

NOTARIO - Naturaleza jurídica / NOTARIO - Son funcionarios públicos que no ejercen autoridad ni jurisdicción / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERCE AUTORIDAD - No se genera respecto de los notarios

Sobre la naturaleza jurídica de los notarios y la incidencia que ella pueda tener en lo que al régimen de inhabilidades se refiere, esta Sección, en sentencia de 25 de agosto de 2005, entendió, que si bien los notarios son funcionarios públicos, éstos no desarrollan ningún tipo de autoridad, a diferencia de como lo considera la Corte Constitucional, que afirma que son particulares en ejercicio de funciones públicas con "autoridad pública". Así, en la sentencia de esta Sección, donde se analizaba si el hermano del demandado, dentro del año anterior a su elección como Alcalde del Municipio de San Antero, se desempeñó como Notario Unico del Municipio de San Antero, se dijo: "(...) Al respecto, el Consejo de Estado en diferentes oportunidades ha considerado que, si bien es cierto que los Notarios son funcionarios, es decir, personas que desempeñan funciones públicas, en realidad no ejercen autoridad ni jurisdicción, pues la función notarial está circunscrita a la refrendación de actos voluntarios de las partes, es decir, a dar fe de lo que las partes voluntariamente manifiestan. (...)" Y concluyó que "En este caso, la Sala reitera la hermenéutica de esta Corporación en virtud de la cual es posible concluir que, si bien el Notario es funcionario público, por razón del desempeño de la función notarial no hay lugar a considerar que ejerce autoridad alguna". Pues bien, en esta oportunidad la Sala reafirma su postura frente al tema, de manera que sigue entendiendo que los notarios son funcionarios públicos con condiciones especialísimas pues tienen un carácter distinto del empleado público tradicional. Lo anterior, porque: 1) El notariado es un empleo de creación pública y para acceder a él debe surtirse un concurso de carrera notarial (inciso 2º artículo 131 de la C.P., artículo 2º de la Ley 588 de 2000). 2) El nombramiento de los notarios lo hace el Presidente de la República o el Gobernador del Departamento según sea la categoría de la notaría (artículo 3º de la Ley 588 de 2000). También toman posesión del cargo ante la autoridad del gobierno que corresponda. 3) Los notarios prestan un servicio público a cargo del Estado: la función fedante (artículo 131 de la C.P. y artículo 1º de la Ley 588 de 2000). 4) La función pública de dar fe es desarrollada de manera permanente por los notarios, lo que significa que no les es asignada para que la desarrollen transitoriamente (artículo 123 de la C.P.). 5) La remuneración de los notarios, cuando se trate de notarías con insuficientes ingresos, proviene del Fondo Cuenta Especial del Notariado (artículo 2 de la Ley 29 de 1973). 6) "...el sometimiento de la función [notarial] y las condiciones de acceso predominan para efectos de poder determinar su categoría, régimen laboral y jurisdicción competente para conocer de sus conflictos, es decir, que estos son para efectos laborales, servidores públicos.". 7) Las labores y competencias específicas de los notarios están sometidas al principio de legalidad, de manera que solo pueden hacer lo que la Ley les permite. Están contenidas en las normas que regulan la función notarial, como el artículo 3 del Decreto 960 de 1970. Conforme a lo anterior, la Sala también ratifica su postura según la cual ninguna de las funciones que legalmente ejercen los notarios corresponden o se ubican a las que se encuentran previstas en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, que definen la autoridad civil, política o administrativa de los funcionarios públicos. Pues bien, el análisis del cargo desde la hermenéutica de esta Corporación en virtud de la cual se tiene que los notarios son funcionarios públicos en razón al desempeño de la función notarial, pero que no hay lugar a considerar que ejercen autoridad civil, política o administrativa, permite concluir que la prohibición que dispone el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 no se configuraría en ninguna situación ante la falta de uno de sus elementos: que

el vínculo sea con una persona que es funcionario público y que en estas condiciones ejerce autoridad en los términos que requiere la norma.

NOTA DE RELATORIA: Sobre que si bien los notarios son funcionarios públicos, éstos no desarrollan ningún tipo de autoridad. Sentencia de 8 de agosto de 2012, Rad. 2002-12829-03(1478-07), Sección Segunda. Sentencias de 25 de agosto de 2005, Rad. 3635, Sección Quinta, Sentencia de 5 de marzo de 1998, Rad. 15374 Sección Segunda.

**INHABILIDAD DE DIPUTADO - Quien tenga vínculo de parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad dentro del período inhabilitante
INHABILIDAD POR PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERZA AUTORIDAD - No se configuro porque el notario no ejerce autoridad /
INHABILIDAD POR PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERZA AUTORIDAD - Coordinador de institución educativa departamental no ejerce autoridad política**

