

Bogotá D.C., 18 de julio de 2013
OAJ- 1883

Cite este número para información y/o respuesta
SNR2013EE019669 ✓

Doctor

RAFAEL CARMELO SUAREZ OCHOA

Notario Único de San Juan del Cesar

Carrera 6ª No. 6 - 25

San Juan del Cesar, Guajira.-

Asunto: Su derecho de petición de 15 de julio de 2013, solicitud de no retiro forzoso como Notario por cumplimiento de edad. Naturaleza de los Notarios y retiro forzoso. SNR2013ER033570.

Respetado Doctor:

Me refiero al derecho de petición del asunto con la fecha allí referida cuya copia fuera dirigida al Consejo Superior de la Carrera Notarial mediante oficio del 15 de julio de 2013 con el radicado ya señalado, conocido por esta Secretaría Técnica el día 17 de julio del año en curso por remisión de la Dirección de de gestión Notarial de esta Superintendencia de Notariado y Registro en donde solicita que "(...) mientras no sea pensionado, incluido en nómina y notificado de este hecho, no se realice nuevo nombramiento de Notario para el Círculo de San Juan del Cesar, La Guajira (...).

Debe señalarse que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, compuesto por la señora Ministra de Justicia y del Derecho, los presidentes de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, el señor Procurador General de la Nación y dos notarios, en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por el Artículo 131 de la Constitución Política, el Decreto Ley 960 de 1970, la Ley 588 de 2000, el Decreto Reglamentario 3454 de 2006, el Artículo 13 del Acuerdo 011 del 2 de diciembre de 2010, modificado por el Acuerdo 02 del 24 de enero de 2011 y los Artículos 49 y ss del Código Contencioso Administrativo, delegó mediante Acuerdo 005 de 10 de mayo de 2011 en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro y Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial, las funciones de decidir los recursos y reclamaciones contra las decisiones tomadas en las diferentes etapas, así como las peticiones en general presentadas por los participantes en el concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial; De igual manera mediante la

OAJ-1883 de 2013 - Página 1 de 16

Resolución N° 5805 del 29 de agosto 2011, fue delegada en el Secretario Técnico de dicho órgano, la representación judicial y administrativa de aquellos asuntos en los que deba intervenir o tenga interés el Consejo Superior de la Carrera Notarial, lo que fundamenta el presente escrito.

La situación de retiro forzoso de los notarios, no se circunscribe a los presupuestos esbozados por el peticionario en su escrito, como se procederá a demostrar.

La solicitud de pensión por otra parte, es irrelevante para los efectos del retiro forzoso por edad del notario, como se precisará en líneas siguientes, y tampoco es pertinente si el notario ha sido o no incluido en nómina, esto en atención a su especial naturaleza. Las normas invocadas por el señor notario, no son atinentes a su condición de particular y no presentan obligatoriedad para el gobierno nacional frente a su retiro forzoso por la especialidad de su naturaleza y las normas que regulan su ingreso y retiro de la función fedataria.

El decreto 2245 de 2012, como se explicará al detalle más adelante, presenta obligaciones para los empleadores en relación con la seguridad social, y en todo caso frente a relaciones laborales materializadas, y asimetrías de un orden que no es pertinente frente a la naturaleza del notario. Tampoco son pertinentes los pronunciamientos constitucionales invocados en tanto ninguno de ellos se ajusta a los presupuestos de la habilitación legal dada al notario en virtud de la descentralización por colaboración.

Con base en lo anterior, se precisará lo relativo a la naturaleza del notario.

Naturaleza del Notario

El régimen aplicable a los notarios está contemplado en el estatuto notarial, esto es, el Decreto 960 de 1970, así como en la ley 588 de 2000, norma que desarrolla el artículo 131 de la constitución nacional, el cual a la letra dice:

"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."

Según el Estatuto Notarial, los notarios pueden desempeñarse en propiedad, interinidad o en encargo (Artículo 145, Decreto 960 de 1970), sin embargo, sólo gozan de la estabilidad en el cargo y de los derechos de carrera, aquellos nombrados en propiedad.

