



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	70-001-33-33-008-2014-00066-01
DEMANDANTE:	LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **sentencia proferida el 13 de abril de 2016 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo**, en la cual se resolvió negar las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA.

El señor LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que **(i) se declare la nulidad del Decreto 1616 de fecha 30 de julio de 2013, por medio del cual se le retiró del cargo de Notario Tercero del Circuito de Sincelejo, por cumplimiento de la edad de retiro forzoso; (ii) como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene a las entidades demandadas a pagar al demandante todos los derechos y honorarios dejados de percibir hasta que se reconozca su pensión de vejez e inclusión en nómina, teniendo en cuenta el ingreso promedio mensual del último año y su retiro el día 15 de octubre de 2013, hasta que se produzca el pago de la pensión; (iii) se condene a las entidades demandadas a rembolsar al demandante los aportes a seguridad social que realizó desde el momento de su retiro o se remitan a Colpensiones.**

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** en la demanda se expuso que:

El señor LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA laboró en diferentes entidades del estado, su último cargo fue en propiedad como Notario Tercero del Círculo de Sincelejo. En la actualidad cuenta con más de 29 años de servicio al Estado y con más de 65 años de edad.

El 30 de julio de 2013 el Presidente de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho, expiden el Decreto No. 1616 por medio del cual retiran del servicio al demandante, quien se encontraba desempeñando el cargo de Notario Tercero en propiedad del Círculo Notarial de Sincelejo, por cumplimiento de la edad de retiro forzoso; en ese mismo decreto que lo retiró del servicio se nombró en interinidad al Dr. Oswaldo David Tirado Vivero mientras se realizaba el respectivo concurso.

Por violación del derecho a la igualdad de la estabilidad reforzada, el actor instauró acción de tutela ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre, sala jurisdiccional disciplinaria, para que se le ampararan sus derechos fundamentales que invocó como violados. Mediante fallo del 21 de agosto de 2013 le fueron amparados sus derechos y se ordenó a la Superintendencia de Notariado y Registro, al igual que al Presidente de la República y Ministro de Justicia dejar sin efectos el Decreto 1616 de 2013.

En cumplimiento de la anterior decisión se expide el Decreto 1834 del 28 de agosto de 2013 mediante el cual reintegran al señor González Anaya al cargo de Notario Tercero, posteriormente el Consejo Superior de la Judicatura revocó el fallo proferido en primera instancia por lo que el actor solo ejerció el cargo hasta el 15 de octubre de 2013.

A pesar que el demandante se encontraba tramitando su pensión de jubilación y que existe un fallo de acción de cumplimiento invocado en los considerandos del decreto de retiro, en el sentido de que antes de retirar por edad de retiro forzoso debía previamente verificarse la inclusión en nómina en el fondo respectivo, se procedió con desconocimiento de lo anterior, dándole un trato desigual al aplicado a otros notarios.

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló que el acto acusado viola las normas constitucionales contenidas en los artículos: 4, 13, 6, 25, 29, 53 y 131. Ley 790 de 2002 artículo 12 y 13, ley 812 de 2003 artículo 8 literal d, Decreto 2245 de 31 de octubre de 2012 y Decreto 3047 de 1989 artículo 1º.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** señaló que el acto demandado fue expedido de forma irregular por violación de la ley, constitución política y precedente jurisprudencial, porque los demandados no podían expedir el acto acusado de manera automática y proceder a desvincular por edad de retiro forzoso al actor por el solo hecho de llegar a la edad de los 65 años, porque a juicios de la Corte Constitucional ST1035 de 2012 estaba amparado el demandante por una protección laboral reforzada, toda vez que solo faltaba la resolución de la pensión e inclusión en nómina para pago y así poder retirarlo del servicio.

Agregó además que existió falsa motivación porque jamás se puede mejorar el servicio desvinculando a una persona que se encuentra en propiedad por haber accedido al cargo a través de un concurso de méritos, para nombrar a una persona que está en lista de elegibles. Igualmente el hecho de no haber incluido en el acto de retiro del demandante que el mismo estaba sujeto al reconocimiento de la pensión e inclusión en nómina de pago, constituye también una falsa motivación y trato discriminatorio e ilegítimo, ya que en la motivación de los decretos de los notarios de Bogotá y Valledupar que dan cuenta el expediente, su retiro se condicionó al cumplimiento de fallo del Tribunal de Cundinamarca que para proceder al retiro del notario, debía previamente verificarse la inclusión en nómina de pensionados, lo cual no ocurrió en este caso.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹.