Le corresponde a la Sala determinar si, como lo consideró el Tribunal Administrativo del Magdalena, la causal de inhabilidad alegada no se configuró, porque ocupar el cargo de Notario y de Coordinador, Grado 11 en una Institución Educativa Departamental, no implica el ejercicio de autoridad política o administrativa; o si por el contrario, como lo asevera el impugnante, el desempeño de dichos cargos por parte de los hermanos del demandado sí conlleva el ejercicio de esos tipos de autoridad y, por ende, el accionado no podía inscribirse y ser elegido Diputado en las elecciones de octubre de 2011. el análisis del cargo desde la hermenéutica de esta Corporación en virtud de la cual se tiene que los notarios son funcionarios públicos en razón al desempeño de la función notarial, pero que no hay lugar a considerar que ejercen autoridad civil, política o administrativa, permite concluir que la prohibición que dispone el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 no se configuraría en ninguna situación ante la falta de uno de sus elementos: que el vínculo sea con una persona que es funcionario público y que en estas condiciones ejerce autoridad en los términos que requiere la norma. Visto lo anterior, concluye también la Sala, que no está acreditado que el demandado, señor Oscar José Andrade Palacio, esté inhabilitado para inscribirse y ser elegido Diputado del Magdalena, porque su hermano en condición de Notario Unico del Municipio de Ariguaní - Magdalena, hubiera ejercido autoridad administrativa o política, (como alegó el actor), en ese Municipio dentro del año anterior a la elección. De otra parte, Se observa que la señora Tomasa María Andrade Palacio, hermana del demandado, fue vinculada a la planta de personal del Departamento del Magdalena, y según las voces del artículo 6 del Decreto 1278 de 2002, el cargo de Coordinador que ocupa efectivamente está calificado como Directivo Docente. Esta situación permite concluir que no ejerce autoridad política porque no ocupa alguno de los cargos que establece la norma como aquellos en los que se ostenta ese tipo de autoridad, y que además su función se limita a "auxiliar y colaborar con el rector en las labores propias de su cargo y en las funciones de disciplina de los alumnos o en funciones académicas o curriculares no lectivas". Como se observa, si bien no obra en el expediente el manual de funciones del cargo, las que la norma transcrita atribuye al Coordinador, permiten concluir a la Sala que son de naturaleza académica y no administrativa o política. También la dependencia de los Jefes de Departamento y de los profesores que alegó el actor, es de este mismo carácter. Y además, el cargo carece de facultades disciplinarias sobre los docentes y de atribuciones de administración del personal pues éstas corresponden al rector. Así las cosas, concluye la Sala que en este evento tampoco se encuentra probado uno de los supuestos de hecho necesarios para la configuración de la causal de inhabilidad invocada por el demandante. Las anteriores son razones suficientes para concluir

que se impone confirmar la decisión apelada, en cuanto negó la pretensión de anulación planteada por el actor.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 47001-23-31-000-2012-00055-01

Actor: HERNANDO JOSE ESCOBAR MEDINA

**Demandado: DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL
MAGDALENA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia desestimatoria proferida el 15 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

En ejercicio de la acción electoral, el señor Hernando José Escobar Medina presentó demanda contra el acto de elección del señor Oscar José Andrade Palacio como Diputado del Departamento del Magdalena (2012-2015), la cual se sintetiza así:

1.- Las pretensiones

“Se declare la nulidad parcial del Acuerdo No. 22 del 22 de diciembre de 2011 expedido por Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró electo, para el periodo 2012-2015, como diputado a la Asamblea Departamental del Magdalena al ciudadano Oscar José Andrade Palacio (...), avalado por el Partido Cambio Radical en los comicios electorales celebrados el 30 de octubre de 2011. Consecuentemente se declare la nulidad de la credencial expedida por el Consejo Nacional Electoral...”.

1.2.- Soporte fáctico

Con los hechos de la demanda se afirma que:

1.- El demandado fue inscrito como candidato del Partido Cambio Radical ante la Registraduría Nacional del Estado Civil - Delegación Departamental del Magdalena para los comicios del 30 de octubre de 2011.

2.- El 30 de octubre de 2011 se llevaron a cabo las elecciones de autoridades locales, donde fue elegido Diputado del Magdalena el señor Oscar José Andrade Palacio.

3.- Los hermanos del demandado, Armando Rafael Andrade Palacio y Tomasa María Andrade Palacio, son, respectivamente, Notario Unico del Municipio de Ariguaní - Magdalena y "*Coordinadora de la Secretaría Departamental de Educación*" del Magdalena (fls. 1-9).

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

El actor señaló como transgredidos los artículos 299 inciso 2º y 179 numeral 5º de la Constitución Política y 33 numeral 5º de la Ley 617 de 2000.

Indicó que el Acuerdo No. 22 de 2012 debe ser declarado nulo porque "*...fue expedido en forma irregular...*", ya que el demandado se encontraba inhabilitado para inscribirse y ser elegido Diputado del Magdalena (2012-2015) porque sus hermanos, quienes son Notario Unico del Municipio de Ariguaní - Magdalena y "*Coordinadora de la Secretaría Departamental de Educación*" del Magdalena, ejercen autoridad administrativa "*...y política...*" en ese Departamento.

II.- LA CONTESTACION

La apoderada judicial del accionado presentó escrito con el que se opuso a las pretensiones de la demanda. Para ello expuso los siguientes argumentos que la Sala sintetiza así:

Indicó que la Ley 136 de 1994, en sus artículos 188, 189 y 190 realizó la distinción entre autoridad civil, política y administrativa, y de conformidad con estas normas,

se atienden dos criterios para determinar “...si un funcionario se halla investido de autoridad civil o política, o si cuenta con dirección administrativa...”.

