

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES, LEGALES Y DOCTRINA EL NOTARIO PÚBLICO NO ES UN SERVIDOR PÚBLICO

Alejandro Tinoco Álvarez • Notario Público 44 de La Piedad,
Michoacán

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente tema nos hace pensar por un momento en lo público y en la palabra: **rēs pública** utilizada por los romanos como aquello que se concibe por un asunto público o cosa pública, y que con él devenir del tiempo en otro aspecto se utilizó como origen de la palabra: Republica.

Lo anterior, nos hace reflexionar necesariamente en la actividad pública y la privada como desarrollo de la persona humana, y también en las diferencias entre esas dos actividades que coexisten en la sociedad.

Luego, las actividades privadas van desde lo considerado vida privada hasta actividades con la iniciativa privada, y en otro sentido tenemos lo calificado como vida pública que es todo aquello que se encuentra frente a los demás derivado de una actividad humana, y en otro más como actividad del servicio público que son propiamente actividades encomendadas a personas que desempeñan una función o servicio dentro de una estructura u organización de gobierno, además perciben un sueldo por dicha actividad, y son reconocidas por la misma ley.

De aquí nos surge las siguientes interrogantes o planteamiento del problema: ¿las actividades desarrolladas dentro de la administración pública o derivadas de la ley, siempre son desarrolladas por servidores públicos?, ¿los notarios públicos son servidores públicos?, para contestar la primer pregunta, podemos afirmar que en el transcurso de la historia, varios tratadistas incluso la ley al respecto afirma que por un lado la administración pública no siempre se desarrolla por servidores públicos, es decir, la administración pública tiene que descargar ciertas actividades a personas que no pertenecen a la estructura del gobierno, ni son parte de la nómina, o dependen jerárquicamente, como es el caso de las concesiones, entonces el otorgamiento de una concesión, lo que el gobierno hace es otorgar un permiso para que un particular cumpliera las normas y requisitos previamente establecidos en la ley brinde a

ALEJANDRO TINOCO ÁLVAREZ

Es licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo de Morelia, Michoacán.

Cuenta con un Master en Derecho Privado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Doctorado en Ciencias por el CIDEM. Además, de estudiar el Diplomado en Federalismo en el Instituto de Administración Pública de Michoacán y el curso de Especialización en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca, España.

la ciudadanía un servicio considerado de interés público, esto es, si al particular se le otorga una concesión, no puede por ejemplo venderla o rentarla, al contrario su desarrollo es personal y ajustado a derecho.

Por lo tanto no todas las actividades encomendadas a la administración pública o de interés social o determinadas en la ley son desarrolladas por servidores públicos. Para contestar la segunda interrogante primero tenemos que definir los elementos que integran la actividad notarial.

2.-ELEMENTOS DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

Para la definición de la función notarial el Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos indica lo siguiente en relación a que persona se encomienda la función notarial y como se otorga esa función:

“La Función notarial se encomienda para su desempeño a particulares, profesionales del derecho, mediante la expedición de la patente respectiva. Se ejerce por particulares con este grado académico y que después de haber presentado exámenes, obtienen la mencionada patente”¹.

En la actualidad los procesos para garantizar el buen funcionamiento y transparencia del notariado obligan a los aspirantes a Notario Público a sujetarse a un examen de oposición abierto con las reglas previamente establecidas para ese efecto, para que después se le pueda nombrar Notario público.

Por otra parte, la función notarial es sui géneris, es decir, es un caso especial en la administración pública, ya que por un lado, el fiat o nombramiento de notario público lo emite, firma y autoriza el ejecutivo del Estado previo al proceso de selección, y en otra parte también la actividad notarial aunque es desempeñada por un particular profesional, esta se encuentra regulada por una ley especial previamente establecida.

Es decir, la actividad notarial aunque la desempeña un particular que no pertenece a la estructura orgánica del Estado, ni depende jerárquicamente, ni recibe ningún salario, ni se encuentra sujeto a que sus actos los autorice un superior, esta actividad si se debe ajustarse a los procedimientos y conceptos que establece la ley notarial, y por otra parte, también es vigilada tanto por una institución colegiada del mismo gremio como por el mismo Gobierno, independientemente de que el notario tenga libertad de acción en su oficina, debe obedecer a los procedimientos, procesos, normas, lineamientos, sanciones, criterios, que se establezcan para su buen funcionamiento.

De ahí que el notario que no obedezca las normas procesales por ejemplo de elaborar un instrumento puede ser sujeto a las mismas sanciones que establezca la ley notarial, y normalmente pasa

¹ Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, Decimosexta Edición, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 171.

Libro completo en: <https://goo.gl/5AH8SM>

por un proceso de revisión por el colegio notarial y la Secretaría de Gobierno, al respecto la ley debe contemplar los procedimientos claros para dicha supervisión, es decir, previamente a la revisión la autoridad y el colegio debe hacer constar la notificación personal al notario sujeto a queja o revisión específicamente del o los instrumento(s) notarial(es) sujeto(s) al estudio de la queja o revisión, en dicha notificación debe establecerse que es lo que se va a revisar, en qué fecha, lugar, forma, plazos, tiene que dar el derecho de audiencia y replica, sino se estaría violando el derecho de audiencia del notario establecido en la Constitución.

