

Bogotá D.C., 27 de mayo de 2013
OAJ 1259
SNR2013EE014228

Señor
Huber López Merchán
Diag. 45 d n.º 20 – 62 apto 101
Bogotá

COMUNICACION
RECIBIDA

13 MAY 29 PM 2:49

SNR
SUPERINTENDENCIA
DE NOTARIADO
& REGISTRO
La guarda de la fe pública

ASUNTO: régimen laboral de los empleados de las notarías

En atención a su escrito con radicado SNR2013ER017419, mediante el cual realiza una serie de preguntas relacionadas con los empleados de las notarías y su régimen o naturaleza jurídica, así como algunas situaciones de carácter laboral y prestacional, le manifiesto que esta oficina no es competente para resolver asuntos particulares, por lo que se pronunciara de manera general sobre el tema consultado, advirtiendo, que en nuestro sentir, es la oficina jurídica del Ministerio del Trabajo la más autorizada para absolver estas inquietudes, toda vez que a la Superintendencia le corresponde es orientar, ejercer la vigilancia, inspección y control en lo que respecta con el desempeño de la función y prestación del servicio público notarial, siendo los temas consultados, ajenos a esta materia.

A fin de que se realice su consulta, le indicamos el siguiente desarrollo normativo¹:

> **Ley 6ª de 1945**, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo, estableció:

Art. 27º.- No son empleados públicos sino empleados particulares los de los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos; éstos responderán de las prestaciones que se causen durante sus periodos respectivos, y deberán cancelarlas, inclusive la cesantía, al dejar el cargo. Para garantizar el pago de estas prestaciones, darán caución suficiente al posesionarse. // ...”

Código sustantivo del trabajo, adoptado por el decreto ley 2663 de 1950

Art. 99. Hay contrato de trabajo entre los trabajadores de las Notarías Públicas y Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados y los Notarios y registradores. Estos trabajadores se consideran como particulares.

Decreto Legislativo 059 de 1957, por el cual se afilian los Notarios y Registradores a la Caja Nacional de Previsión:

Art. 1o. A partir del primero (1o.) de julio del año en curso, los Notarios y Registradores y sus subalternos de carácter permanente, serán afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión.

Se advierte que esta relación no incluye análisis de vigencia



Dicha Caja responderá por las prestaciones sociales y derechos de estos funcionarios de tal fecha en adelante.

Art. 2o. Los Notarios y Registradores procederán a liquidar, definitivamente, las prestaciones sociales a que tengan derecho sus empleados, en treinta de junio del año en curso.

Art. 3o. A los empleados subalternos de carácter permanente de las Notarías (...) se les liquidarán las cuotas de afiliación y los aportes mensuales para la Caja Nacional de Previsión con base en las nóminas (...). //

Ley 156 de 1959, inciso 1º y 3º del artículo 1º, dispuso:

Art. 1º.- Los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, tanto principales como suplentes, serán nombrados por...

...
Los empleados subalternos de dichos funcionarios son empleados privados.

Ley 1a. de 1962, determinó:

Art. 11.- Los empleados de las Notarías y Oficinas de Registro; además de las prestaciones que reciban de la Caja Nacional de Previsión, tendrán derecho a la prima de navidad, a quince (15) días hábiles de vacaciones remuneradas por cada año completo de servicios, y a los subsidios establecidos o que se establezcan para los empleados particulares.

Art. 12.- El pago de los salarios de los empleados subalternos (...) de Notarios y Registradores se hará por tales funcionarios tomándolo de los recaudos que perciban del público por concepto de los derechos autorizados por la ley.

Decreto reglamentario 1366 de 1962, prescribió:

Art. 20.-... Las prestaciones que no paga la citada Caja serán de cargo de los respectivos Notarios y Registradores.

Decreto ley 2163 de 1970, por el cual se oficializó el servicio de notariado (artículos derogados por la ley 29 de 1973), dijo

Art. 1º.- El notariado es un servicio público a cargo de la Nación, que se presta por funcionarios públicos, (...) para los fines y con los efectos consagrados en la ley.

Art. 2o. Los Notarios son funcionarios públicos nacionales (...)

Art. 16.- Los subalternos de las notarías son empleados públicos y serán designados por los respectivos notarios.