Adujo que el primer criterio es el orgánico, según el cual la autoridad la ostentan aquellos funcionarios de la administración “...pertenecientes a niveles superiores de la misma [quienes], se hallan revestidos de esas prerrogativas...”. Es el caso, según el nivel territorial, de los gobernadores, alcaldes, secretarios de despacho, jefes de departamentos administrativos, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales.

Señaló que el segundo criterio es el funcional, conforme al cual se entiende que un servidor público ejerce autoridad política, civil o administrativa, cuando dentro de sus facultades están las de “...dictar medidas de política y hacerlas cumplir incluso con el auxilio de la fuerza pública, ser ordenador del gasto, tener poder de nominación o poder disciplinar al personal bajo su mando.”

Como **EXCEPCIONES** formuló las de:

1.- **“Atipicidad por falta de adecuación entre la conducta y la norma prohibitiva”**, bajo la cual señaló que los hermanos del demandado “...no ejercen autoridad administrativa, política ni civil en el Departamento del Magdalena...”.

2.- **“Inexistencia de la prueba legal documental”**, conforme a la cual afirmó que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre la existencia de los parentescos por consanguinidad, así como la designación en los cargos de cada uno de los hermanos del demandado.

3.- **“Ausencia de interés personal para accionar”**, donde indicó la apoderada judicial que la demanda debió presentarse “...ejerciendo un interés personal, sin prestarse a mantener en la clandestinidad a terceras personas...”.

4.- **“Temeridad de la acción”**, según la cual afirmó que la demanda “...no encuentra asidero ni en la normatividad jurídica aplicable ni en realidad fáctica en relación con...” el demandado (fls. 81-87).

III.- TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Santa Marta, de donde fue remitida al Tribunal Administrativo de Magdalena. Con auto de 8 de marzo de 2012 fue admitida (fl. 71).

Por auto de 17 de abril de 2012 el Tribunal dio apertura a la etapa probatoria y aceptó la intervención como impugnadora de la señora Libia Esther González Mercado cuya participación consistió en solicitar pruebas adicionales a las pedidas por las partes (fls. 94-95).

IV.- SENTENCIA APELADA

Con fallo del 15 de agosto de 2012, el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda.

El *a quo* “denegó por improcedentes” las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, porque consideró que se trataron de argumentos que “...apuntan a aspectos sustantivos de la acción (...) [y] no constituyen una excepción...”, por ende, su estudio fue realizado junto con el examen de fondo del cargo.

Frente a la inhabilidad invocada, el Tribunal indicó que si bien se probó *i)* el parentesco en segundo grado entre el demandado y los señores Armando Rafael y Tomasa María Andrade Palacio; *ii)* que ellos fungieron durante el período inhabilitante como Notario Unico del Municipio de Ariguaní - Magdalena y como Coordinadora, Grado 11, en la Institución Educativa Departamental Técnica Agropecuaria Benjamín Herrera de Ariguaní - Magdalena, respectivamente; y, *iii)* que lo hicieron “...en el mismo ente territorial en el cual aspiró el señor ANDRADE PALACIO.”; lo cierto es que dichos cargos no conllevan el ejercicio de autoridad.

Adujo que por su naturaleza dichos empleos no tienen autoridad “judicial” o militar. En cuanto a la función notarial, indicó que no obstante sí es autoridad pública, “...no encuadra dentro de lo que ha definido la Ley...” 136 de 1994 (que aplicó por analogía al caso) y la jurisprudencia de esta Corporación como autoridad administrativa, política o civil.

Y frente a la coordinación académica que desempeña la señora Tomasa María, señaló que según el artículo 4º de la Resolución No. 13342 de 1982¹ se trata de una autoridad administrativa que “...se circunscribe al grado jerárquico [que ocupa] dentro de la Estructura Administrativa interna de los cargos para los Planteles Oficiales...” y, en esa medida, es un cargo que “...depende del Rector del plantel, es decir que se encuentra sujeto a un superior en grado de jerarquía funcional, y así mismo, le corresponde la administración académica de la Institución, dependiendo de él los Jefes de Departamento y por relación de autoridad funcional, los profesores.”, por ello tampoco implica el ejercicio de autoridad en los términos que dispone la norma inhabilitante (fls. 242-252).

V.- EL RECURSO DE APELACION

El demandante apeló la anterior sentencia con escrito en el que reiteró los argumentos de la demanda y en el que reprocho que el Tribunal no tuvo en cuenta los argumentos que expuso en los alegatos de instancia, por ende, los reprodujo en su totalidad.

En ellos precisó que el señor Armando Rafael, en su calidad de notario, ejerce “...autoridad administrativa y judicial...” porque “...tienen poder de mando sobre sus empleados, administra los dineros que provienen de los usuarios y maneja libros y archivos que son bienes de la Nación”. Además, porque tiene competencia para conocer de procesos de jurisdicción voluntaria.

