 3. Solicitar, recibir, ofrecer dádivas, agasajos, préstamos, regalos y cualquier clase de lucros, directa o indirectamente, en razón de su cargo o con ocasión de sus funciones.*
- 4. Solicitar o fomentar publicidad, de cualquier clase, respecto de su persona o de sus actuaciones, sin perjuicio del derecho de rectificar o aclarar informaciones o comentarios relativos a ellas.*
- 5. El empleo de propaganda de índole comercial o de incentivos de cualquier orden para estimular al público a demandar sus servicios.*
- 6. <Numeral INEXEQUIBLE> (sentencia C-373 de 15 de mayo de 2002).*
- 7. Negarse a prestar su ministerio sin causa justificativa.*
- 8. Omitir el cumplimiento de los requisitos sustanciales en la prestación de sus servicios.*
- 9. Dejar de asistir injustificadamente a la oficina, o cerrarla sin motivo legal, o limitar indebidamente las horas de despacho al público.*
- 10. La afirmación maliciosa de hechos o circunstancias inexactas dentro del ejercicio de sus funciones.*

11. *El aprovechamiento personal o en favor de terceros de dineros o efectos negociables que reciba para el pago de impuestos o en depósito.*
12. *El cobro de derechos mayores o menores que los autorizados en el arancel vigente.*
13. *La renuencia a cumplir las orientaciones que la Vigilancia Notarial imparta dentro del ámbito de sus atribuciones, en lo relacionado con la prestación del servicio.*
14. *<Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE><Numeral modificado por el artículo 7o. de la Ley 29 de 1973. El nuevo texto es el siguiente:> El incumplimiento de sus obligaciones para con la Superintendencia de Notariado y Registro, el Fondo Nacional del Notariado, ~~el Colegio de Notarios~~, sus empleados subalternos y las entidades de seguridad o previsión social. (sentencia C- 399 de 2 de junio de 1999).*
15. *La transgresión de las normas sobre prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades consagradas en el presente estatuto.“*

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante el Decreto 2158 de 1992, le atribuyó al Superintendente Delegado para el Notariado la función de *“Programar y ejecutar las visitas de inspección a fin de verificar el estricto cumplimiento de las normas legales que rigen la actividad notarial así como autorizar las comisiones de servicio de los funcionarios que las practiquen y velar por su estricto cumplimiento.”* (artículo 17.4 del citado Decreto).

No obstante lo anterior, el 28 de julio de 1995 el Congreso de la República expidió la Ley 200 mediante la cual se adoptó el Código Único Disciplinario en cuyo artículo 20, fijó como destinatarios de la ley disciplinaria en él contenida, a los servidores públicos en su acepción general y a los particulares que ejercieran funciones públicas ya fuera en forma permanente o transitoria.

Para mayor ilustración se transcribe la norma en cita:

*“ARTICULO 20. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a 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 de Lucha Ciudadana contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional.”*

Advierte la Sala, que la anterior codificación en los artículos 176 y 177, estableció un régimen transitorio en lo que se refiere a la aplicación de sus disposiciones en el tiempo, a la vez que dispuso la derogatoria de la totalidad de los regímenes especiales que regulaban materias disciplinarias, con excepción de previsto para la Fuerza Pública, en los siguientes términos:

“ARTICULO 176. TRANSITORIEDAD. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente Ley se encuentren con oficio de cargos notificado legalmente, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior.

ARTICULO 177. VIGENCIA. Esta Ley regirá cuarenta y cinco (45) días después de su sanción, será aplicada por la Procuraduría General de la Nación, por los personeros, por las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios y por todos los servidores públicos que tengan competencia disciplinaria; se aplicará a todos los servidores públicos sin excepción alguna y deroga las disposiciones generales o especiales que regulen materias disciplinarias a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este Código.

Al respecto, cabe destacar, que la Corte Constitucional, en sentencia C-286 de 27 de junio de 1996, al definir la exequibilidad del artículo 20 ibídem, en lo que se refiere a los destinatarios de las disposiciones disciplinarias contenidas en la Ley 200 de 1995, señaló concretamente para el caso de los particulares que:

“Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas.

Con arreglo al principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa.

Lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga.

Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos.(...).".

Bajo estos supuestos, resulta claro que el artículo 20 de la Ley 200 de 1995 si bien fijó el ámbito de aplicación de la ley disciplinaria, ello no significó que dicha codificación se hubiera ocupado de manera expresa y detallada del régimen disciplinario aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas, dado que para la Sala resulta apenas lógico, que en virtud del principio de legalidad, las actividades que difieren de las atribuidas en forma tradicional a los servidores públicos, cuenten con un catálogo sustantivo de faltas disciplinarias que atienda a su especificidad, lo que además permite una mayor eficacia en el control disciplinario que se ejerce sobre los particulares, en la medida en que evita la atipicidad de conductas en las que tradicionalmente no incurren los servidores públicos, vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria.