Ley 29 de 1973, por la cual se crea el Fondo... y se dictan otras disposiciones.

Art. 3o. Los Notarios crearán bajo su responsabilidad, los empleos que requiera el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo (...).

Art. 4o. El pago de las asignaciones de los empleados subalternos de los Notarios, (...) se hará por tales funcionarios de los recursos que perciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales que autoriza la Ley.

Decreto reglamentario 27 de 1974, por el cual se organiza el Fondo... establece:

Art. 19. Los empleos que creen bajo su responsabilidad los Notarios y que requiera el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo, serán remunerados por ellos, con sujeción a las leyes laborales y consultando los principios de justicia y de equidad.
(...)

Art. 20. Los Notarios deberán afiliar a sus empleados a las entidades de seguridad o previsión social que determinen las Leyes, y en el evento de no cumplir con este mandato, serán de su cargo las prestaciones respectivas, (...).

Art. 21. Dentro de los primeros quince (15) días de cada mes, los Notarios deberán remitir (...) a las entidades de seguridad o previsión social, los recaudos, aportes y cuotas, según el caso, correspondientes al mes inmediatamente anterior.
(...)

Art. 22. (...) dentro del mismo término a que se refiere el artículo anterior, los Notarios enviarán a la Superintendencia (...) certificados suyos sobre los siguientes hechos: //

b). el cumplimiento de sus obligaciones para con (...) las entidades de seguridad o previsión social, sus empleados subalternos y las demás que les impongan las Leyes. // (...).

Decreto reglamentario 2148 de 1983, prescribe:

Art. 118.- Bajo su responsabilidad el notario podrá crear los empleos que requiera el eficaz funcionamiento de la oficina a su cargo, tendrá especial cuidado en la selección de los empleados, velará por su capacitación y por el buen desempeño de sus funciones y cumplirá las obligaciones que para con sus subalternos le señalan las normas legales".

Art. 121.- Dentro del ejercicio de sus funciones el notario responderá además:

b) Por las cuotas y aportes que por ley deba pagar por él y por sus empleados a las instituciones de seguridad social y demás entidades oficiales" —se subraya—

Ley 86 de 1988, por medio de la cual se crea el Fondo (...) Fonprenor²...

Art. 7o. Patrimonio. El patrimonio del Fondo estará constituido:

e). Por los aportes por concepto de cuotas patronales que deben hacer los Notarios que tengan empleados a su servicio y que corresponden (...).

f). Por el valor de las cuotas de filiación (...). Los Notarios pagarán la tercera parte del primer ingreso líquido mensual y la misma proporción de todo aumento de éste.

g). Por los aportes por concepto de cuota periódica que deben hacer los Notarios (...) y los de los empleados subalternos de las Notarías (...).

² Con el decreto ley 1668 de 1997, se suprimió y liquidó el citado Fondo

h). Por los aportes con destino al pago de cesantías de los Notarios y de los empleados subalternos de notaría y que girarán los Notarios mensualmente al Fondo, (...).

Art. 14. La Caja Nacional de Previsión Social continuará prestando los servicios y pagando las prestaciones de los (...) Notarios y empleados de los Notarios, hasta tanto las autoridades previstas en esta Ley, hayan expedido y aprobado, según el caso, los estatutos, la planta de personal y el presupuesto del Fondo (...) momento en el cual automáticamente quedará cancelada la afiliación de los funcionarios a la Caja Nacional de Previsión Social.

Decreto reglamentario 508 de 1989, prescribe:

Art. 1º. //...

Para todos los efectos de la ley 86 de 1988, y de las disposiciones que la reglamentan o desarrollen, se entiende, de conformidad con el artículo 3º de la ley 29 de 1973, que son empleados de los notarios todos los que bajo su responsabilidad ejercen los empleos que requiera el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo.

(...)

Constitución Política

Art. 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 notarias, con destino a la administración de justicia.

(...). (Negrillas y subrayado nuestro).

