

ARTÍCULO 137.

DESIGNACIÓN Y RETIRO FORZOSO.

No podrán ser designados Notarios en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso, sea en el Notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público, y quienes estén devengando pensión de jubilación. (*Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-258-08 de 11 de marzo de 2008, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.*)



Normas concordantes.

Concepto No. 467441 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

“El Decreto Ley 960 de 1970, “Por el cual se expide el Estatuto del Notariado”,

“Artículo 137. <designación y retiro forzoso>. No podrán ser designados Notarios en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso, sea en el Notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público, y quienes estén devengando pensión de jubilación.” (Se subraya).

Ahora bien, la inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. Así, la prohibición contenida en el citado artículo 137, consagra una inhabilidad, consistente en que no puede gozarse simultáneamente de la calidad de notario y de pensionado.

Ahora bien, la Ley 1821 de 2016 establece:

“Artículo 1. (Corregido por el Decreto 321 de 2017, art. 1) La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968.

Artículo 2. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación, Quienes, a partir de la entrada en vigor de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Artículo 3. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.” (Destacado nuestro)

En consecuencia, esta Ley amplía de 65 a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, órganos autónomos e independientes, órganos de control, entidades o agencias públicas y a los particulares que cumplen funciones públicas, con excepción de los funcionarios de elección popular y los mencionados en el artículo 1 del Decreto ley 3074 de 1968.

De igual forma, el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, establece:

“Artículo 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.

Las personas que antes de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016 tuvieran 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.”

Por consiguiente, las personas que antes de la entrada en vigencia de la ley 1821 de 2016, citada en precedente, tengan 65 años o más y continúen vinculadas deben ser retiradas del servicio.

Adicionalmente, respecto de la Ley 1821 de 2016, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 8 de febrero de 2017, con radicado interno número 2326, Número único: 11001-03-06-000-2017-00001-00, con ponencia del Magistrado Álvaro Námén Vargas, argumentó lo siguiente:

“A continuación, el artículo 2º de la Ley 1821 ofrece a las personas cobijadas por la misma una opción que no tenían, de manera general, bajo la legislación anterior, y de paso, elimina una

restricción que dicha normatividad establecía, todo lo cual termina siendo confirmado por la última parte de la norma. En efecto, la segunda parte dispone, de manera completa:

“Quienes, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación”.

Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción, contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que una persona, a la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, “acceda” al ejercicio de funciones públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que tal persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el artículo 1º de la misma ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso que la Ley 1821 establece (70 años).”

Decreto 321 de 2017.

+“Artículo 1º. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas en ninguna circunstancia. Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968.”



Jurisprudencias.

Sentencia No. 02126 de 2018 Consejo de Estado, Consejo Ponente: William Hernández Gómez.

“Conforme los documentos aportados al plenario, se concluye que el demandante fue retirado del cargo de notario por cuanto cumplió 65 años, situación que como se vio, se constituye en una causal objetiva de retiro para los notarios. De otra parte, en relación con la designación en interinidad en el cargo que quedó vacante definitivamente, como consecuencia del retiro del señor Fernández Herrera, se observa, en primer lugar, que este no probó que su reemplazo no

cumpliera los requisitos para el desempeño del cargo.

En segundo lugar, sobre la motivación del nombramiento en interinidad, luego de la decisión de retiro debe señalarse que aquella está dada por la ley y consiste, precisamente, en la de dar continuidad al servicio notarial ante la vacante que se genera con ocasión del retiro definitivo del titular del cargo, pero ello no implica que al retiro de una persona que se encontraba inscrita en la carrera notarial, solamente pueda proveerse el empleo con quien superó el concurso de méritos, sino que puede acudir a las demás modalidades de vinculación, antes vistas; incluso, se podría presentar el evento descrito en el artículo 187 del Decreto 960 de 1970, que señala «Las personas retiradas forzosamente por edad, podrán desempeñar Notaría en interinidad o por encargo», de lo cual se infiere: 1. Que quien cumple la edad de retiro forzoso debe ser retirado del cargo, aunque no se hubiera adelantado un concurso de méritos para seleccionar al nuevo titular. 2. Que es viable que dicho reemplazo se surta mediante nombramientos en interinidad o por encargo y no solamente en propiedad. En este sentido, conviene invocar las consideraciones compartidas por esta Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 1999, según las cuales una situación como la descrita no conlleva la anulación del acto de retiro.

Con todo lo dicho, queda desvirtuado el argumento de ilegalidad contra el acto acusado, expuesto por el señor Mario Fernández Herrera. En conclusión: El nombramiento en interinidad en el cargo de notario, con ocasión del retiro del titular por haber llegado a la edad de retiro forzoso, no se configura en causal de nulidad del acto administrativo que así lo dispone.”