No obstante lo anterior, estima la Sala que si bien en el caso de los notarios éstos cuentan con un Estatuto que, desde el año 1970, regula todo lo concerniente a su actividad, previendo entre otros aspectos las faltas disciplinarias en que pueden incurrir, tal normatividad, esto es, el Decreto 960 de 1970, no regula el procedimiento aplicable a los notarios para establecer una eventual responsabilidad de naturaleza disciplinaria, con las mismas garantías previstas en la Ley 200 de 1995, lo cual encuentra su explicación en el hecho de que el Decreto 960 de 1970 es una norma preconstitucional que no observa las garantías propias del debido proceso, previstas en detalle en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, a lo que se suma que el artículo 177 derogó el procedimiento del régimen disciplinario especial previsto para los notarios.

Sobre este particular esta Sección en asuntos con identidad de supuestos fácticos y jurídicos al presente, ha sostenido en relación con la aplicación a los notarios del

procedimiento previsto Código Único Disciplinario que (Sentencia de 17 de agosto de 2011. Rad. 0401-2008. M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón):

*“Así entonces, no podía la Superintendencia de Notariado y Registro aplicar las disposiciones contenidas en los Decretos 2148 de 1983 y 2158 de 1992, que regulaban el procedimiento del régimen de la Vigilancia Notarial, **pues cuando la Ley 200 precisa que deroga las disposiciones disciplinarias generales y especiales, o las que le sean contrarias, no deja opción alguna de vigencia para el procedimiento del régimen disciplinario especial previsto para los Notarios, máxime cuando esta última consagró un procedimiento con mayores garantías que necesariamente obligaba a su aplicación.**”.*

Bajo estos supuestos, y descendiendo al caso concreto, se observa que el 8 de febrero de 2000, la Superintendencia de Notariado y Registro practicó visita general a la Notaría 55 del Circulo de Santafé de Bogotá, de la cual figuraba como titular el señor Gabriel Stanich Maldonado, en su condición de Notario 55 del Circulo de Santa fe de Bogotá, tal como consta en el Acta visible del folio 1 a 51 del cuaderno No. 1 del expediente.

Con fundamento en la anterior visita, la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante Oficio 02660 de 28 de febrero de 2000 dio traslado de cargos al demandante, señalando que en su condición de Notario 55 del Circulo de Santa fe de Bogotá, presentó sin el correspondiente pago las declaraciones mensuales y bimensuales de los impuestos de retención en la fuente y sobre las ventas (fls. 17 a 18, cuaderno No. 1).

El 23 de marzo de 2000, el demandante rindió descargos en el que indicó que, de conformidad con las normas tributarias, podía presentar las declaraciones sin pago, y luego, sufragarlas (fls. 60 a 70, cuaderno No. 1).

El 20 de junio de 2000, la Superintendente Delegada para el Notariado mediante Resolución No. 3037 de 20 de junio de 2000 declaró al demandante responsable de la falta disciplinaria endilgada y lo sancionó con dos (2) meses de suspensión en el ejercicio del cargo de notario, lo anterior con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 960 de 1970.

Para mayor ilustración se transcriben apartes de la citada Resolución.

“V. Análisis de responsabilidad

(...) En resumen la imputación al notario es la de pagar en mora los dineros que percibió por concepto de retención en la fuente de los meses de diciembre de 1998, junio y noviembre de 1999 y los de IVA de los bimestres mayo-junio, julio-agosto de 1998 y mayo-junio de 1999. Así mismo, adeuda puesto que no demostró su pago ni durante el término de la visita ni después de ésta, de los dineros recaudados por concepto de retención la fuente (sic) de los siguientes meses: junio, octubre y noviembre de 1998 y los de IVA de los bimestres septiembre-octubre y noviembre-diciembre de 1998.

VI. Tipificación de las faltas

Los notarios se encuentran sometidos al régimen disciplinario que establece el Decreto 960 de 1970 y su reglamentario 2148 de 1983.