El régimen de los notarios es sustancialmente único en su tipo, ya que estos **son particulares** que prestan un servicio público con ocasión al principio de descentralización por colaboración, por lo que el ingreso a la carrera y la permanencia en la misma están específicamente señalados en normas especiales, y no son de carácter laboral, puesto que no es posible establecer relación alguna de dependencia o subordinación. En lo relativo a este principio, la Corte Constitucional, en sentencia C-166 del 20 de abril de 1995, señaló:

"La presencia de organizaciones de naturaleza privada en la realización de actividades administrativas, de las cuales el Estado es titular originario, doctrinariamente es concebida como una especie de la denominada descentralización por colaboración, lo que permite afirmar sin lugar a dudas, que la función administrativa no atañe de manera exclusiva al poder público sino que también incumbe a personas privadas".

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha afirmado que los Notarios son particulares que cumplen una función pública de carácter permanente, dentro de la modalidad de descentralización por colaboración. En sentencias C-181 de 1997 M.P. Dr. Fabio Moron Diaz, C-741 de 1998 y C-399 de 1999 con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, C-1508 de 2000, C-1212 de 2001 M.P. Jaime Araujo Renteria, dicha corporación ha afirmado que los notarios son particulares en ejercicio de funciones públicas.

"La función notarial en términos generales, debe ser entendida principalmente como una función testimonial de autoridad, que implica la guarda de la fe pública, teniendo en cuenta que el notario, en virtud del servicio que presta, debe otorgar autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él, y en consecuencia, dar plena fe de los hechos que ha podido percibir en el ejercicio de tales competencias. De conformidad con la Carta, entonces, la actividad notarial es un "servicio público" confiado de manera permanente a particulares, circunstancia que hace de ésta actividad, un ejemplo claro de la llamada "descentralización por

colaboración" autorizada por la Carta en virtud de los artículos 209, 123 - inciso 3- y 365 de la Constitución"¹.

En torno a estos planteamientos jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha planteado algunas características de la actividad notarial, como "(i) un servicio público, (ii) de carácter testimonial, (iii) que apareja el ejercicio de una función pública, (iv) a cargo normalmente de los particulares, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y (v) a los cuales les otorga, la condición de autoridades"².

Dentro de este criterio se destaca lo preceptuado en la Sentencia C-093 de Marzo 10 de 1998 cuando la Corte sostuvo que en Colombia la Carta Política califica la actividad notarial como un servicio público según la ubicación del artículo 131 en el texto superior, aunado como se mencionó antes a que a criterio de la Corte esta es una de las modalidades de la aludida descentralización por colaboración, ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él, ha sido encomendada, de manera permanente a particulares.

El Notario entonces, **es un particular revestido de autoridad a quien el Estado ha confiado la importante labor de brindar seguridad jurídica a los actos, contratos, negocios jurídicos y situaciones o relaciones jurídicas de los individuos**, cuando aquello es exigido como requisito previo de solemnidad o aún a petición de parte frente a algunos negocios en que otros particulares -previo acuerdo-, así lo solicitan.

De igual manera, muchos doctrinantes sostienen la tesis de que el notariado es un servicio público de gestión privada. El Doctor Manuel Cubides Romero³, el profesor Manuel Gaona Cruz⁴, el Doctor Joaquín Caro Escallón⁵, Aldo Buenaventura y otros más⁶.

¹ Sentencia C-399 de 1999 con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, Corte Constitucional Colombiana.

² Sentencias C-1508 de 2000 y C-1212 de 2001, Corte Constitucional Colombiana.

³ Derecho Notarial y Registral. I Notariado, Pág. 163 y ss. revista de Derecho Colombiano, Año 9º, Tomo XXIII, Abril de 1971. N° 112, Págs. 364 y ss.

⁴ Estudios Constitucionales. Publicada por la Superintendencia de Notariado y Registro. 1988, Pág. 368.