Sentencia T-187 de 2017. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

“Decisión de primera instancia: el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena) resolvió negar la solicitud de amparo, por considerar que, en sentencia del 14 de mayo de 1990, la Sección Segunda del Consejo de Estado estableció que: “es apenas obvio, por ende, que si la ley, de modo general, ha fijado como edad de retiro forzoso para los servidores públicos la de sesenta y cinco años (65) no puede un decreto reglamentario señalar un límite diferente para que ocurra un fenómeno, y mucho menos prolongar o extender más allá de dicha edad el tiempo de retiro, en el caso de que sobrevenga durante el período para el cual fue designado”, en tal virtud, el Decreto 3047 de 1989 se encuentra acorde al ordenamiento jurídico por ajustarse, precisamente a lo dispuesto por el Consejo de Estado en relación con el retiro forzoso por edad de los notarios. Asimismo, en sentencias de 27 de marzo de 2014, con radicados 20120058301 y 20130000301, proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado, luego de observar una situación generalizada de notarios que se mantenían en su cargo pese a contar con 65 años de edad o más, exhortó al presidente de la República, al Consejo Superior de la Carrera Notarial, al Ministerio de Justicia y a la Dirección de Gestión Notarial de la Superintendencia de Notariado y Registro “(...) para que en lo sucesivo apliquen lo previsto en el artículo 1 del Decreto 3047 del 29 de diciembre de 1989, sin dilación alguna”. Aunado a lo anterior, el juez de primer grado indicó que a partir del Decreto 1069 de 2015, en

su artículo 2.2.6.1.5.3.13 se ratificó la edad de retiro forzoso para los notarios en 65 años.

Decisión de segunda instancia: en conocimiento de la impugnación presentada por el accionante contra la sentencia de primer grado, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante fallo del 8 de septiembre de 2016, decidió confirmar la sentencia controvertida, luego de considerar que en el expediente no se encuentra acreditado que el actor se encuentre imposibilitado para ejercer la profesión de abogado en un ámbito distinto del que ha sido retirado por mandato legal (el de notariado), razón por la cual no se encuentra acreditado el acaecimiento de un perjuicio irremediable que haga justificable el desconocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como el escenario idóneo para discutir la juridicidad de su desvinculación, en donde, inclusive, es posible solicitar cautelarmente la suspensión del acto que así lo dispone.

La Sala Primera de Revisión estudia el caso de un ciudadano de 65 años, quien ha sido desvinculado de su cargo como notario único de Ciénaga (Magdalena) por orden de la Superintendencia de Notariado y Registro, y mediante acto administrativo expedido por la Gobernación del Departamento de Magdalena, cuya motivación se refiere al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, correspondiente a 65 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Reglamentario 3047 de 1989. Con tal decisión, la accionante estima vulnerados sus derechos fundamentales a, entre otros, el trabajo, la seguridad social, el mínimo vital y el debido proceso, pues desde su perspectiva no es cierto que legalmente exista una edad máxima para ejercer la labor de notario en Colombia, por lo que una disposición de rango reglamentario no puede introducirla. Como fundamento de tal afirmación, el actor señala que los artículos 183 y 184 del Decreto Ley 960 de 1970, que se referían a la figura bajo mención, fueron derogados por el Decreto Ley 2163 de 1970, eliminando, en consecuencia, el retiro obligatorio por causa de edad del ordenamiento jurídico.

Con el fin de determinar si en este caso se adelanta un estudio de fondo, previamente la Sala agotará el análisis de procedencia de la acción de tutela promovida por el señor Jaime Leandro Zabaraín Ulloa contra la Superintendencia de Notariado y Registro y otros, en reiteración de las subreglas jurisprudenciales que respecto de la interposición de tutelas destinadas a controvertir actos administrativos han sido desarrolladas por esta Corporación.

En caso de lograrse superar los requisitos de procedibilidad, la Sala se ocupará de resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera la Superintendencia de Notariado y Registro, la Dirección de Administración Notarial y la Gobernación del Departamento de Magdalena los derechos fundamentales a la seguridad social, trabajo y debido proceso administrativo del accionante, al disponer su desvinculación como notario único del municipio de Ciénaga (Magdalena), argumentando la aplicación de la edad de retiro forzoso correspondiente a los 65 años de edad, de acuerdo con lo dispuesto, especialmente, en el artículo 1 del Decreto Reglamentario 3047 de 1989, pese a que el actor estima que dicha normatividad no debe ser tomada en cuenta porque, en su criterio, la figura del retiro obligatorio por edad en el caso de los notarios fue eliminada del ordenamiento jurídico con la derogatoria de los artículos 183 y 184 del Decreto Ley 2163 de 1970.?”