El artículo 198 del primero de los Estatutos mencionados establece como conductas del notario que constituyen faltas disciplinarias, entre otras, las siguientes:

“El aprovechamiento personal o a favor de terceros de los dineros o efectos negociables que reciba para el pago de impuestos o en depósito”

“La renuencia a cumplir las orientaciones que la vigilancia notarial imparta dentro del ámbito de sus atribuciones, en lo relacionado con la prestación del servicio”

En estas conductas fue que precisamente incurrió el doctor Gabriel Stanich Maldonado, Notario Cincuenta y Cinco del Círculo de Santafé de Bogotá, de conformidad con el cargo trasladado en el pliego correspondiente (...).” (fls. 85 a 99, cuaderno No. 1).

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante formuló los recursos de reposición y en subsidio apelación, en contra la Resolución No. 3037 de 2000, acompañando el escrito con los registros contables sobre los créditos otorgados por el Notario, copia de recortes de prensa sobre la recesión en el sector inmobiliario, pagos efectuados a la administración de impuestos entre otros documentos (fls. 110 a 141, cuaderno No. 1).

Por medio de la Resolución 3932 de 23 de agosto de 2000 la Superintendencia Delegada para el Notariado y Registro modificó la sanción impuesta al demandante disminuyéndola a un (1) mes de suspensión en el ejercicio del cargo de notario. Decisión que, con posterioridad fue confirmada por el Superintendente de Notariado y Registro mediante Resolución No. 2545 de 25 de julio de 2002, y ejecutada por el Decreto 2096 de 20 de septiembre de 2002, expedido por el Gobierno Nacional (fls. 344 a 367 y 97 del cuaderno No.1).

Teniendo en cuenta lo anterior, estima la Sala que para el momento en que tuvieron lugar las faltas atribuidas al demandante, esto es, entre 1998 y 1999, ya se encontraba vigente la Ley 200 de 1995, razón por la cual no había duda que el procedimiento disciplinario adelantado por la Superintendencia de Notariado y Registro debió ser el previsto en la citada norma y no en el Decreto 960 de 1970, toda vez que como quedó visto en precedencia dicha normatividad, resultaba menos favorable al actor en cuanto no observaba los postulados del derecho constitucional al debido proceso y, más aún, si se quiere porque la misma había sido derogada por el artículo 177 de la Ley 200 de 1995.

Lo anterior, permite incluso afirmar que para el momento de entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995, los hechos por los cuales se le investigó al actor no había acaecido, luego entonces su situación tampoco se encontraba cobijada por la transición prevista por el artículo 176 de la Ley 200 de 1995, toda vez que la norma en cita exigía para aplicar la normatividad disciplinaria anterior, que el correspondiente proceso disciplinario al momento de la entrada en vigencia de esa ley se encontraran con oficio de cargos debidamente notificado lo que, claramente no sucedió en el caso bajo examen y que, a juicio de la Sala tampoco explica porque la Superintendencia de Notariado y Registro aplicó al proceso disciplinario que siguió en contra del actor las normas previstas en el Decreto 960 de 1970.

Las consideraciones que anteceden le permiten a la Sala concluir, que la Superintendencia de Notariado y Registro al sancionar al demandante disciplinariamente, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 960 de 1970, vulneró su derecho al debido proceso, toda vez que se reitera que para el momento en que ocurrieron los hechos constitutivos de faltas disciplinarias, esto

es, 1998 y 1999, se encontraba vigente el Código Único Disciplinario Ley 200 de 1995, cuyo procedimiento resultaba aplicable a la situación particular de los notarios, tal como con posterioridad lo ratificó el legislador, mediante el artículo 8 de la Ley 588 de 2000, en el cual preceptuó que *“El régimen disciplinario aplicable a los notarios será el previsto en el Decreto-ley 960 de 1970, con estricta observancia de los principios rectores y del procedimiento señalado en la Ley 200 de 1995, Código Único Disciplinario.”*

Así lo ha estimado la Sala en reiterados pronunciamientos, al respecto la sentencia de 17 de agosto de 2011. Rad. 0401-2008, sostuvo¹:

“No desconoce la Sala que la Ley 588 de 2000 en su artículo 8 dispuso que el régimen disciplinario aplicable a los notarios sería el previsto en el Decreto 960 de 1970, con estricta observancia de los principios rectores y del procedimiento señalado en la Ley 200 de 1995, sin embargo, tal disposición no cambia la conclusión plasmada en esta providencia, por cuanto el hecho de que se exija rigurosidad en la aplicación de la Ley 200 de 1995, no se puede interpretar como una autorización para que sólo de allí en adelante se aplique dicha Ley en el caso de los notarios, o como una prohibición para su aplicación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 588 de 2000, pues la Ley 200 de 1995 es una Ley cuya vigencia en relación a los notarios, como destinatarios de la misma, no necesitaba del aval de otra para su aplicación.”