Consideraciones de la oficina

1.- Conforme a las normas citadas, es fácil concluir que los empleados de las notarias, siempre han sido considerados particulares, toda vez que son contratados directamente por el notario —persona natural— bajo su responsabilidad y asumen las obligaciones laborales que “le señalan las normas legales”, por tanto, es él quien les paga sus salarios y prestaciones sociales conforme al código sustantivo del trabajo, así mismo, debe responder por su afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social como empleador que es de éstos, por lo tanto, es la persona empleadora la que responderá frente a cualquier incumplimiento de la relación laboral y de seguridad social, y en caso de controversia, será la justicia laboral ordinaria la que le compete dirimir estos conflictos.

Como se puede observar, de las disposiciones enunciadas, sólo el decreto ley 2163 de 1970, que oficializó el servicio de notariado, le dio la calidad de empleados públicos a los subalternos del notario, aunque “las asignaciones y el bienestar social” de los mismos eran sufragados con los ingresos recibidos por los derechos o emolumentos notariales. Es de anotar, que la vigencia de este decreto fue muy corta, por cuanto fue derogado expresamente por el artículo 22 de la ley 29 de 1973.

Cabe destacar, que las mencionadas disposiciones imponen al notario el pago de las obligaciones laborales, los cuales deben sufragar con los recursos que perciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales.

2.- En lo que respecta a la seguridad social, considera esta oficina, que la situación jurídica siempre ha sido clara, ya que desde la expedición del decreto legislativo 059 de 1957, tanto el notario como sus empleados fueron afiliados forzosos de la Caja Nacional de previsión social -Cajanal-, por lo tanto, beneficiarios de las prestaciones sociales que ésta entidad ofrecía a los empleados públicos, es decir, las pensiones de jubilación e invalidez, eran reconocidas a estos afiliados en los mismos términos legales que a los empleados públicos.

Los notarios y sus empleados fueron afiliados forzosos de Cajanal, hasta el 31 de enero de 1994, fecha a partir de la cual, la mayoría pasaron a cotizar al Fondo de Previsión social de Notariado y Registro -FONPRENOR-, quien recibió aportes por concepto de pensiones hasta el 30 de noviembre de 1997, tal como lo ordenó el decreto ley 1668 y el reglamentario 1986 de 1997, que estableció su liquidación.

Cabe advertir, que a partir de la vigencia del régimen de pensión (1° de abril de 1994) consagrado en la ley 100 de 1993, tanto los notarios como sus empleados, eran libres de afiliarse al fondo de pensiones y la EPS que escogieran, por lo que no existía la obligatoriedad de seguir afiliados a FONPRENOR, así como tampoco éste podía recibir más afiliados (personal nuevo), por ello será necesario indagar con este personal acerca de la situación anotada.

Lo anterior significa, que las pensiones de jubilación de este personal están a cargo o han sido reconocidas por la Caja nacional o por FONPRENOR, según los lineamientos dados por el decreto 2527 de 2000 (antes los D.R. 692 y 813 de 1994 y 1068/95), o tienen el derecho al bono pensional o la cuota parte, para aquellos que fueron afiliados a estas Cajas (antes de diciembre de 1997) y deban ser pensionados por otros fondos o cajas, siempre que sus empleadores -los notarios- hubiesen pagado los aportes determinados por las normas arriba citadas.

3.- En cuanto a las cesantías, tal como como fue reseñado en las normas citadas, estaban hasta el 31 de diciembre de 1984, a cargo de la Caja Nacional, y que por expreso mandato del artículo 7° de la ley 33 de 1985, se dispuso, que a partir del 1o. de enero de 1985, las entidades [y notarios] que pagaban cesantías a través de ésta, asumirían directamente el pago de dicha prestación, advirtiendo, que la misma, las pagarían "hasta concurrencia del valor de las transferencias que éstas hubieren efectuado". Agregó, que a partir de esa fecha, la liquidación y el pago de las cesantías se regirían por las normas del decreto extraordinario 3118 de 1968.

Pese a que la ley 86 de 1988 y sus decretos reglamentarios, consagraba como una de las prestaciones a cargo de FONPRENOR, el pago de cesantías de ese personal, éste fondo nunca recibió aportes por este concepto, correspondiéndole a cada notario, el pago directo de las mismas dentro de los términos del código sustantivo del trabajo y después conforme a la ley 50 de 1990. Aquél Fondo sólo puso en funcionamiento los servicios de salud, pensiones y concesión de créditos de vivienda, lo que ocurrió a partir de 1994 hasta su liquidación en diciembre de 1997(ver art. 2° del decreto 2604 del 23-12-1993).