Indicó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional los notarios ejercen autoridad porque desempeñan una función pública donde tienen poder de mando y decisión, de manera que sus actuaciones “...son vinculantes...” y, por ende, son susceptibles de ser controvertidas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Afirmó que el señor Armando Rafael tiene la representación legal de la Notaría Unica de Ariguaní y, por ello, “...administra tributos, tasas y contribuciones...”, por ejemplo, los “aranceles”, el aporte especial para la administración de justicia y los “parafiscales”; además, actúa como agente retenedor del impuesto de timbre nacional.

¹ “Por la cual se establece la Estructura Administrativa interna y las funciones básicas para los Planteles Oficiales de Educación Básica (secundaria) y/o Media Vocacional”.

Respecto a la señora Tomasa María, adujo que *“...a pesar de habersele solicitado en debida oportunidad procesal...”* al Tribunal *a quo* que requiriera a la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena la certificación sobre las funciones que ella cumple, de conformidad con la Resolución No. 13342 de 1982 *“...es procedente afirmar, sin vacilación alguna, que...”*, *“...sea que se desempeñe como Directiva Docente-Coordinadora Académica o como Directiva Docente-Coordinadora de Disciplina, en la Institución Educativa Departamental Benjamín Herrera de Ariguaní...”*, en efecto ejerce *“...autoridad administrativa...”* al desarrollar las funciones de dirección, planeación, coordinación, supervisión, inspección, programación, asesoría y disciplinarias que señalan la Ley 115 de 1990 y el Decreto 1278 de 2002.

Afirmó que el demandado obtuvo en el Municipio de Ariguaní, donde ejercen autoridad sus hermanos Armando Rafael y Tomasa María, el 48,59% de la votación que lo declaró electo, pues la totalidad de votos en el Departamento del Magdalena fue de 9021 y en aquel ente territorial obtuvo 4383 (fls. 255-285).

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSION

Durante el término de traslado solo el **demandante** allegó escrito en el que reprodujo por completo el escrito de apelación.

Agregó que por un *lapsus cálimi* en la demanda afirmó que los hermanos del demandado ejercen en sus cargos una autoridad política. Sin embargo, que dicha equivocación se entendía corregida con los demás argumentos que expuso en el mismo escrito introductorio y de alegaciones, en los que señalaba que cumplían funciones con autoridad administrativa, y en el caso del notario, también judicial.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

Solicitó que se confirme la decisión de primera instancia porque respecto del hermano del accionado que se desempeña como notario *“...se puede concluir, sin lugar a dudas, que (...) ejerce autoridad, está investido de ella, pero no es la autoridad a que alude la causal de inhabilidad que fundamenta la pretensión de nulidad, que (...) se predica de un servidor público y el Notario carece de esta entidad jurídica, no es empleado público y por lo mismo, el parentesco con quien*

se desempeñe como tal no genera inhabilidad y, como se [ha entendido jurisprudencialmente en esta Corporación que] los regímenes de inhabilidad se interpretan restrictivamente [entonces] no le [es] permiti[do] al operador recurrir a la analogía ni a realizar interpretaciones extensivas de las disposiciones que le permitan subsumir dentro de ellas supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, no previstas de manera expresa por el legislador.”

En lo que la hermana del demandado se refiere, adujo el agente del Ministerio Público, que el cargo de Coordinador, Grado 11 de la Institución Educativa Departamental Técnica Agropecuaria Benjamín Herrera en el Municipio de Ariguaní, es definido en el artículo 6º del Decreto 1278 de 2002, a partir del cual se establece que es apenas un “...auxiliador del rector, o sea su colaborador; es un cargo subordinado, dependiente y por ello, en principio, de él no se predica el ejercicio de autoridad.”

Indicó además que, revisado el contenido de las labores de dicho cargo, las cuales se encuentran establecidas en las Leyes 715 de 2001 y 115 de 1994, así como en los Decretos 1860 de 1994, 1278, 1850 y 3020 de 2002, se encuentra que “...de ninguna de estas funciones es posible predicar el ejercicio de autoridad administrativa...” para los Coordinadores de Institutos de Educación Departamental (fls. 336-359).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

Esta Sala es competente para conocer y decidir en segunda instancia la demanda de la referencia, por así disponerlo el artículo 129 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 37, y el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la prueba del acto de elección acusado

El acto de elección del señor Oscar José Andrade Palacio como Diputado del Magdalena, para el período constitucional 2012 - 2015, se acreditó en debida forma con la copia auténtica del Acuerdo No. 22 del 22 de diciembre de 2011 proferido por el Consejo Nacional Electoral (fls. 40-54).

3.- Cuestión previa

A partir de los antecedentes encuentra la Sala que el apelante con su escrito de impugnación formuló un nuevo cargo en contra del acto de elección del Diputado del Magdalena, señor Oscar José Andrade Palacio, referente a la configuración de la segunda de las inhabilidades previstas en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, (diferente a la que alegó en la demanda), porque su hermano, el señor Armando Rafael Andrade Palacio, tiene la representación legal de la Notaría Unica de Ariguaní y bajo esa circunstancia “...*administra tributos, tasas y contribuciones...*”.

La norma en que apoyó el nuevo cargo es la que sigue:

“DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección (...) hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, (...).