1.2.1 NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO.

La entidad contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y señalando no costarle ninguno de los hechos, ateniéndose a lo probado. Propuso las siguientes excepciones: Falta de legitimación procesal en la causa por pasiva, falta de legitimación material en la causa por pasiva, inexistencia de violación de derechos fundamentales por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho.

1.2.2 NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Al contestar la demanda, la entidad manifestó que no le constan los hechos 1, 4, 5, 8, 9 y 14, le consta parcialmente el hecho 3, y en cuanto a los hechos 2, 7, 10, 11, 12 se atiene a la documentación probatoria. Se opone a las

¹ Fol. 60 - 71 C. Ppal

pretensiones de la demanda, en consideración a la indebida vinculación de la entidad al proceso por su evidente carencia de legitimidad procesal en la causa por pasiva. Propuso las siguientes excepciones: Indebida representación judicial de la Nación, e ineptitud sustantiva de la demanda por indebida integración del litisconsorcio pasivo necesario.

1.2.3 SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

La entidad contestó la demanda en los términos: son ciertos los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 14, 15 y 16; el hecho 10 y 13 son apreciaciones del actor. Se opone a las pretensiones de la demanda porque la Superintendencia no está llamada a ser sujeto procesal dentro de la presente demanda por cuanto no es sujeto pasivo al no existir relación con el petitum, pues no es parte del proceso de nombramiento y retiro de notarios, ésta solo lo hace como vigilante del servicio público notarial de conformidad con lo estipulado en el Decreto Ley 960 de 1970, y no el nombramiento y retiro de estos. Propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.3 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA².

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo encontró no probadas las excepciones propuestas al tiempo que negó las pretensiones de la demanda.

Determinó que los notarios no son servidores, son reconocidos por la Constitución y la ley como particulares que cumplen una función pública, pues el artículo 123 nos dice quiénes son servidores públicos, y los notarios no encajan en ninguna de las especies de servidor público, ni aun en la más cercana como es el de empleado público, pues su vinculación está en la ley, sus funciones y deberes son legales, adquiere el status mediante concurso, crea su propia planta de personal y está supeditada al control de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Manifestó que, en el presente asunto, se observa claramente que el demandante es notario, que al tenor de las normas que lo regulan, no es servidor público en ninguna de sus especie, ya que conforme con el artículo 123 superior, son servidores públicos los miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores estatales, y dice la misma norma, todos aquellos que la ley señale

² Fols. 340 - 347 C. Ppal.

como servidor público. La naturaleza de la actividad desplegada por el notario es un servicio público, pero la figura del notario es la de un particular prestando servicios públicos en desarrollo del mecanismo de descentralización por colaboración, luego entonces, no posee ningún vínculo laboral con el Estado, por lo que no es posible aplicar el retén social, muy a pesar que sea retirado de la actividad, pues ello no significa que no pueda desarrollar otra actividad productiva en desarrollo de su profesión de abogado, habida consideración que lo reclamado por remuneración mensual es una suma a la cual pueden acceder muy pocos trabajadores o empleados, que permite hacer una programación holgada de vida.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN³.

La parte actora presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, en donde solicitó la revocación de sentencia de primera instancia.

Como argumentos principales del mismo expresó que el A quo parte de una errada interpretación no acorde con el contexto normativo constitucional y legal, en el sentido que el Notario es un empleado público, porque cumple funciones públicas señaladas en la Ley y en el reglamento, está amparado por las normas sobre carrera notarial que le garantizan la estabilidad en el empleo y un sistema de ascenso, prueba de lo anterior son el pronunciamiento del Consejo de Estado en Sentencia del 3 de septiembre del 1996 expediente 636, donde se recoge lo dicho por la Sala Plena del 22 de octubre del 1981, en cuanto a que "Los notarios son servidores públicos, y lo son, no solo porque ejercen el Notariado definido por la ley como un servicio público cuyos actos están investidos de una presunción de autenticidad y veracidad que no puede concebirse sino como una emanación del poder del estado, sino que son designadas por el...".