De acuerdo a lo anterior, desde el año 1985 el notario empleador, es quien responde por las cesantías de sus empleados, y desde siempre, integralmente por los salarios y prestaciones sociales "que se causen durante sus períodos

respectivos y deben pagarlas completamente al dejar sus cargos".

2.- En cuanto al desarrollo jurisprudencial, se observa con más contundencia, que a partir de la constitución política de 1991, ésta le ha dado el carácter de particular tanto a los notarios como a sus empleados, ya que los considera colaboradores de la administración pública, "que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración" (Sentencia C-1212/01; otras sentencias son la C-286/96, C-181/97, C-741/98, T-683/98, C-399/09, C-1508/00).

Sin embargo, el tema no ha sido uniforme por cuanto encontramos algunos pronunciamientos, ab initio, que al igual que los notarios, fueron considerados empleados públicos, basados en que los recursos que reciben de los usuarios son fondos públicos y/o porque éstos tenían en materia de seguridad social los mismos beneficios que aquéllos.

Por ejemplo, la sala de consulta y servicio del Consejo de Estado, al absolver una consulta en 1976³, acerca de si los empleados de las notarías eran trabajadores oficiales, empleados públicos o particulares, se inclinó porque eran públicos, para lo cual partió de la idea de que el notario también lo era, que eran afiliados forzosos de Cajanal al igual que los demás servidores públicos y que en ese sentido tenían los mismos beneficios. Para ese mismo año, la sección segunda dijo en sentencia del 5 de octubre⁴, al resolver una demanda de pensión de jubilación de un ex empleado de notaría, que éstos ostentaban el carácter de particulares, por lo que se podía demostrar el vínculo laboral mediante testimonio, en el supuesto de un contrato verbal, lo que no ocurre con los servidores públicos que requieren de un acto administrativo y sin la formalidad o sin el ritual:

(...) es preciso tener en cuenta que la Ley 6ª de 1945 que constituye uno de los estatutos más completos en relación con el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, establecía que los funcionarios subalternos de los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, eran empleados particulares y de ahí que aquéllos debían responder de las prestaciones que se causaran durante sus respectivos periodos. Del mismo modo, el artículo 100 del Código Sustantivo del Trabajo, determinó que "hay contrato de trabajo entre los trabajadores de las Notarías Públicas y Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y los Notarios y Registradores", considerando a estos trabajadores como particulares.

... no obstante el carácter inicial de particulares de los empleados subalternos de las Notarías y Registradurías, es natural que de conformidad con las normas antes mencionadas, gozan de los beneficios sociales de que disfrutaban los funcionarios públicos, como afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión, dentro de los cuales se encuentran aquéllos que se hallaban en el ejercicio del cargo cuando comenzó a regir el Decreto número 059 de 1957.

[...] en fallo del 15 de junio de 1973, sostuvo:

Los empleados subalternos de las Notarías y Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados eran considerados por la ley 'empleados particulares' de cuyas prestaciones sociales respondían los titulares de aquellos cargos durante su respectivo periodo, y debían cancelarlás al dejar el empleo (Ley 6ª de 1945, artículo 27). O

³ Concepto n.º 1046 del 09-03-1976, C. P. Luis Carlos Sachica.

⁴ Sección segunda, C.P.: Alvaro Orejuela Gomez, rad. 3121



empleados privados serán la expresión del artículo 100 del Código Sustantivo del Trabajo.

El artículo 5º del Decreto 059 de 1957 creó a su favor el derecho que para efectos de jubilación se acumulara el tiempo servido, siempre que se tratara de empleados permanentes y que actualmente se encuentren en ejercicio del cargo⁵.

El criterio jurisprudencia actual, se encuentra en la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2003, de la sección segunda - subsección "B" del Consejo de Estado⁵, la cual declaró la nulidad procesal, por cuanto la competencia para resolver las controversias suscitadas entre el notario y su empleado, le corresponde a la justicia laboral ordinaria, por tratarse de particulares regidos por el código sustantivo del trabajo. Por su relevancia, se transcriben apartes:

1º.) Régimen Jurídico.