(...)”. (Negrillas de la Sala)

Como se advirtió en el acápite de la impugnación, este fue un argumento que el demandante expuso en los alegatos ante el Tribunal durante el trámite de la primera instancia, sin embargo, la formulación de nuevos cargos (entendidos como aquellos diferentes a los que se presentaron en la demanda) en la etapa de alegaciones o en la apelación, no está prevista en la norma que rige el proceso en lo contencioso administrativo.

Así las cosas, concluye la Sala que esa argumentación se erige en una censura no planteada inicialmente en la demanda en contra del acto de elección del demandado, por ende, no será analizada en esta providencia pues su objeto se limitará al estudio de la inhabilidad prevista en el mismo numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, que se refiere al vínculo del Diputado electo con personas en segundo grado de consanguinidad que ejercieron autoridad administrativa y política en el período inhabilitante, pues así fue como se propuso en la demanda, de la que se defendió el accionado y sobre la cual se pronunció la primera instancia.

Igual destino encuentra la corrección que el demandante pretendió hacer en el escrito de apelación, cuando afirmó que en la demanda cometió un error en la formulación del cargo, pues aunque siempre alegó que los hermanos del demandado ejercen autoridad política, lo cierto es que en realidad se refería a que el señor Armando Rafael Palacio ostenta autoridad “judicial” como Notario Unico de Municipio de Ariguaní.

4.- Del asunto objeto de la apelación

De conformidad con lo anterior, le corresponde a la Sala determinar si, como lo consideró el Tribunal Administrativo del Magdalena, la causal de inhabilidad alegada no se configuró, porque ocupar el cargo de Notario y de Coordinador, Grado 11 en una Institución Educativa Departamental, no implica el ejercicio de autoridad política o administrativa; o si por el contrario, como lo asevera el impugnante, el desempeño de dichos cargos por parte de los hermanos del demandado sí conlleva el ejercicio de esos tipos de autoridad y, por ende, el accionado no podía inscribirse y ser elegido Diputado en las elecciones de octubre de 2011.

5.- De la causal de inhabilidad invocada

Al demandado se le atribuye haberse inscrito y resultar elegido Diputado del Magdalena, estando incurso en la inhabilidad de que trata la primera parte del numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, resaltada a continuación, que se refiere a las “INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS” y la cual dice:

“No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento...”²

Lo anterior, porque:

² La parte subrayada fue introducida por la Corte Constitucional con sentencia C-325 de 2009, en reemplazo de la frase “segundo grado de consanguinidad”, que fue declarada inexecutable.

a) Su hermano, el señor Armando Rafael Andrade Palacio, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, ocupó el cargo de Notario Unico del Municipio de Ariguani - Magdalena, donde ejerció autoridad administrativa y política.

b) Su hermana, la señora Tomasa María Andrade Palacio, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, ocupó el cargo de Coordinador, Grado 11 en la Institución Educativa Departamental Técnica Agropecuaria Benjamín Herrera de Ariguani - Magdalena, donde ejerció autoridad administrativa y política.

Según la norma transcrita, la causal de inhabilidad se configura si se demuestra:

- El parentesco igual o menor al tercer grado de consanguinidad que une al Diputado demandado Oscar José Andrade Palacio con los señores Armando Rafael Andrade Palacio y Tomasa María Andrade Palacio.

- Que los señores Armando Rafael Andrade Palacio y Tomasa María Andrade Palacio fueron funcionarios públicos y que, como tales, ejercieron autoridad política o administrativa.

- Que dicha autoridad la hayan ejercido en el Departamento del Magdalena durante el período comprendido entre el 29 de octubre de 2010 y el 29 de octubre de 2011.

Las situaciones inhabilitantes que se predicen respecto de los vínculos de consanguinidad del demandado, se analizarán por separado como sigue:

a) Inhabilidad por autoridad administrativa y política que ejerció el hermano del demandado como Notario Unico del Municipio de Ariguani - Magdalena

El primero de los elementos señalados para que se configure la inhabilidad, referente al parentesco en segundo grado de consanguinidad entre el accionado y el señor Armando Rafael Andrade Palacio (hermanos), la Sala encuentra que está probado con los registros civiles de nacimiento visibles a folios 115 y 116 del expediente, en los cuales se lee que son hijos de los señores Armando Rafael Andrade Ospino y Margarita Palacio Fonseca.

En lo que respecta a los demás elementos enlistados, la Sala encuentra que, conforme se establece con certificado de la Superintendencia de Notariado y Registro, obrante a folios 153 y 154, el señor Armando Rafael Andrade Palacio *“...ha ejercido el cargo como Notario Titular de la Notaría Unica del Círculo de Ariguaní durante el periodo del 29 de octubre de 2010 y el 29 de octubre de 2011.”*

Ahora bien, demostrado el vínculo que señala la norma, así como los factores temporales y espaciales que la misma requiere, es indispensable verificar dos aspectos para concluir que está acreditada la inhabilidad: que el hermano del demandado ocupó un cargo público y además, que ejerció autoridad en el mismo, esto es, determinar la naturaleza jurídica de los notarios y el tipo de autoridad que ejercen, pues de ello dependerá si se configura la prohibición que se predica respecto del demandado.