Así las cosas y conforme a lo expuesto, la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar declarará la nulidad de los actos administrativos acusados, mediante los cuales se sancionó al señor Gabriel Stanich Maldonado con la suspensión por un (1) mes en el ejercicio de su cargo como Notario 55 del Círculo de Bogotá D.C.

La Sala no pasa por alto que entre los actos administrativos acusados el actor solicita la nulidad del Decreto 2096 de 20 de septiembre de 2002 mediante el cual el Gobierno Nacional ejecutó la sanción disciplinaria impuesta en su contra, frente a lo cual se declarará inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, toda vez que se trata de un acto de ejecución el cual carece de control jurisdiccional en tanto su contenido no creó, modificó o extinguió la situación particular del demandante en relación a la sanción disciplinaria impuesta, la cual había sido adoptada por las Resoluciones Nos. 3037 de 20 de junio de 2000, 3932 de 23 de

¹ También puede verse la sentencia de 11 de febrero de 2012. Rad. 0766-2009. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

agosto de 2000 y 2545 de 25 de julio de 2002, proferidas por la Superintendente de Notariado y Registro, respectivamente.

No obstante lo anterior, la Sala igualmente considera que la declaratoria de nulidad que recae sobre los actos administrativos mediante los cuales se sancionó al demandante, dan lugar en el caso concreto al fenómeno del decaimiento del Decreto 2096 de 2002, en los términos del numeral 2 del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984).

Finalmente, estima la Sala que le asiste razón a la apoderada de la Presidencia de la República y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, quien en el curso del proceso reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva, de la Presidencia de la República, pues considera que el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, dispone que para efectos de representación judicial de la Nación, la vinculación procesal se debe hacer a la persona de mayor jerarquía de la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

Conforme al artículo 115 de la Carta Política el acto objeto de la acción no fue expedido por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sino por el Gobierno Nacional en armonía con el citado artículo que dispone en lo pertinente:

“Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.”

Así las cosas, la representación de la Nación corresponde en el presente proceso al Ministro de Justicia (hoy del Interior y de Justicia) quien suscribió el acto en representación del Gobierno Nacional, circunstancia que hace innecesaria la vinculación de la Presidencia de la República, razón por la cual se declarará probada la excepción propuesta.

De igual forma se negará el reconocimiento y pago de los perjuicios morales, solicitados por el actor, pues no fue probado dentro del plenario la presencia de un daño que deban ser indemnizados patrimonialmente. Sobre el particular debe reiterarse que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser antijurídico cierto y concreto; por ello, es un imperativo que quien alegue sufrirlo, debe probarlo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil- “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, circunstancia que se repite no se observó en el caso concreto.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 28 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda formulada por GABRIEL STANICH MALDONADO contra la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho y Superintendencia de Notariado y Registro.

En su lugar se dispone.

SEGUNDO: DECLÁRASE la Sala inhabilitada para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con el Decreto 2096 de 20 de septiembre de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la apoderada del la Presidencia de la República, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

CUARTO: DECLÁRASE la nulidad de Resoluciones No. 3037 de 20 de junio de 2000; 3932 de 23 de agosto de 2000 y 2545 de 25 de julio de 2002, proferidas por la Superintendente de Notariado y Registro, respectivamente, mediante las cuales

se le impone al señor Gabriel Stanich Maldonado la sanción de suspensión por el término de un mes (1) del cargo de Notario que venía desempeñando en el Círculo de Notarial de Bogotá.

QUINTO: ORDÉNASE a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Procuraduría General de la Nación cancelar las anotaciones disciplinarias que se hubieren efectuado en los correspondientes registros administrativos, como consecuencia del cumplimiento de las resoluciones que se declaran nulas, en lo atinente a la sanción impuesta al demandante.

SEXTO: CONDÉNASE a la Superintendencia de Notariado y Registro, a reconocer y pagar al actor los ingresos y beneficios económicos dejados de percibir durante el tiempo que duró la sanción impuesta, tomando como base para su liquidación los ingresos netos obtenidos por el Notario que lo reemplazó durante el tiempo que duró la sanción.

El pago de los ingresos y demás beneficios económicos del actor se ajustarán en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

SÉPTIMO: DECLÁRASE para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Gabriel Stanich Maldonado, durante el tiempo que duró la sanción.

OCTAVO: DÉSE aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

NOVENO: RECONÓCESE personería a la abogada María Lolita Barrera, como apoderada de la parte actora en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 521 del cuaderno No. 1 del expediente.

DÉCIMO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