Advierte la Sala que no ha existido un régimen especial para esta clase de empleados, ni siquiera con posterioridad a la Carta Constitucional de 1991 que en el artículo 131 consagra la obligación del legislador de reglamentar, entre otros, el régimen laboral de los empleados de las notarias, el cual no ha sido expedido.

(...)

De conformidad con las disposiciones trascritas, la Sala concluye que desde la ley 6ª de 1945 y hasta la fecha, el legislador determinó expresamente que los empleados de las notarias son empleados particulares; calidad reiterada por la ley 156 de 1959; condición también desprendida de la ley 6ª de 1962 al equipararlos a los empleados particulares al otorgarles los subsidios que la ley establece para estos, que tienen derecho a vacaciones, a prima de navidad y al pago de las prestaciones por parte de la Caja o en su defecto por parte del Notario; que son responsabilidad del notario los empleos que cree para el servicio a su cargo y pagará la correspondiente asignación de los recursos que perciba de los usuarios por concepto de los derechos notariales que autoriza la ley.

Destaca la Sala como la ley 6ª de 1945 determinó la condición de empleados particulares tanto para los empleados de los Notarios como para los empleados de los Registradores de Instrumentos Públicos; mientras la legislación más reciente conserva tal condición solo para los empleados de los Notarios como se deduce de la ley 86 de 1988 al mantener a cargo del Notario sus obligaciones patronales, (...).

2º.) Posición jurisprudencial.

De la Corte constitucional. Al resolver la demanda de inexecutableidad del artículo 2 (parcial) del decreto 960 de 1970, en la sentencia C-181/97, Consideró:

Es oportuno reiterar, en esta oportunidad, que en la Constitución Política se encuentra la autorización para que el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios de esa misma naturaleza sea confiado a particulares.

(...)

El artículo 131 de la Carta Política instituye la función notarial como un servicio público en el que se advierte una de las modalidades de la aludida descentralización por colaboración, ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él

⁵ Rad. 50422-23-31-000-1996-0631-01(2158-01), C. P.: Tarsicio Cáceres Toro

ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares, en lo cual la Corte no ha hallado motivos de inconstitucionalidad.

Ahora bien, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (artículos 365, 366 y 2 de la C.P.).

De la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, en sentencia 12.191 de abril 25 de 2002, al desatar el recurso de casación en un cargo de falsedad en documento público en que uno de los acusados alegaba la condición de particular, expresó:

“El abogado incurre en la equivocación de confundir la naturaleza jurídica del empleo del procesado con la función desempeñada a través del mismo. Ciertamente la vinculación del empleado de una notaría no es con el Estado y que en esa medida, para efectos laborales, su relación con el empleador, que es el notario, se rige por las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Es cierto, entonces, desde la perspectiva laboral, que el empleado notarial es un particular. Pero si se tiene en cuenta que las notarías prestan un servicio público de manera permanente (C.N., art. 131), es claro que los empleados notariales son servidores públicos en los términos de la ley penal y en consecuencia cometen delitos funcionales, como sucedió en el caso sometido a la consideración de la Corte (las negrillas son del texto).
(...)

3°. Naturaleza jurídica de los empleados de los notarios.

Concluye la Sala que en los términos legales y jurisprudenciales anotados, los empleados de las notarías son empleados particulares del notario con algunas especialidades en razón del control que tanto sobre el ejercicio del servicio y función pública del notariado como por el origen de los dineros con que se cubre la prestación de los servicios.

Ahora, si bien desde la expedición del decreto 59 de 1957 se estatuyó, a partir del 1° de julio de ese año, la afiliación forzosa a la Caja Nacional de Previsión Social de Notarios, Registradores y subalternos de carácter permanente, y se dispuso que a partir de esa fecha la Caja respondería por las prestaciones sociales y derechos de estos funcionarios, para la Sala tal afiliación constituye una manera muy especial de protección a dichos empleados y de control del cumplimiento de las obligaciones de los notarios, como patronos, en razón de que tanto el salario como las prestaciones sociales de aquellos se cancelan con los dineros percibidos por los servicios de notariado que se encuentren autorizados. Situación que de ninguna manera desvirtúa o les cambia la condición de empleados particulares (lo subrayado es nuestro).