De entrada advierte la Sala que el tema no ha sido pacífico, pues al respecto existen por lo menos dos interpretaciones. La primera, seguida mayormente por las Secciones de esta Corporación, según la cual los notarios son funcionarios públicos, pero carecen de autoridad. Y la segunda, que propone la Corte Constitucional, donde los notarios son particulares en ejercicio de funciones públicas, quienes sí tienen autoridad.

En reciente sentencia proferida el 8 de agosto de 2012³, dentro del expediente No. 250002325000200212829-03 (No. interno: 1748-2007), la Sección Segunda, Subsección “B” de esta Corporación, realizó una síntesis sobre el asunto, que resulta pertinente transcribir para conocer el estado actual del tema:

“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

³ Ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Demandante Gabriel Stanich Maldonado, demandados la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho y Superintendencia de Notariado y Registro.

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 Notaría 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 (sic) 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 (sic) 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 (sic) 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 (sic) 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 normatividades 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 presenciaren 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 (sic) 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, entendiéndose 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 (sic) 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*

ARTICULO 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.*

ARTICULO 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.

*ARTICULO 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 notarías (sic) 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 (sic) 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. (...)"

Vista la síntesis que elaboró la Sección Segunda, Subsección "B", sobre la naturaleza jurídica de los notarios y la incidencia que ella pueda tener en lo que al régimen de inhabilidades se refiere, esta Sección, en sentencia de 25 de agosto de 2005⁴, entendió, (con apoyo en una sentencia del año 1998 de la Sección Segunda de esta Corporación⁵, la cual a su vez se sustentó en la posición

⁴ Radicación número: 23001-23-31-000-2003-01418-01(3635), Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

⁵ Del 5 de marzo, expediente 15374.

jurisprudencial que mantiene el Consejo de Estado desde el año 1960⁶), que si bien los notarios son funcionarios públicos, éstos no desarrollan ningún tipo de autoridad, a diferencia de como lo considera la Corte Constitucional, que afirma que son particulares en ejercicio de funciones públicas con “*autoridad pública*”.

Así, en la sentencia de esta Sección, donde se analizaba si el hermano del demandado, dentro del año anterior a su elección como Alcalde del Municipio de San Antero, se desempeñó como Notario Unico del Municipio de San Antero, se dijo:

“(…)
Al respecto, el Consejo de Estado en diferentes oportunidades ha considerado que, si bien es cierto que los Notarios son funcionarios, es decir, personas que desempeñan funciones públicas, en realidad no ejercen autoridad ni jurisdicción, pues la función notarial está circunscrita a la refrendación de actos voluntarios de las partes, es decir, a dar fe de lo que las partes voluntariamente manifiestan.
“(…)”

Y concluyó que “*En este caso, la Sala reitera la hermenéutica de esta Corporación en virtud de la cual es posible concluir que, si bien el Notario es funcionario público, por razón del desempeño de la función notarial no hay lugar a considerar que ejerce autoridad alguna*”.

Pues bien, en esta oportunidad la Sala reafirma su postura frente al tema, de manera que sigue entendiendo que los notarios son funcionarios públicos con condiciones especialísimas pues tienen un carácter distinto del empleado público tradicional.

Lo anterior, porque:

1) El notariado es un empleo de creación pública y para acceder a él debe surtirse un concurso de carrera notarial (inciso 2º artículo 131 de la C.P., artículo 2º de la Ley 588 de 2000).

⁶ Así lo indica el fallo de 4 de marzo de 1999, expedientes acumulados 1915, 1916 y 1930, proferido por esta Sección, donde se indica que dicha postura la ha mantenido esta Corporación desde ese año con sentencia de: de 23 de abril de 1.960 -Anales, t. LXII, núms. 387 a 391, ps. 641 y 642-, y que se reitera en otras de: 6 de mayo de 1.961 -Anales, t. LXIII, núms. 392 a 396, ps. 506 y 507-, 12 de marzo de 1.963 -Anales, t. LXVI, núms. 401 y 402, p. 175-, 13 de septiembre de 1.968 -Anales, t. LXXV, núms. 419 y 420, ps 113 y 114-, 16 de marzo de 1.970 -Anales, t. LXXVIII, núms. 425 Y 426, p. 129-, 22 de octubre de 1.981 -Anales, t. CI, núms. 471 y 472, ps. 225 a 227-, 14 de mayo de 1.990 -Anales, t. CXIX, ps. 537 a 542- y 5 de marzo de 1.998 -expediente 15.374-.

2) El nombramiento de los notarios lo hace el Presidente de la República o el Gobernador del Departamento según sea la categoría de la notaría (artículo 3º de la Ley 588 de 2000). También toman posesión del cargo ante la autoridad del gobierno que corresponda.

3) Los notarios prestan un servicio público a cargo del Estado: la función fedante (artículo 131 de la C.P. y artículo 1º de la Ley 588 de 2000).

4) La función pública de dar fe es desarrollada de manera permanente por los notarios, lo que significa que no les es asignada para que la desarrollen transitoriamente (artículo 123 de la C.P.).

5) La remuneración de los notarios, cuando se trate de notarías con insuficientes ingresos, proviene del Fondo Cuenta Especial del Notariado (artículo 2 de la Ley 29 de 1973)⁷.