Manifestó el recurrente que los Notarios son empleados públicos y como tales gozan de las prestaciones sociales correspondientes incluyendo la pensión de jubilación para tal efecto pueden acumular el tiempo del servicio en Notaría al prestado en otras entidades de derecho público, con lo cual estamos desvirtuando lo sostenido en el fallo de que los notarios son unos particulares que entre otras cosas, no se les aplica el retén social, porque tal argumento no está acorde con el Decreto 2245 de octubre 31 de 2012 en su artículo primero, Objeto y Ámbito de Aplicación, al señalar que: "El objeto del presente decreto

³ Fls. 351 a 354 C. Ppal.

es establecer las medidas que garanticen que no se presente solución de continuidad entre el momento del retiro del servicio del trabajador del sector público o privado y su inclusión en nómina de pensionados y sus disposiciones aplican a los empleadores de los sectores público y privado y a las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”

Norma esta alegada como violada en el acto acusado, porque se procedió de manera automática a desvincular por edad de retiro forzoso al demandante por el solo hecho de llegar a la edad de 65 años, siendo que se encontraba amparado por la protección laboral reforzada (pre pensionado) por lo que debieron esperar la expedición de la resolución de pensión e inclusión en nómina para su pago, tal como lo establece la sentencia T-1035 del 2012, también invocada, pero tales argumentos no fueron tenidos en cuenta por quienes participaron en el nacimiento y expedición del acto acusado, motivo por el cual por esta sola razón hacen anulable dicho acto con las consecuencias pedidas en la demanda.

Reitera que el retén social es aplicable a empleados particulares o públicos, prueba de ello es el Decreto que invocamos y además en la sentencia que estamos recurriendo, no se señala el fundamento normativo de tal argumento y sencillamente porque no existe.

En ampliación de la sustentación del recurso de apelación indicó que el tema del vínculo laboral del Notario en Colombia no ha sido un tema pacífico e incluso teniendo en cuenta el origen de nuestro derecho Romano, el Notario es considerado un servidor Público, para ello basta con revisar los artículos del Código Civil Colombiano 1873, 546, 2576, entre otros y los mismos orígenes del Decreto 960 del 1970, por eso acorde con la designación de los Notarios, presidente o Gobernadores, las funciones señaladas en la ley, el derecho de carrera, entre otros, permiten concluir que se trata de un empleado público o al menos que se aplique el sistema Anglosajón que no es el caso que considera al Notario un particular, reiterando que, el problema a resolver no es la naturaleza; pero sin embargo se tenga en cuenta la anterior argumentación.

Finalizó manifestando que el acto acusado desconoció el fin perseguido con la protección a los pre pensionados, por cuanto el legislador no ha expresado que tal protección no se les aplica a los particulares como lo sostiene el fallador de primera instancia, porque por tal condición no se pierde la protección constitucional reforzada de pre pensionados, igualmente la protección no tiene

que ver con el régimen al cual se encuentra vinculado el pre pensionado, porque su estabilidad laboral reforzada deriva únicamente de su condición de pre pensionado, razón por la cual no debió ser retirado del servicio hasta tanto no se le reconociera la pensión y su inclusión en nómina, porque las normas constitucionales y legales invocadas así lo protegen, porque la ley no restringe dicho derecho a los Notarios como tampoco a los particulares, por lo tanto debe ser revocada la sentencia y accederse a las suplicas de la demanda.

1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

- Parte demandada.

La NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO alegó de conclusión en segunda instancia, reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda y alegatos de primera instancia. Del mismo modo, la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Superintendencia de Notariado y registro alegaron de conclusión en segunda instancia, reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda (Folio 22 a 76 del C de segunda instancia).

- **Parte Demandante:** La parte actora no presentó sus alegatos de conclusión.

- **Ministerio Público:** El Ministerio Público guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011. No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se solicita la nulidad ***del Decreto 1616 de fecha 30 de julio de 2013, por medio del cual se le retiró del cargo de Notario Tercero del Circuito de Sincelejo, al señor LUIS JOSÉ GONZALEZ ANAYA, por cumplimiento de la edad de retiro forzoso***

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los antecedentes reconstruido debe el Tribunal establecer, *¿si el acto administrativo que dispuso el retiro del cargo de notario del actor por*

cumplimiento de la edad de retiro forzoso, se encuentra viciado de nulidad por no tener en cuenta la condición de pre pensionado del actor, por tanto amparado por reten social?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta las particularidades del caso bajo estudio: 1. Naturaleza jurídica del cargo de Notario; 2. La Causal de retiro del servicio por edad y su interpretación; 3. El caso concreto.

2.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO DE NOTARIO.

Empecemos por advertir que el tema relacionado con la naturaleza jurídica del cargo de quienes se desempeñan como Notarios no ha sido reposado, dada la connotación y regulación de la figura, no obstante, la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado ha mantenido una postura particularmente uniforme en el sentido de considerar a estos servidores como funcionarios públicos, bajo el entendido que cumplen una función pública, por colaboración, pero que no detentan autoridad ni jurisdicción.