⁵ Estatuto Notarial Colombiano. Editorial Temis - Librería Temis. 1980.

⁶ Manual Práctico de Derecho Notarial, publicado por el Fondo Nacional del Notariado. 1997) y Cambios y Perspectivas en el Derecho Colombiano en la Segunda Mitad del Siglo XX, Tomo II: Derecho Privado, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Editor Pedro Pablo Morcillo, La Función Notarial y de Registro en Colombia, por Cesáreo Rocha Ochoa. Págs. 405 a 422. Abril de 2.002

Existe entonces una tesis funcionarista, acogida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, de lo cual pudo vislumbrarse en las providencias emanadas del supremo órgano contencioso, aunque, de forma respetuosa debe decirse que el artículo 131 de la Carta Política se encuentra incorporado en la Constitución dentro del capítulo de la Función Pública, lo que no es argumento suficiente para que se pueda considerar al notario como un funcionario público. La propia Constitución en su artículo 123, también en el capítulo de la Función Pública, determina que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y por último remata señalando que la ley determinará el régimen aplicable a los **particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas** y regulará su ejercicio, verbigracia: Los notarios.

También es preciso señalar que, desde que se les fijó a los notarios el pago de un aporte como tributación especial con destino a la administración de justicia, el Gobierno y el legislador tuvieron la convicción de que el notario es un particular que cumple funciones públicas, sin ser funcionario -o empleado- público, pues de otra forma no se le podría imponer una obligación fiscal de carácter permanente, por expresa determinación legal, como se constituye el pago de una contribución especial a la administración de justicia, que de ninguna manera podría estar a cargo de un funcionario público, porque siendo estos últimos pagados con dineros de la nación, el Estado estaría gravando sus propios recursos.

Lo anterior quiere decir que los dineros que recibe el notario como retribución por el ejercicio de su función, provienen de los usuarios del servicio, emolumentos que lógicamente no salen del presupuesto nacional, como ocurriría si fueran empleados públicos.

Los subsidios notariales pagados a los notarios con insuficientes recursos tampoco provienen del erario público, sino del fondo de manejo de cuentas de los notarios el cual fue creado por disposición de la Ley desde el mismo momento en que se reguló el notariado (año de 1970), pero que ha sido finalmente regulado mediante los decretos 1672 de 1997, 1890 de 1999 y 2245 de 2000. Es preciso reiterar que los notarios que tengan a su cargo una notaría rentable en términos de ingresos, debe aportar al fondo antes mencionado, con el cual se desembolsan los subsidios a los notarios con insuficientes recursos, lo que como ya se mencionó no proviene del presupuesto nacional, desvirtuando cualquier relación de subordinación con el Estado. Al respecto es del caso resaltar que la

a

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto emitido el 24 de Octubre de 1996 expresó sobre el tema:

"Los dineros recibidos de los particulares por concepto de servicios notariales no tienen el carácter de públicos, por cuanto no llegan a formar parte de los bienes o fondos de la Nación".

También está definido que las actuaciones de los notarios no son actos administrativos. Evidentemente, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación, mediante sentencia de Febrero 8 de 1.996 reiteró su naturaleza como particulares al manifestar:

"(...) bueno es recordar que la función notarial, si bien es pública, no pertenece al poder público ya que esta clase de 'servicio' permite su prestación por parte de los particulares, distinguiéndose por ende de las funciones intrínsecas de ese poder público y se ubica, luego, en condición de actividad privada regulada y protegida por la ley".

Debe destacarse que el trámite notarial no es de naturaleza procesal y al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-093 del 18 de Marzo de 1998, determinó:

"Resulta claro entonces que la función notarial no está precedida de jurisdicción, entendida esta como la potestad para administrar justicia o decidir el derecho mediante sentencia, luego de un proceso previamente establecido y con observancia de los requisitos, exigencias y garantías propias del debido proceso, reconocidos en la Constitución Política (art. 29) y en la ley".