Sentencia C-544 de 2008. Magistrado Ponente: Wilson Pinilla.

“Consideraciones de la corte constitucional. 1) competencia. La Corte es competente para conocer de la presente demanda de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral quinto de la Constitución, por cuanto la disposición parcialmente demandada hace parte de un decreto expedido por el presidente de la República en virtud de facultades extraordinarias conferidas mediante ley, del mismo tipo de las hoy contempladas en el artículo 150, numeral 10 de la Constitución Política.

2) Los problemas jurídicos planteados. Como quedó atrás indicado, el actor considera que la expresión “y quienes estén devengando pensión de jubilación”, que hace parte del inciso único del artículo 137 del Decreto Extraordinario 960 de 1970 (Estatuto del Notariado), es contraria al contenido de los artículos 2°, 4°, 5°, 13, 16, 25, 26, 40 numeral 7°, 116, 121, 125, 126, 127, 128 y 131 de la Constitución Política.

Sin embargo, es de advertir que la demanda no sustenta la supuesta violación de cada uno de los preceptos constitucionales antes referidos, sino que, de manera global, plantea la ocurrencia de un cambio sobreviniente en los supuestos fácticos que, en concepto del demandante, justificaron en su momento el establecimiento de esta restricción. De este cambio de circunstancias resultaría que el segmento demandado: i) vulneraría el derecho a la igualdad de los aspirantes al cargo de notario (art. 13); ii) desconocería el derecho al trabajo y/o restringiría el derecho a escoger libremente profesión u oficio (arts. 25 y 26), y iii) limitaría la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40, núm. 7°).

Por consiguiente, en esta oportunidad la Corte debería ocuparse, únicamente, de resolver los cuestionamientos de inconstitucionalidad a que se hizo referencia en el párrafo inmediatamente anterior.

3) Solicitud de inhibición y existencia de cosa juzgada. Como se mencionó líneas atrás, el Procurador General en su concepto, plantea a la Corte la necesidad de declararse inhibida, por no cumplirse en este caso los requisitos para adoptar una decisión de fondo. Particularmente, considera que el cargo formulado carece de la indispensable certeza, ya que según explica, el segmento normativo demandado no tiene el alcance que en su escrito le atribuye el demandante.

Sin embargo, al margen de esta consideración, observa la Corte que recientemente ella misma profirió una decisión de fondo con respecto a otra demanda dirigida contra la misma expresión aquí acusada (Sentencia C-258 de marzo 11 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo) [3], decisión que, al tener el claro efecto de cosa juzgada, impide de manera absoluta que la Corte vuelva a pronunciarse sobre el mismo asunto.

Es pertinente agregar que en esa oportunidad se resolvieron cuestionamientos de conformidad con los cuales la expresión demandada desconocía el derecho a la igualdad de algunas de las personas interesadas en participar en los concursos públicos conducentes a la designación de

notarios en propiedad, así como el derecho al trabajo, la libertad de escoger profesión u oficio y la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Es decir, se observa identidad no sólo en cuanto a la norma demandada, sino también entre los cargos con respecto a los cuales la Corte decidió en esa oportunidad y los que han sido planteados en esta, razón por la cual no existe opción diferente a la de ordenar estarse a lo resuelto en dicha providencia.”

Sentencia C-258 de 2008. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

“Prohibición para ser designados notarios-personas que estén devengando pensión de jubilación/prohibición para ser designados notarios-criterio de diferenciación que no guarda relación con la consideración de incapacidad o minusvalía/prohibición para ser designados notarios-criterio que se relaciona con el hecho de tener una garantía mínima de ingreso y seguridad social. Respecto de la expresión demandada la diferenciación se presenta entonces entre dos grupos de personas claramente identificadas: quienes no tienen una pensión de jubilación y se encuentran en una edad laboral activa y los que ya se encuentran gozando de la misma. Para las primeros, la posibilidad de acceder a un empleo representa no sólo una fuente de ingresos para la satisfacción de sus necesidades básicas, sino la posibilidad de acceder a servicios complementarios como la salud y, más adelante, al beneficio pensional que los segundos ya tienen asegurado. Por tanto, el criterio de diferenciación entre ambos grupos lo constituye el hecho de tener o no asegurada las contingencias de la vejez a través de un ingreso estable y permanente, independientemente de que el amparo pensional se haya obtenido a una edad más o menos temprana según el régimen legal aplicable a cada persona. Se trata de una medida que distingue entre quienes ya tienen asegurada una prestación económica permanente del sistema de seguridad social y quienes no la tienen y apenas aspiran a ella.”

Revision #1

Created 23 April 2024 20:24:26 by Jaime Romero Amador

Updated 23 April 2024 20:24:26 by Jaime Romero Amador