Para mayor claridad, se hace oportuno citar lo dicho por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 11 de julio de 2013, en la que se expuso:

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

En reciente sentencia proferida el 8 de agosto de 2012⁴, dentro del expediente No. 250002325000200212829-03 (No. interno: 1748-2007), la Sección Segunda, Subsección "B" de esta Corporación, realizó una síntesis sobre el asunto, que resulta pertinente transcribir para conocer el estado actual del tema:

"a. Naturaleza jurídica del cargo de notario.

Considera la Sala, en esta ocasión, que resulta oportuno realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza de la actividad notarial en el ordenamiento jurídico colombiano desde la perspectiva legal y jurisprudencial, esto, con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Sobre el particular se estima, que ha sido una constante el entendimiento de que el servicio de notariado y de registro es una función para dar fe pública y que pertenece al Estado, el cual lo ha delegado en los notarios. En efecto, desde el Código Civil de la Unión de 1873, adoptado por el Congreso de la República de Colombia el 15 de abril de 1887 se dispuso, en su Libro Cuarto, Título 42, artículo 2.550, que la actividad notarial debía ejercerse dentro de los círculos notariales so pena que los actos suscritos por fuera de ellos se encontraran viciados de nulidad.

⁴ Ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Demandante Gabriel Stanich Maldonado, demandados la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho y Superintendencia de Notariado y Registro.

En este mismo sentido, el artículo 2.547 ibídem preceptuaba que la recepción, extensión y autorización de los actos y contratos en relación con los cuales los intervinientes quisieran dar autenticidad y constancia pública conforme a la ley, estarían a cargo del notario público.

Con posterioridad, fue promulgada la Constitución de 1886, en la cual inicialmente se guardó silencio en relación con el desarrollo de la actividad notarial lo anterior, vale la pena aclarar, hasta la aprobación del Acto Legislativo 3 de 1910, mediante el cual se le asignó a las Asambleas Departamentales, la creación y supresión de Circuitos de Notaría y de Registro.

No obstante lo anterior, no fue sino hasta la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 1931, artículo 1, que se le dio a la actividad notarial el carácter de servicio público, al tiempo que se definió al legislador la competencia para la creación y supresión de los Círculos Notariales y su respectiva organización y reglamentación.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes de la norma en cita:

"Compete a la ley la creación y supresión de círculos de Notaria y de Registro y la organización del servicio público que prestan los Notarios y los Registradores."

Con posterioridad, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 8 de 1969, expidió los Decretos Ley 960 de 5 de agosto de 1970, Estatuto del Notariado, y 2163 de 9 de noviembre de 1970, por el cual se oficializaba el servicio del notariado, los cuales en su artículo 1, respectivamente, le atribuyeron al notariado el carácter de servicio del Estado, prestado por funcionarios públicos, de acuerdo a lo previsto en la ley.

Así se observa en las citadas normas:

"Decreto Ley 960 de 1970.

"Artículo 1: "El notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el Notario y a lo que este exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la Ley establece.

Decreto Ley 2163 de 1970.

"Artículo 1º.-El notario es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

El Notario forma parte de la Rama Ejecutiva y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial.

La fe pública implica o notarial otorga (sic) plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece."

Así mismo, el Legislador mediante la Ley 29 de 1973, por la cual se crea el Fondo Nacional del Notariado, y se dictan otras disposiciones, reiteró que el notariado "es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial."

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes del artículo 1 de la Ley 29 de 1973:

"El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial.

La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece."

En este mismo sentido, el Presidente de la República expidió el Decreto 2148 de 1 de agosto de 1983, mediante el cual reglamentó el Decreto Ley 960 de 1970 y la Ley 29 de 1973 reiterando que la actividad notarial es un servicio público que implicaba el ejercicio de la fe notarial, la cual a su vez otorgaba plena autenticidad a las

declaraciones emitidas ante el notario y a lo expresado por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que todo el desarrollo normativo antes expuesto le ha conferido históricamente a la actividad notarial, **en primer lugar, el carácter de servicio público y, en segundo lugar, a los notarios la condición de servidores públicos**. En efecto, debe decirse que lo anterior se ha sustentado en el hecho de que el servicio notarial ha sido entendido como un servicio público, el cual es prestado por personas designadas por el poder público, cuyas funciones están previstas en la ley, a demás (sic) de que cuenta con elementos similares a los de un servidor público vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, entre ellos la edad de retiro forzoso, la carrera administrativa y un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño del cargo.