Con fundamento en la ley y en la jurisprudencia, el notario presta un servicio público y desempeña una función pública, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración tal como lo señalan las normas antes transcritas. Como particular **no es un agente del Estado**, tampoco pertenece a la rama ejecutiva del poder público, y por lo tanto, no es posible su asimilación a normas relativas a servidores o empleados públicos, **como tampoco aquellas que tienen que ver con la relación de carácter laboral basada en contrato de trabajo.**

Otros particulares en desarrollo del principio de descentralización por colaboración prestan servicios que les son remunerados directamente por los usuarios de los mismos, solo que en estos casos la habilitación la da el Estado para personas jurídicas y no naturales.

OAJ-1883 de 2013 - Página 6 de 16



La Ley determina los servicios que pueden prestarse y en qué sentido debe estar regulado como servicio público que es, tanto así que se establece la vigilancia a cargo de la Superintendencia de Notariado y Registro (así como existen otras superintendencias que vigilan otros servicios y funciones públicas).

Lo siguiente es entonces hacer el correspondiente análisis a la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional, pues esta es la que toma como considerando el Decreto que el peticionario considera se aplica a los notarios.

Sentencia C-1037 de 2003, de la Corte Constitucional

Debe precisarse que la Corte hace una interpretación que parte de la existencia de una relación laboral, es decir, en la que exista dependencia o subordinación y en virtud de la cual, con intermediación de un contrato de trabajo, exista una solución de continuidad, lo cual no es dable a los notarios en su calidad de particulares como se explicará más adelante. Para ilustrar mejor esto, se harán las referencias completas correspondientes a la *ratio decidendi* de esta sentencia:

"El Legislador puede establecer causales adicionales a las previstas en la Constitución para terminar una relación laboral"

4.- Respecto a la terminación de la relación laboral de servidores públicos y de trabajadores particulares, la Constitución no le indica ninguna pauta o restricción al Legislador para el establecimiento de las causales para la procedencia de dicha terminación. En relación con los primeros, la Carta sólo precisa que el retiro del servicio se hará "*por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley*" (art. 125). En cuanto a los segundos, el artículo 53 Superior al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, no instituye ningún principio al que tenga que sujetarse el Legislador para establecer las causales de terminación de la relación laboral privada.

En ese sentido, el Constituyente deja librado al Congreso un gran espacio de configuración legislativa para implantar las mencionadas causales, al no establecer directrices específicas para desarrollar esa materia. Empero, esa autorización no debe entenderse como una habilitación para que desconozca derechos, principios y valores reconocidos por la propia Carta Política, debido a que estos sirven de fundamento y de límite a toda la actividad legislativa. Así, deberá tenerse en cuenta que la ley no puede menoscabar

1

la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, según lo preceptuado en el artículo 53 citado". (Negrita con subraya, fuera del texto original).

Nótese que la Corte Constitucional se refiere a los servidores públicos y trabajadores oficiales en los mismos términos del artículo 125 constitucional al cual acude, y presupone como se dijo el establecimiento de relaciones de orden laboral, las cuales por principio requieren de una subordinación y dependencia que contradicen la independencia propia de los notarios, en relación no solo con el desempeño de la función pública que se les ha entregado como particulares en desarrollo del principio de descentralización por colaboración -como ya se explicó-, sino también en virtud de la naturaleza de los dineros que reciben directamente de parte de los usuarios que acuden a sus servicios.

7.- El cargo de inconstitucionalidad formulado por el actor contra el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 está fundado en el argumento de que el Legislador quebrantó la libertad laboral, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, la favorabilidad y "la primacía de la realidad sobre las formalidades de las disposiciones legales" de las personas titulares de relaciones laborales públicas o privadas, al permitir que puedan ser retirados del servicio al cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión, y al facultar al empleador terminar la relación laboral cuando sea reconocida o notificada la pensión, así como, también, al facultarlo para solicitar el reconocimiento de la misma a nombre del empleado.