La Sala de consulta y servicio civil, en concepto distinguido con el número 1085 del 25 de febrero de 1998, de manera tangencial se refirió al tema, al considerar que los notarios son particulares, toda vez que “carecen de vínculo laboral con el estado, por cuanto están sometidos en la prestación permanente del servicio a tarifas legales, con el producto de las cuales están obligados a costearlo y

mantenerlo, y a sufragar los salarios y prestaciones sociales de sus empleados"; así mismo, se refirió y reiteró, que "los ingresos de las notarias provenientes del ejercicio de la función pública, esto es, de la retribución que pagan los usuarios de acuerdo con las tarifas oficiales, **no constituyen fondos públicos**, porque la ley no les otorga este carácter ni ingresan al Presupuesto General de la Nación y, por tanto, sobre ellos no ejerce vigilancia la Contraloría General de la República (Rad. 919/97)", cambiando de esta manera, la posición asumida en el concepto 1046 de 1976, arriba citado (las negrillas son nuestras).

Por último, cabe destacar el fallo emitido por la Corte Constitucional T-927 del 23-11-2010, referida a la sustitución patronal, en la que concluye que "los empleados de las notarias son trabajadores particulares cuyo régimen laboral es el general consagrado en el Código Sustantivo de Trabajo y, por lo tanto, sujetos de las mismas prerrogativas y garantías". De éste se resaltan:

[...] Quienes ingresan a trabajar a una notaría son contratados por los notarios, no en su calidad de persona naturales, sino como particulares investidos de la autoridad requerida para el ejercicio de la función fedante. Los empleados a los que se refiere el artículo 131 de la Constitución no son vinculados para el cumplimiento de cualquier servicio personal requerido por el patrono, sino para la realización de las tareas que componen la función notarial. Por esto, laboran en las instalaciones de la notaría y utilizan los implementos requeridos ordinariamente para el cumplimiento de las tareas de este tipo de establecimientos...

Como estos empleados son contratados por quien es titular de la notaría, pero para el servicio de la persona jurídica y no para su servicio personal, nada impide que cuando ocurre un cambio de notario sobrevenga en la notaría una sustitución patronal. Según el Código Sustantivo del Trabajo, se entiende por sustitución patronal un "cambia de un empleador por otra, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios, y su sola ocurrencia "na extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes". Conforme a esta normatividad, el antiguo o el nuevo empleador puede acordar con los empleados el pago definitivo de las cesantías y las prestaciones sociales, sin que pueda entenderse que hubo una terminación del antiguo contrato de trabajo.

La Corte ha recordado que esta es una figura cuyo propósito es "amparar a los asalariados contra un imprevisto e intempestiva fin del contrato de trabajo producido por el traspaso a cambio de dominio a de administración de la empresa (T395/01), y que se configura cuando confluyen tres elementos: un cambio de patrono, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador (T-1238/08, T-406/02, T-395/01 y T-540/00). Por esta razón, cuando ocurre un cambio de notario, sin importar la naturaleza jurídica del traspaso de los bienes que componen la notaría, y siempre que el establecimiento continúe con el giro ordinario de sus actividades, que es el ejercicio de la función fedante, el cambio de notario genera una sustitución de patronos.

Esta sustitución no implica la terminación automática de los contratos de los empleados. Sin embargo, es claro para la Sala que el nuevo notario puede dar por terminado unilateralmente los contratos de trabajo sin que exista justa causa para ello, siempre que cumpla con el pago de las prestaciones e indemnizaciones establecidas también en el Código del Trabajo, pues así puede hacerlo el notario en aplicación del artículo 3 de la Ley 29 de 1973 y el artículo 118 del Decreto 2148 de 1983 reducir o aumentar el número de empleos de la notaría. (...).

Como se observa, ambos apartes reiteran que las relaciones laborales entre el notario y sus empleados se guían por el Código Sustantivo del Trabajo, y especialmente contemplan la aplicación de esta ley para la regulación de los fenómenos de la

terminación del contrato de trabajo y la sustitución patronal. Es forzoso concluir entonces que los artículos reseñados del Código del Trabajo son plenamente aplicables a los contratos laborales surgidos entre un notario y sus empleados y que, en principio, cuando ocurre un cambio de notario puede configurarse la figura de la sustitución patronal (negritas y subrayado nuestro).