Lo anterior se corrobora en el desarrollo jurisprudencial que le ha dado esta Corporación a la actividad notarial; al respecto basta ver los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales para constatar como (sic) tradicionalmente se le ha atribuido a los notarios el carácter de servidores públicos.

En efecto, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 22 de octubre de 1981, Consejero Ponente, Ignacio Reyes Posada Rodríguez. Exp. No. 10817, sostuvo que: *"El Notario es un empleado público porque cumple funciones públicas señaladas por la ley y el reglamento; está amparado por las normas sobre carrera notarial que le garantizan estabilidad en el empleo y un sistema de ascensos que tiende a su progreso intelectual, moral y económico. Están amparados por las normas del Decreto 3135 de 1968 que regula las prestaciones sociales de los empleados públicos y del Decreto 2400 de 1968, sobre administración de personal civil, entre otras las que señala en sesenta y cinco años la edad de retiro por vejez (Art. 31); y finalmente el Estatuto Notarial (Decreto 960 de 1970) no derogó el sistema del retiro forzoso para los Notarios por razón de vejez."*

Así mismo, esta Sección en sentencia de 14 de mayo de 1990, Exp: 2996, sostuvo en relación con los notarios, que:

"En el ámbito de la función pública, se crea entonces, vistos los elementos enumerados, una interpelación jurídica evidente respecto a la categoría de los notarios con los rasgos esenciales de los funcionarios públicos. Sí se dan entonces los elementos de las definiciones del artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 de empleo y de empleado lo que lleva al convencimiento de que los notarios, si bien bajo circunstancias muy sui generis, son funcionarios públicos; en otras palabras, son empleados públicos especialísimos de acuerdo con la exégesis conjunta de los decretos leyes y de la ley que integran ahora su especialísimo estatuto, sin que esos elementos hagan del notariado una profesión u oficio, como pretende hacer ver uno de los grupo (sic) de actores en el caso sub judice.

Eso significa, por tanto, que en aquello que la ley no ha reglado específicamente para ello, los notarios son empleados públicos con la jerarquía de funcionarios, sujetos a las normatividades generales que los rigen. Son funcionarios muy especiales colocados por la ley para dar fe de los actos que se celebren ante ellos y de los hechos que presencien en ejercicio de sus funciones, amén de ser ahora, verdaderos "magistrados o jueces de paz", pero funcionarios como se desprende, se repite, de los elementos que acaban de enumerarse."

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, advierte la Sala que tanto las normas analizadas con anterioridad, estos son, los Decretos Leyes 960 y 2163 de 1970, la Ley 29 de 1973 y el Decreto reglamentario 2148 de 1983, así como la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación y de sus respectivas Secciones han considerado tradicionalmente que los notarios ostentan la calidad de servidores públicos dado que su actividad constituye el ejercicio de función pública, por disposición del Estado, en condiciones similares a la de los empleados públicos vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria.

Dado que el punto de la naturaleza jurídica de los notarios no incide en la definición del asunto que ahora se somete a la consideración de la Sala, resulta por eso mismo pertinente ahondar en algunas consideraciones en torno a la condición de los notarios en vigencia de la Constitución Política de 1991, con el propósito de abrir nuevos horizontes de análisis para futuras definiciones jurisprudenciales en esta Sección.

En efecto, independientemente de la naturaleza jurídica de los notarios, esto es, si actualmente son empleados públicos o particulares que prestan un servicio público, y

tienen algunos deberes y derecho (sic) laborales, no cabe duda de que están sujetos al régimen disciplinario de los servidores públicos.

Al respecto debe decirse que, **la Constitución Política de 1991 en su artículo 131 mantiene la categoría de servicio público** que, ya desde la expedición del Acto Legislativo 1 de 1931, le había sido atribuida por el legislador a la actividad notarial, y así mismo dispone que su reglamentación, entendiendo por tal el régimen laboral y lo relativo a los aportes y tributación especial, estaba reservada de manera expresa al legislador.

En relación con las facultades de crear, suprimir, fusionar círculos notariales y de registro y de determinar el número de notarios y oficinas de registro, la citada norma se las atribuye al Gobierno Nacional. De igual forma, el texto constitucional señala que la provisión del cargo de notario debe hacerse en propiedad, previo agotamiento del correspondiente proceso de selección por méritos.

Así se lee en la citada norma.

"ARTICULO 131: Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia.

El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso.

Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro."