6) *“...el sometimiento de la función [notarial] y las condiciones de acceso predominan para efectos de poder determinar su categoría, régimen laboral y jurisdicción competente para conocer de sus conflictos, es decir, que estos son para efectos laborales, servidores públicos.”⁸*

7) Las labores y competencias específicas de los notarios están sometidas al principio de legalidad, de manera que solo pueden hacer lo que la Ley les permite. Están contenidas en las normas que regulan la función notarial, como el artículo 3 del Decreto 960 de 1970⁹.

⁷ Con el Decreto 1672 de 1997, por el cual se liquidó el Fondo Nacional del Notariado y se transformó en un fondo o sistema especial de manejo de cuentas administrado por la Superintendencia de Notariado y Registro, se dispuso que sus recursos serán destinados a mejorar las condiciones económicas de los notarios de insuficientes ingresos.

⁸ Sentencia de 30 de noviembre de 2011, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No. 110010325000201000047 00 (0383-2010), Actor: Uriel Francisco Bonilla Currea, demandado: Superintendencia de Notariado y Registro.

⁹ *“ARTICULO 3o. FUNCIONES DE LOS NOTARIOS. Compete a los Notarios:*

1. Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las Leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad.

2. Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados.

3. Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios o particulares y de otros Notarios que las tengan registradas ante ellos.

4. Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal.

5. Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la correspondiente fe de vida.

6. Recibir y guardar dentro del protocolo los documentos o actuaciones que la Ley o el Juez ordenen protocolizar o que los interesados quieran proteger de esta manera.

7. Expedir copias o certificaciones según el caso, de los documentos que reposen en sus archivos.

Conforme a lo anterior, la Sala también ratifica su postura según la cual ninguna de las funciones que legalmente ejercen los notarios corresponden o se ubican a las que se encuentran previstas en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, que definen la autoridad civil, política o administrativa de los funcionarios públicos¹⁰.

Pues bien, el análisis del cargo desde la hermenéutica de esta Corporación en virtud de la cual se tiene que los notarios son funcionarios públicos en razón al desempeño de la función notarial, pero que no hay lugar a considerar que ejercen autoridad civil, política o administrativa, permite concluir que la prohibición que dispone el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 no se configuraría en ninguna situación ante la falta de uno de sus elementos: que el vínculo sea con una persona que es funcionario público y que en estas condiciones ejerce autoridad en los términos que requiere la norma.

Visto lo anterior, concluye también la Sala, que no está acreditado que el demandado, señor Oscar José Andrade Palacio, esté inhabilitado para inscribirse y ser elegido Diputado del Magdalena, porque su hermano en condición de Notario Unico del Municipio de Ariguaní - Magdalena, hubiera ejercido autoridad

8. *Dar testimonio escrito con fines jurídico - probatorios de los hechos percibidos por ellos dentro del ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en sus archivos.*

9. *Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la Ley civil deban otorgarse ante ellos.*

10. *Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados.*

11. *<Numeral derogado por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970.>*

12. *<Numeral derogado por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970.>*

13. *Llevar el registro del estado civil de las personas en los casos, por los sistemas y con las formalidades prescritos en la Ley.*

14. *Las demás funciones que les señalen las Leyes.”*

¹⁰ “Artículo 188: *Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:*

1. *Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.*

2. *Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.*

3. *Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.*

Artículo 189. *Autoridad política.* *Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.*

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

Artículo 190. *Dirección administrativa.* *Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales como superiores de los correspondientes servicios municipales.*

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”

administrativa o política, (como alegó el actor), en ese Municipio dentro del año anterior a la elección.

b) Inhabilidad por autoridad administrativa y política que ejerció la hermana del demandado como Coordinador, Grado 11 en la Institución Educativa Departamental Técnica Agropecuaria Benjamín Herrera de Ariguaní - Magdalena

El parentesco en segundo grado de consanguinidad entre el accionado y la señora Tomasa María Andrade Palacio (hermanos), está probado con los registros civiles de nacimiento visibles a folios 116 y 117 del expediente, en los cuales se lee que son hijos de los señores Armando Rafael Andrade Ospino y Margarita Palacio Fonseca.

En lo que respecta a los demás elementos que la Sala enlistó (acápito 5.0) y que son necesarios para que se configure la inhabilidad, la Sala encuentra que, conforme se establece en la constancia de la Secretaría de Educación Departamental de Magdalena, obrante a folio 139, la señora Tomasa María Andrade Palacio *“...ingresó a esta entidad el 17/03/1993, [y] hasta la fecha [4 de junio de 2012] desempeña el cargo de Coordinador grado 11, en el (la) Inst. Educat. Deptal. Técnica Agropecuaria Benjamín Herrera, en la ciudad de Ariguaní (El Difícil) (Mag), con tipo de nombramiento Propiedad...”*.

Ahora bien, demostrado el vínculo que señala la norma, así como los factores temporales y espaciales que la misma requiere, es indispensable verificar dos aspectos para concluir que está acreditada la inhabilidad: que la hermana del demandado se desempeñe como funcionario público y que como tal ejerza autoridad administrativa o política. Este análisis se efectuará a partir del tipo de relación legal y reglamentaria que ella tiene y considerando las obligaciones y deberes que gobiernan su labor.