La Corte no comparte ese argumento, pues no tiene respaldo constitucional alguno. Así, el mismo Constituyente facultó al Legislador para que estableciera causales adicionales a las reguñadas directamente por la Constitución para el retiro del servicio de los empleados públicos.

En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el párrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros

efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan. (Subraya y negritas fuera del texto original).

En estos numerales la Corte continua haciendo precisión sobre la pertinencia y adecuación constitucional del término legal establecido para la continuidad de la relación laboral de servidores públicos en su calidad de empleados y trabajadores, así como de los privados, guardando relación conceptual constantemente con el hecho de existir la relación laboral a la que tantas veces hace alusión, como se verá posteriormente la naturaleza jurídica del notario no permite predicar la existencia de relación laboral alguna.

En líneas siguientes de la providencia estudiada, la Corte Constitucional continua haciendo un recuento de la pertinencia de la edad de retiro forzoso para los servidores públicos en el entendido de quienes pertenecen a carrera administrativa y son o aspiran a ser "(...) trabajadores al servicio del Estado (...)", refiriéndose también al "empleo público, lo cual no es atinente a la naturaleza jurídica del notario.

"9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte:

"4. A juicio de la Corte, la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P.,

Q

artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual "el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar" que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de "dar pleno empleo a los recursos humanos" (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades.

"De igual modo, la fijación legal de la edad de 65 años como razón suficiente para el retiro forzoso de cargos públicos sometidos al **régimen de carrera administrativa**, no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital (C.P., artículo 1º). En efecto, la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental"⁵. (Negrita fuera de texto original).

Debe tenerse en cuenta también que el aparte demandado en acción pública de inconstitucionalidad, perteneciente a la Ley 797 de 2003, se refiere a la "(...) justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria (...), la cual se reitera es inexistente en el caso de los notarios por las razones ya dilucidadas y las demás que se traerán a colación en cuanto a la naturaleza del notario, no puede predicarse una relación legal o reglamentaria con el Estado para la búsqueda de protección especial, al no existir la asimetría contractual que está presente cuando la Corte contempla un régimen especial de protección para quienes en virtud de una relación laboral son retirados por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

"11.- La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2º de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la "efectividad de los derechos", en este caso del **empleado, público o privado**, retirado del servicio asegurándole la "remuneración vital" que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este

OAJ-1883 de 2013 - Página 10 de 16



caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas de pensionados correspondiente.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la **relación laboral** y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2º y 5º). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan **del tesoro público** (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la **vinculación laboral**". (Negrita fuera de texto).

Lo anterior se concreta en el *desicim* de la sentencia, cuando se profiere una orden de carácter aditivo frente a la norma de cuya constitucionalidad se hizo examen:

"Declarar **EXEQUIBLE** el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la **relación laboral** sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente". (Negrita con subraya, fuera del texto original).

Para darle alcance a lo precisado, es necesario determinar los alcances y obligatoriedad de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional:

Reglas de aplicación de precedente jurisprudencial

Para apoyar lo argumentado anteriormente, es necesario hacer precisión sobre los fallos constitucionales; los mismos, deben ser cumplidos integralmente, y tendiendo a si de ellos se desprende precedente de aplicación obligatoria o no, al respecto la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha dicho que son de obligatorio cumplimiento las sentencias de constitucionalidad (marcadas "C"), y que en el caso de las de revisión de tutela (precedidas de una "T") tan solo constituye precedente la *ratio decidendi* (razón de decidir), la cual se constituye en la formulación del principio, regla o razón fundante para la decisión judicial, lo cual es en esencia el juicio de tipo lógico con arreglo a la disciplina jurídica, sustento de la decisión, pero que también presenta consideraciones más allá de lo relativo al caso estudiado.

"(...) la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica.

Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y es la siguiente: los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta". (Corte Constitucional en la Sentencia SU-047 de 1999).

El *obiter dictum* se compone por otro lado de las reflexiones de otro tipo y criterios auxiliares que usa el juez como ayuda para fallar y que dependen de su conocimiento y prestigio, estas, no son vinculantes.