También podemos ver que en la actualidad las leyes notariales establecen la obligación de que los notarios cuenten con una certificación notarial periódica, ello normalmente se hace obligatorio para los notarios y sobre todo va encaminado a cursos de actualización notarial, es por tanto, una obligación constrictiva a cumplir con la ley, no es optativa del notario, lo cual garantiza el buen funcionamiento del notariado.

Otra obligación que podemos mencionar es la de llevar un orden y control del archivo de la notaria, ahora incluso auxiliar a la UIF para el caso del cumplimiento de la ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, y los mismos lineamientos para la guarda y custodia de los instrumentos notariales y documentos de apéndice, así como las obligaciones de emitir los avisos que establece dicho ordenamiento legal entre otros.

Existen no solo las obligaciones como las descritas anteriores -entre otras- que son funcionales del notariado, sino que también se encuentran aquellas paralelas a la función notarial, como las fiscales por ejemplo en las cuales el notario también debe obedecer a efecto de auxiliar en la función de recaudación de los impuestos, -a calcular, retener y enterar el impuesto correspondiente-, ya que si no cumple con esta actividad puede ser sancionado tanto económicamente como penalmente.

Por lo anterior, podemos afirmar que el notario es un caso muy especial de la administración pública dado que no pertenece a ella pero su actividad si se encuentra regulada por el Gobierno, y, el mismo gobierno crea la notaria y el nombramiento de notario público.

3.- EL NOTARIO VS EL SERVIDOR PÚBLICO

El Notario Público, como lo establecen las leyes y la doctrina lo definen como un profesional del Derecho, dotado de fe pública por el Ejecutivo del Estado, obligado a cumplir con la ley que le dio origen y que le establece sus funciones, que no pertenece a la administración pública, dado que no se encuentra en la estructura orgánica, no recibe salario, no depende jerárquicamente de ningún servidor público.

En esa tesitura debemos definir lo que se entiende por *servidor público* y en ese sentido la misma *Constitución en el artículo 108, primer párrafo* nos indica quienes son considerados servidores públicos, establece el siguiente concepto de servidor público:

“Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones”.

En ese sentido también la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el concepto de notario para efectos de establecer si es o no servidor público:

Época: Novena Época
 Registro: 177903
 Instancia: Pleno
 Tipo de Tesis: Jurisprudencia
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Tomo XXII, Julio de 2005
 Materia(s): Constitucional
 Tesis: P./J. 75/2005
 Página: 795

NOTARIOS. NO SON SERVIDORES PÚBLICOS.- Conforme al artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reputan como servidores públicos, entre otros, los representantes de elección popular y quienes desempeñen un empleo, cargo o comisión en la administración pública. Ahora bien, toda vez que el notario actúa por medio de una patente otorgada por el Estado, no puede ser considerado servidor público, en atención a que su cargo no es de elección popular ni se halla dentro de la administración pública estatal o municipal, además de que el notario no depende del gobierno o de una entidad paraestatal, ya que si bien actúa por delegación del Estado, no está dentro de su organización administrativa ni burocrática.

“De dicho precepto constitucional se desprende que se consideran servidores públicos todos aquellos que han sido nombrados para desempeñarse laboralmente en cualquiera de los órganos públicos del gobierno, independientemente de su jerarquía, rango o comisión, de tal suerte que el propósito de la ley es otorgar un trato igualitario a los servidores públicos, y eliminar la idea de fueros o privilegios especiales y así estar en posibilidad de sentar las bases legales para prevenir y sancionar la corrupción en el servicio público”².

De lo anterior entendemos al servidor público como aquella persona contratada por el Estado, o que en su caso fue electo, seleccionado o nombrado para desempeñar un empleo, cargo o comisión que se encuentra dentro del esquema de la administración pública y que normalmente recibe un salario, y sujetos a la rendición de cuentas e informes.

Así mismo, son sujetos también a responsabilidades por el desempeño de su función, tienen obligación de cumplir con lo que establecen las leyes procesales, ley orgánica correspondiente, lineamientos, normas, ley de responsabilidad de servidores públicos, ley para la protección de datos entre otros muchos ordenamientos incluidos ahora los Tratados Internacionales en especial para los juzgadores.

2 YAMILE MEDINA PÉREZ /SANTIAGO NIE-
 TO, Control externo y responsabilidad
 de los servidores públicos del Distrito
 Federal, México, Universidad Nacional
 Autónoma de México, 2005, p. 54,
[https://archivos.juridicas.unam.mx/
 www/bjv/libros/4/1551/4.pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1551/4.pdf)

Libro completo en: <https://goo.gl/5AH8SM>

Por su parte el artículo 2º de la Ley Federal de responsabilidades de los servidores públicos señala lo siguiente:

“Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 Constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales”.