De lo anterior, resulta evidente para la Sala que si bien la Constitución Política de 1991 mantiene invariable el carácter de servicio público del que tradicionalmente ha gozado la actividad notarial y de registro, y le atribuye al Gobierno Nacional su reglamentación, ello per se no le atribuye expresamente la condición de servidor público a los notarios, lo anterior en tanto dicha categoría está reservada por el mismo texto constitucional, en su artículo 123, a los miembros de las corporaciones públicas, los trabajadores oficiales y a los empleados públicos, en sus distintas categorías, esto es, los de elección popular, período fijo, provisionales, libre nombramiento y remoción, carrera administrativa y temporales.

En efecto, debe decirse que no fue el querer del constituyente de 1991 establecer una cláusula cerrada en lo que se refiere al ejercicio de la función pública, sino que el texto constitucional de 1991 advirtiendo la multiplicidad de actividades que un Estado social y democrático de derecho debe desarrollar para satisfacer sus fines esenciales y para asegurar el cumplimiento de sus deberes sociales y los de los asociados, previó la necesidad de poder contar con la colaboración de los particulares para el desarrollo de algunas actividades que entrañaran el ejercicio de función pública.

Lo anterior, constituye el motivo por el cual el constituyente de 1991, estableció la posibilidad de que los particulares pudieran desempeñar temporalmente funciones públicas, en los precisos términos del inciso final del artículo 123 ibídem, *"La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."* y que además contaran (sic) con la posibilidad de ejercer funciones administrativas conforme lo dispuso el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, *"Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."*

Bajo estos supuestos, debe decirse que si bien la actividad notarial es un servicio público cuyo desarrollo entraña el ejercicio de función pública, por parte de los notarios, actividad en la que se advierten elementos coincidentes con la naturaleza del empleado público vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, como son el hecho de que sus funciones estén previstas en la ley; que cuenten con un sistema de carrera el cual permite el acceso al ejercicio del cargo, mediante el nombramiento y la posesión, y que estén sujetos a un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ello por sí sólo no le atribuye la categoría de servidores públicos, empleados públicos, en estricto sentido, toda vez que son más los elementos propios de la actividad notarial, que le atribuyen un carácter especialísimo y distinto frente al empleado público tradicional.

Si bien las normas legales que regulan la actividad notarial son en su mayoría anteriores a la Constitución Política de 1991, una lectura de las mismas a la luz de la Carta vigente, permite advertir que a diferencia del empleado público que se vincula a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, los notarios gozan de un alto grado de autonomía, y son sujetos de unas obligaciones especiales, que les permite en primer lugar, de acuerdo con los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 29 de 1973, crear los empleos que requieran para el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo; gozar de una remuneración constituida por las sumas de dinero que reciben por la prestación de sus servicios de conformidad con las tarifas legales, y el deber de pagar las asignaciones de sus empleados subalternos con cargo a los recursos que reciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales autorizados por la ley.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes de las citadas normas.

"De la Ley 29 de 1973

Art. 2.- La remuneración de los notarios la constituyen las sumas que reciban de los usuarios por la prestación de sus servicios, de acuerdo con las tarifas legales, y por subsidios que les fije el Fondo Nacional del Notariado o la Superintendencia de Notariado y Registro cuando fuere el caso.

Con esta remuneración los notarios están obligados a costear y mantener el servicio.

**Art. 3.- Los notarios crearán bajo su responsabilidad, los empleos que requiera el eficaz funcionamiento de las oficinas a su cargo, y enviarán a la Superintendencia copia de las providencias que dicten en ese sentido.*

**Art. 4*- El pago de las asignaciones de los empleados subalternos de los notarios, así como la dotación y sostenimiento de las respectivas oficinas, se hará por tales funcionarios de los recursos que perciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales que autoriza la ley."*

Así mismo, los notarios son responsables del impuesto sobre las ventas, y actúan también como agentes retenedores del impuesto de timbre, y del impuesto al valor agregado, sobre los servicios notariales prestados. Además, deben efectuar un aporte especial a la administración de justicia, en los términos de los artículos 11 y 19 de la Ley 29 de 1973, 5 del Decreto 1250 de 1992 y 437 y 518.2 del Estatuto Tributario.

Así se observa en las citadas normas:

"- De la Ley 29 de 1973

Art. 11.- El Fondo Nacional del Notariado se formará y mantendrá con los aportes que deberán hacer de sus ingresos todos los notarios del país en proporción al número de escrituras que se otorguen en sus respectivos despachos, en la forma que disponga el Gobierno Nacional y hasta la cantidad de diez pesos (\$10.00) por cada escritura, mientras estén vigentes las tarifas señaladas en la Ley 1 de 1962. Igualmente harán parte del Fondo los aportes que reciba del Gobierno Nacional o de los particulares.