La parte resolutive o *desicum*, es la determinación adoptada por el fallador frente a lo puesto en consideración en la *litis*, por tanto sus efectos son inter partes en el caso de las sentencias de Tutela, o tienen efectos específicos según como lo determine el supremo juez en el momento.

OAJ-1883 de 2013 - Página 12 de 16



Valga la ocasión para precisar que las sentencias de los jueces de tutela, sea la primera o segunda instancia, solo tienen efectos inter partes, con lo que lo invocado y que fuera fallado por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su papel de juez constitucional, no es pertinente para el caso y no presta ninguna obligatoriedad.

Sobre el Decreto 2245 del 31 de Octubre de 2012

Habida cuenta de todo lo anterior y luego de expuestas las particularidades del notario, su régimen especial y como no es dable predicar relación laboral alguna en términos de la Sentencia C-1037 de 2003, a continuación se hacen las consideraciones del caso relativas al decreto 2245 de 2012:

1. El decreto analizado fue expedido a iniciativa del Ministerio del Trabajo, el cual funcionalmente no tiene injerencia en el régimen de ingreso a la carrera notarial, como tampoco a la función desempeñada por estos particulares.
2. Este acto administrativo de carácter regulatorio apunta a el inciso primero del parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y adicionado por la Sentencia C-1037 de 2003, normas que tampoco tienen que ver con los notarios, puesto que se refieren a relaciones laborales en el marco de contratos públicos o privados, o relaciones reglamentarias que presenten una asimetría que haga necesario la protección especial de un empleado público o privado.
3. Por especialidad, estas normas no pueden hacerse análogas a los notarios, quienes tienen su régimen específico en el Decreto Ley 960 de 1970 y sus decretos reglamentarios 2148 de 1983 y 3047 de 1989.
4. El gobierno nacional dentro de los considerandos del decreto, trae a colación la Sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003: "... siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la **relación laboral** sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente." (Negrita fuera de texto), sentencia en que debe tenerse en cuenta que el aparte demandado en acción

9

pública de inconstitucionalidad, pertenece a la Ley 797 de 2003, y se refiere a la "(...) justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria (...), la cual es inexistente en el caso de los notarios en su condición de particulares que cumplen función pública permanente en desarrollo de la descentralización por colaboración, no puede entonces predicarse una relación legal o reglamentaria con el Estado para la búsqueda de protección especial, al no existir la asimetría contractual que está presente cuando la Corte contempla un régimen especial de protección para quienes en virtud de una relación laboral son retirados por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

5. Continúa el decreto en sus consideraciones refiriéndose a que: "(...) previamente a producirse la desvinculación del trabajador tanto del sector público, como del sector privado, debe garantizarse que no haya solución de continuidad entre la fecha del retiro y la fecha en que efectivamente se comienza a disfrutar de la pensión" lo que sigue la unidad de materia en esta norma regulatoria en cuanto a su aplicación relativa a los trabajadores.

Luego se expresa "(...) para poder incluir en la nómina de pensionados, es necesario contar con la certeza de la fecha a partir de la cual se producirá la **desvinculación laboral definitiva**, de tal forma que se garantice la no solución de continuidad entre la fecha de terminación del **vínculo laboral** y la inclusión en nómina general de pensionados" (Negrita fuera de texto original), lo cual sigue en la misma línea de lo expuesto anteriormente.

6. El objeto y ámbito de aplicación del decreto, apunta al "trabajador del sector público o privado", así como "a los empleadores de los sectores público y privado". Esto es fundamental puesto que específicamente la regulación se refiere a los empleados públicos y privados, al igual que a sus empleadores, lo que va en perfecta armonía con todo lo expuesto. Aplicar este decreto a los notarios sería un abuso de la potestad reglamentaria del Estado.