La descripción sobre la significación de la modalidad administrativa de poder la contiene el artículo 190 de la Ley 136 de 1994¹¹ que dispone:

¹¹ *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*

“DIRECCION ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”

Y frente al tipo de autoridad de naturaleza política, la misma Ley en su artículo 189 la define así:

“AUTORIDAD POLITICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.
Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

El artículo 122 constitucional establece como regla de la función pública que no puede existir empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que la provisión de cargos requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal¹².

¹² El artículo de la Constitución Política dice:

“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”

Se observa entonces que la señora Tomasa María Andrade Palacio, hermana del demandado, fue vinculada a la planta de personal del Departamento del Magdalena, y según las voces del artículo 6 del Decreto 1278 de 2002¹³, el cargo de Coordinador que ocupa efectivamente está calificado como Directivo Docente. Esta situación permite concluir que no ejerce autoridad política porque no ocupa alguno de los cargos que establece la norma como aquellos en los que se ostenta ese tipo de autoridad, y que además su función se limita a “auxiliar y colaborar con el rector en las labores propias de su cargo y en las funciones de disciplina de los alumnos o en funciones académicas o curriculares no lectivas”.

Como se observa, si bien no obra en el expediente el manual de funciones del cargo, las que la norma transcrita atribuye al Coordinador, permiten concluir a la Sala que son de naturaleza académica y no administrativa o política. También la dependencia de los Jefes de Departamento y de los profesores que alegó el actor, es de este mismo carácter. Y además, el cargo carece de facultades disciplinarias sobre los docentes y de atribuciones de administración del personal pues éstas corresponden al rector¹⁴.

Así las cosas, concluye la Sala que en este evento tampoco se encuentra probado uno de los supuestos de hecho necesarios para la configuración de la causal de inhabilidad invocada por el demandante.

¹³ “ARTÍCULO 6. **Directivos docentes.** Quienes desempeñan las actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación en las instituciones educativas se denominan directivos docentes, y son responsables del funcionamiento de la organización escolar.

Los cargos de directivos docentes estatales serán: director rural de preescolar y básica primaria; rector de institución educativa en educación preescolar y básica completa y/o educación media; y coordinador.

El rector y el director rural tienen la responsabilidad de dirigir técnica, pedagógica y administrativamente la labor de un establecimiento educativo. Es una función de carácter profesional que, sobre la base de una formación y experiencia específica, se ocupa de lo atinente a la planeación, dirección, orientación, programación, administración y supervisión de la educación dentro de una institución, de sus relaciones con el entorno y los padres de familia, y que conlleva responsabilidad directa sobre el personal docente, directivo docente a su cargo, administrativo y respecto de los alumnos.

El coordinador auxilia y colabora con el rector en las labores propias de su cargo y en las funciones de disciplina de los alumnos o en funciones académicas o curriculares no lectivas.”

¹⁴ Ley 715 de 2001.

“ARTÍCULO 10. **FUNCIONES DE RECTORES O DIRECTORES.** El rector o director de las instituciones educativas públicas, que serán designados por concurso, además de las funciones señaladas en otras normas, tendrá las siguientes: (...)

10.6. Realizar el control sobre el cumplimiento de las funciones correspondientes al personal docente y administrativo y reportar las novedades e irregularidades del personal a la secretaría de educación distrital, municipal, departamental o quien haga sus veces.

10.7. Administrar el personal asignado a la institución en lo relacionado con las novedades y los permisos. (...)

10.9. Distribuir las asignaciones académicas, y demás funciones de docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo, de conformidad con las normas sobre la materia. (...)

10.11. Imponer las sanciones disciplinarias propias del sistema de control interno disciplinario de conformidad con las normas vigentes. (...)

10.16. Administrar el Fondo de Servicios Educativos y los recursos que por incentivos se le asignen, en los términos de la presente ley.”

Por último, el planteamiento del actor, según el cual tendría relevancia la supuesta injerencia por el ejercicio de autoridad de los hermanos del demandado durante su proceso de elección, con fundamento en que en el Municipio de Ariguaní el candidato Oscar José Andrade Palacio obtuvo 4383 votos, que de restarse al total de sufragios conquistados (9021), afectaría su condición de Diputado electo, no es de recibo, debido a que la causal de inhabilidad invocada se refiere a una condición del sujeto que se estructura a partir de situaciones objetivas, las cuales no se demuestran con los votos obtenidos en la elección, de manera que no se trata de una prohibición que se pueda dar por estructurada a partir del resultado de la votación.

Las anteriores son razones suficientes para concluir que se impone confirmar la decisión apelada, en cuanto negó la pretensión de anulación planteada por el actor.

De otro lado, se reconocerá personería al abogado Andrés Fabián Fuentes Torres como abogado del demandado, de conformidad con el memorial de nueva designación de apoderado judicial visible a folio 232 del expediente.

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

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de 15 de agosto de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

SEGUNDO: Reconocer personería al abogado Andrés Fabián Fuentes Torres, como apoderado del demandado, en los términos del poder obrante a folio 232 del expediente.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.
Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

L. JEANNETTE BERMUDEZ B. ALBERTO YEPES BARREIRO