“El servidor público es aquella persona física que ha formalizado su relación laboral con el Estado mediante un nombramiento previamente expedido por el órgano administrativo competente, y que legalmente lo posibilita para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el gobierno federal, en el Gobierno del Distrito Federal, en los gobiernos estatales o en los gobiernos municipales, para así poder demandar, dentro del marco legal fijado, el cumplimiento de las obligaciones que le son inherentes. Así mismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º de la LFRASP (en el ámbito federal) y LFRSP (nivel local, en el Distrito Federal) se consideran servidores públicos todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos. Aquellas personas físicas o morales que tengan una relación de trabajo con el Estado, la cual no encuentre su origen en un nombramiento expedido por el mismo, sino que la prestación del servicio subordinado ante el ente público se materialice mediante un contrato de servicios profesionales (contrato por honorarios), ya sea por naturaleza misma del trabajo o por las necesidades propias del Estado, serán consideradas servidores públicos, para efectos de responsabilidad a que alude el título cuarto Constitucional, con las características especiales que entraña esta relación laboral, toda vez que la contraprestación por las actividades prestadas, profesionales o técnicas, intelectuales o materiales proviene de recursos públicos”³.

Al respecto sobre la responsabilidad de servidores públicos encontramos la siguiente tesis de jurisprudencia:

Época Novena
 Registro 184396
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Tipo de Tesis: Jurisprudencia
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Tomo XVII Abril de 2003
 Tesis: I4o.A. J/22
 Página: 1030
 Materia(s): Administrativa

SERVIDORES PÚBLICOS. SU RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA SURGE COMO CONSECUENCIA DE LOS ACTOS U OMISIONES PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN

3 Ibidem p. 55.

QUE RIGE LA PRESTACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO. La responsabilidad administrativa de los servidores públicos surge como consecuencia de los actos u omisiones -que se definan ya sea por la propia legislación bajo la cual se expidió el nombramiento del funcionario, la ley que rige el acto que se investigó, o bien, por las que se contemplan en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos- pues, de no considerarse así, bastaría que el ordenamiento jurídico respectivo no previera las obligaciones o deberes que a cada funcionario le corresponden, para dejar impunes prácticas contrarias a la legalidad, honradez, imparcialidad, economía y eficacia que orientan a la administración pública y que garantizan el buen servicio público, bajo el principio unitario de coherencia entre la actuación de los servidores públicos y los valores constitucionales conducentes, sobre la base de un correlato de deberes generales y la exigibilidad activa de su responsabilidad. Tan es así que la propia Constitución Federal, en su artículo 109, fracción III, párrafo primero, dispone que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, lo que constriñe a todo servidor público a actuar y observar el contexto general de disposiciones legales que normen y orienten su conducta, a fin de salvaguardar los principios que la propia Ley Fundamental estatuye como pilar del Estado de derecho, pues la apreciación de faltas implica constatar la conducta con las normas propias o estatutos que rigen la prestación del servicio público y la relación laboral y administrativa entre el servidor público y el Estado.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Revisión fiscal 316/2002. Titular del Órgano Interno de Control en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 29 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Revisión fiscal 357/2002. Titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en Pemex Exploración y Producción. 12 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza. Revisión fiscal 37/2003. Titular del Área de Responsabilidades de la Unidad de Contraloría Interna en el Instituto Mexicano del Seguro Social, encargado de la defensa jurídica de este órgano de control y del titular del ramo. 12 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez. Revisión fiscal 22/2003. Titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en su carácter de encargado de la defensa jurídica de dicho órgano interno y en representación del Secretario de Contraloría y Desarrollo Administrativo. 12 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez. Revisión Fiscal 50/2003. Titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en Pemex Exploración y Producción, en representación del Titular de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo. 2 de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza. Ejecutoria: 1.- Registro No. 17540 Asunto: REVISIÓN FISCAL 50/2003. Promoviente: TITULAR DEL ÁREA DE RESPONSABILIDADES DEL ÓRGANO INTERNO DE CONTROL EN PEMEX EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN, EN REPRESENTACIÓN DEL TITULAR DE LA SECRETARÍA DE CONTRALORÍA Y DESARROLLO ADMINISTRATIVO. Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XVII, Abril de 2003; Pág. 1031;

Libro completo en: <https://goo.gl/5AH8SM>

CONCLUSIONES

Las anteriores consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales nos llevan a la conclusión de que los notarios *no son servidores públicos* dado que la ley determina como servidores públicos, entre otros, los representantes de elección popular y quienes desempeñen un empleo, cargo o comisión en la administración pública, y los notarios no pertenecen a estos rubros, por el contrario el notario actúa por medio de una patente otorgada por el Estado, no puede ser considerado servidor público, en atención a que su cargo no es de elección popular ni se halla dentro de la administración pública estatal o municipal, además de que el notario no depende del gobierno o de una entidad paraestatal, si bien el notario se le confiere la fe pública por el Estado, no depende, ni se encuentra en la organización burocrática o administrativa del mismo Estado.