7. Por último, el trámite frente a estos trabajadores, se refiere nuevamente al empleador (artículo 3, literal a), al igual que cuando establece obligaciones para la administradora o entidad encargada de la pensión, de que le comunique al

empleador, lo cual es inoperante y como pudo desprenderse de lo analizado, no le es aplicable de ninguna forma a los notarios.

Conclusión

Es pertinente traer a colación el fallo proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 27 de febrero de 2013 proceso 01729-01:

"Por otro lado, respecto del argumento impugnatorio expresado por el Ministerio de Justicia y del Derecho referente a la inaplicabilidad de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 2245 de 2012, es oportuno precisar que si bien estas disposiciones no son aplicables al caso particular, resulta obvio que si la competencia para designar notarios de primera categoría es exclusiva del Gobierno Nacional, es claro que como suprema autoridad administrativa, debe tomar todas las previsiones que se acostumbran en estos casos, como la de preparar al servidor para el retiro del servicio, indicándole los procedimientos que debe seguir y comunicar a las autoridades de previsión la ocurrencia de tal hecho." (Subraya fuera de texto original)

Frente a este tema se considera que se debe cumplir la Ley en su completo sentido, con lo cual cada notario puede acudir a las diferentes autoridades en el caso en que particularmente su situación este especialmente circunscrita dentro de uno de los ámbitos de protección constitucional, en donde claramente los supuestos de la Sentencia C-1037 de 2003, no caben.

Las situaciones con que se pretende sustentar la solicitud y por lo tanto no ser retirado del cargo, no son óbice para la perpetuidad en el mismo y respetuosamente se considera que la situación del peticionario escapa a los presupuestos de la ley (constitución y jurisprudencia obligatoria), en tanto la habilitación legal para el cargo va desde el ingreso a la carrera notarial hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, lo cual conocía en su calidad de notario, puesto que su permanencia en el cargo estaba condicionada precisamente al cumplimiento de la edad de retiro.

En merito de lo expuesto es preciso reiterar que **el cargo del Notario NO SUPONE UN EMPLEO, sino una dignidad -autoridad- o un oficio -servicio prestado-**; la regulación anotada no corresponde a los notarios y no puede hacerse análoga a estos puesto que corresponde a servidores -y empleados- públicos, así como a trabajadores oficiales y privados frente a los que medie una relación laboral. Los notarios son particulares que reciben dinero de los usuarios del servicio público que prestan, con lo que tienen obligación de tributar (e

incluso de prestar recaudos como los necesarios para constituir el fondo con el cual luego se les pagan los subsidios a quienes reportan insuficientes ingresos) y en términos generales podría decirse que son sus propios empleadores.

Se reitera también que los notarios no tienen relación laboral alguna frente a la cual puedan circunscribirse a los presupuestos del decreto analizado, con independencia a que el servicio prestado en desarrollo de la descentralización por colaboración implique un control estatal (todos los servicios públicos lo tienen, aún los prestados por sociedades comerciales y civiles), esto no es suficiente para que de plano se establezca una relación con el Estado que obligue al mismo a sostener en el desempeño de esas funciones a estos particulares, cuando previo al ingreso y nombramiento en propiedad, deben conocer las normas que en virtud del principio de especialidad de la ley, establecen un sentido claro para adquirir la facultad o habilitación legal para prestar ejercer la función notarial, como también un régimen especial para el retiro, ajeno totalmente al de sistemas de carrera atinentes a los órganos y entidades del Estado y por tanto a quienes tienen realmente una relación con el mismo.

Por lo anterior esta Secretaría Técnica considera que la solicitud contenida en el derecho de petición analizado no es procedente, y debe acotarse que cada notario tiene la obligación de proceder como particular a gestionar los trámites propios para lograr su pensión, lo que en nada afecta el retiro forzoso previsto en la ley. Copia del presente oficio será remitido a la Gobernación del departamento de la Guajira para lo de su competencia.

Atentamente;

MARCOS JAHER PARRA OVIEDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Secretario Técnico Consejo Superior

Respetable juez

CC. Gobernación de la Guajira

OAJ-1883 de 2013 - Página 16 de 16