Es de agregar, que en la actualidad existe un criterio uniforme por parte de las distintas corporaciones judiciales, de que el notario es un particular que colabora con la administración pública, "que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración", y que bajo su responsabilidad, crea los empleos que requiere para prestar un servicio eficaz, por lo que la ley laboral y la 29 de 1973, le impone la obligación de pagar los salarios a sus empleados, de afiliarlos al sistema de seguridad social y pagar los aportes patronales, afiliarlos a una caja de compensación familiar y demás prestaciones que consagran las leyes sociales.

Así las cosas, consideramos que las situaciones o hipótesis por usted planteadas, tienen solución en la normatividad vigente del Código Laboral, tal es el caso del fenómeno de la sustitución patronal, las causales de terminación del contrato por justa causa o la indemnización de perjuicios por despido injusto, el pago de las cesantías y sus intereses y demás prestaciones sociales, etc.; en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones como en normas complementarias y reglamentarias, están regulados los aspectos de seguridad social, entre ellos, la consecuencia para el empleador que no cumple con el pago de los aportes al sistema de seguridad social, los cuales aplican para todos los empleados y empleadores, sin importar su naturaleza jurídica. Cualquier desacuerdo o divergencia que surja con el empleador notario, le corresponde resolverlo a la justicia laboral ordinaria.

3.- Retomando el tema de los aportes al sistema general de pensiones, vale decir, que frente al incumplimiento u omisión del empleador en el pago de los aportes, la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha planteado varias soluciones según la situación que se describe: 1) si el empleador nunca afilió al trabajador, responde por completo el empleador; 2) si fue afiliado pero el empleador no pagó los aportes o los realizó parcialmente, la culpa sería en principio del fondo de pensiones, quien estaba obligado a realizar las gestiones de cobro coactivo a aquél; por lo tanto, (i) si el fondo efectuó la gestión de cobro y no tuvo éxito, asume la responsabilidad el empleador, y si (ii) el fondo no realizó diligencia alguna, entonces éste corre con toda la responsabilidad.

Mediante sentencia del 13 de marzo de 2013, rad. 42787, la Corporación citada, señaló que "la afiliación al sistema general de pensiones una vez realizada por el empleador, si la ha hecho con el lleno de los requisitos de ley, produce plenos efectos, sin que se tenga como exigencia adicional para su validez, que vaya acompañada de cotizaciones", y agregó, que frente a "una afiliación válida y aceptada por la administradora, se activan para ella todas las obligaciones que la ley prevé, entre las cuales está el deber de cobro de la cotizaciones en mora, estipulado en el artículo 24 de la ley 100 de 1993".

En un similar pronunciamiento, sentencia del 7 de febrero de 2012, rad. 43023, la sala laboral de la Corte, dijo que:

"(...) no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo

evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social".

Por otro lado, desde la sentencia del 22 de julio de 2008, rad. 34270, ha afirmado que cuando hay omisión del pago de los aportes por parte del empleador y la administradora también ha incumplido su deber legal de cobro, es a ésta a quien le atañe el pago de la pensión. Preciso la Corte, que si los trabajadores dependientes, "han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro".

Al margen de lo anterior, cabe recordar, que conforme al artículo 26 del decreto 2163 de 2011, por el cual se modifica la estructura de la entidad y se determinan las funciones, a la Superintendencia delegada para el notariado, le corresponde "Conocer y fallar, en los términos de la ley 734 de 2002 [arts. 58 y ss.], y en primera instancia, los procesos disciplinarios que se adelanten contra los notarios, (...) los traslados de cargos y de las diligencias de pruebas, y aplicar las sanciones, en primera instancia, conforme a la ley, o concluir el trámite, según sea el caso"; por lo tanto, si conoce de alguna presunta falta disciplinaria o eventual irregularidad por parte de algún notario, y ésta no se encuentra prescrita, puede formular la respectiva queja ante dicha dependencia.

El anterior concepto se emite en los términos y condiciones del artículo 28 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (CPACA).

Cordialmente,


Marcos Jáher Parra Oviedo
Jefe oficina asesora jurídica

Proyectó Editpa