Art. 19.- Los depósitos de dinero que los otorgantes constituyen en poder del notario para el pago de los impuestos o contribuciones implican la obligación de darles la destinación que les corresponda, inmediatamente o en los términos señalados y comprometen la responsabilidad civil y penal del notario en caso de incumplimiento, de darles una destinación diferente de la que les corresponda o de emplearlos en provecho propio o de terceros.(...).

- Del Decreto 1250 de 1992

ARTÍCULO 5o. RESPONSABLES DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS EN LA PRESTACION DE SERVICIOS NOTARIALES. En el caso de la prestación de servicios notariales serán responsables de impuesto sobre las ventas, las notarías, las cuales cumplirán las diferentes obligaciones tributarias derivadas de tal calidad, con el Número de Identificación Tributaria -NIT- que corresponda al respectivo notario.

Corresponde al notario el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas del impuesto sobre las ventas para la respectiva notaría.

- Del Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989.

ARTÍCULO 437. LOS COMERCIANTES Y QUIENES REALICEN ACTOS SIMILARES A LOS DE ELLOS Y LOS IMPORTADORES SON SUJETOS PASIVOS. Son responsables del impuesto:

*a. En las ventas, los comerciantes, cualquiera que sea la fase de los ciclos de producción y distribución en la que actúen y quienes sin poseer tal carácter, ejecuten habitualmente actos similares a los de aquellos.
(...)*

c. <Literal modificado por el artículo 25 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Quienes presten servicios.

ARTÍCULO 518. AGENTES DE RETENCION. <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Deberán responder como agentes de retención, a más de los que señale el reglamento:

2. Los notarios por las escrituras públicas. (...)."

A lo anterior se suma, el hecho de que los ingresos provenientes de la actividad notarial, no constituyen fondos públicos, en tanto la ley no les otorga tal carácter y porque tampoco ingresan al presupuesto general de la Nación, lo que hace que dichos recursos no estén sujetos a la vigilancia y control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los dineros que integran el patrimonio público.

Teniendo en cuenta lo expuesto, puede estimarse que la actividad que desarrollan los notarios goza de unas particularidades que permiten diferenciarla claramente de la actividad desplegada por un servidor público, vinculado a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, en tanto como quedó visto, los primeros son sujetos de unas obligaciones especiales en materia tributaria, producto de la actividad notarial y registral, del mismo modo que cuentan con la posibilidad de crear empleos en sus respectivas notarias (sic) y, así como la responsabilidad de pagar las asignaciones de sus subalternos y del mantenimiento de los servicios, todo ello con cargo directo a los dineros que por concepto de derechos notariales perciben, en el marco de una autonomía respecto de la administración.

Así las cosas, se reitera que si bien no hay duda que la actividad notarial, constituye un servicio público, que implica el ejercicio de función pública por disposición de la Constitución Política, artículo 131, actividad que debe decirse reviste una especial importancia para preservar la seguridad y la paz social, en la medida en que contribuye a dar fe a los negocios celebrados entre particulares, y en no pocas ocasiones dentro de las actuaciones que surten estos ante la administración, tales circunstancias no convierten a los notarios en servidores públicos dado que, resulta evidente, que ellos no cuentan con una vinculación laboral directa y subordinada a la administración, a más de que en el desarrollo del giro ordinario de sus actividades son sujetos de obligaciones y deberes especiales, de los cuales ningún otro servidor del Estado es sujeto, como quedó visto en precedencia.

Advierte la Sala que, las particularidades especiales de que goza el ejercicio de la actividad notarial, apartan a los notarios de la noción genérica de servidores públicos y, por el contrario, los aproxima a lo que la técnica de la administración pública ha denominado descentralización por colaboración, mediante la cual el Estado aprovecha la capacidad organizativa con que cuenta un particular, para garantizar la efectividad en el desarrollo de la función pública, esto es, en la prestación de determinado servicio.

En este punto la Sala se permite precisar, que bajo el esquema actual que rige la actividad notarial y registral en Colombia, el Estado descentraliza la función de dar fe y del registro de determinados actos jurídicos en los particulares, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 123 y 210 de la Constitución Política, para que estos con observancia de sus obligaciones, deberes, autonomía, medios e infraestructura cumplan eficazmente dicha tarea.

En relación con la naturaleza jurídica de los notarios, la Corte Constitucional tradicionalmente ha sostenido que los notarios carecen de la calidad de servidores públicos, como puede observarse en la sentencia C-1212 de 21 de noviembre de 2001, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, en la cual se precisó lo siguiente:

"4. Naturaleza jurídica del cargo de notario y la función notarial

"La Constitución Política, en su artículo 131, confiere al legislador la reglamentación del "servicio público" que prestan los notarios y el régimen laboral aplicable a sus empleados. En el decreto 2163 de 1970, así como en las leyes 29 de 1973 y 588 de

2000, se consagra que "el notariado es un servicio público que se presta por los notarios y que implica el ejercicio de la fe pública o notarial". La Corte ya ha precisado que la prestación de dicho servicio apareja el cumplimiento de una función pública, en los siguientes términos:

"...los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la "función fedante", la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general. (...)"

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales..."

Los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, así objetivamente ejerzan la función de dar fe pública de los actos que requieren de su intervención. Son, en cambio, particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración, de conformidad con los artículos 123 inciso final, 210 inciso segundo, y 365 inciso segundo, de la Carta Política. (...).".

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, existen serios argumentos para estimar que los notarios como sujetos depositarios de la fe pública, y en consecuencia encargados de declarar la autenticidad de determinados documentos y hechos, conocidos dentro del giro ordinario de su actividad, no gozan de la condición de servidores públicos en tanto, se repite el hecho de que no exista el típico un vínculo (sic) laboral con el Estado, mediante una relación legal y reglamentaria, sumado a las obligaciones y deberes especiales que gobierna dicha actividad, los sitúa en el plano de particulares que mediante la técnica de la descentralización por colaboración, prevista por el Constituyente de 1991, colaboran en la prestación de un servicio sin que ello implique la existencia de un vínculo contractual o legal que permita inferir una relación de tipo laboral directa con la administración.
(...)"

Vista la síntesis que elaboró la Sección Segunda, Subsección "B", sobre la naturaleza jurídica de los notarios y la incidencia que ella pueda tener en lo que al régimen de inhabilidades se refiere, esta Sección, en sentencia de 25 de agosto de 2005⁵, entendió, (con apoyo en una sentencia del año 1998 de la Sección Segunda de esta Corporación⁶, la cual a su vez se sustentó en la posición jurisprudencial que mantiene el Consejo de Estado desde el año 1960⁷), que si bien los notarios son funcionarios públicos, éstos no desarrollan ningún tipo de autoridad, a diferencia de como lo considera la Corte Constitucional, que afirma que son particulares en ejercicio de funciones públicas con "autoridad pública".
(...)

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

Lo anterior, porque:

⁵ Radicación número: 23001-23-31-000-2003-01418-01(3635), Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

⁶ Del 5 de marzo, expediente 15374.

⁷ Así lo indica el fallo de 4 de marzo de 1999, expedientes acumulados 1915, 1916 y 1930, proferido por esta Sección, donde se indica que dicha postura la ha mantenido esta Corporación desde ese año con sentencia de: de 23 de abril de 1.960 -Anales, t. LXII, núms. 387 a 391, ps. 641 y 642-, y que se reitera en otras de: 6 de mayo de 1.961 -Anales, t. LXIII, núms. 392 a 396, ps. 506 y 507-, 12 de marzo de 1.963 -Anales, t. LXVI, núms. 401 y 402, p. 175-, 13 de septiembre de 1.968 -Anales, t. LXXV, núms. 419 y 420, ps 113 y 114-, 16 de marzo de 1.970 -Anales, t. LXXVIII, núms. 425 Y 426, p. 129-, 22 de octubre de 1.981 -Anales, t. CI, núms. 471 y 472, ps. 225 a 227-, 14 de mayo de 1.990 -Anales, t. CXIX, ps. 537 a 542- y 5 de marzo de 1.998 -expediente 15.374-.

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

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

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

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

5) La remuneración de los notarios, cuando se trate de notarías con insuficientes ingresos, proviene del Fondo Cuenta Especial del Notariado (artículo 2 de la Ley 29 de 1973)⁸.

6) *"...el sometimiento de la función [notarial] y las condiciones de acceso predominan para efectos de poder determinar su categoría, régimen laboral y jurisdicción competente para conocer de sus conflictos, es decir, que estos son para efectos laborales, servidores públicos."*⁹.

7) Las labores y competencias específicas de los notarios están sometidas al principio de legalidad, de manera que solo pueden hacer lo que la Ley les permite. Están contenidas en las normas que regulan la función notarial, como el artículo 3 del Decreto 960 de 1970¹⁰.

Conforme a lo anterior, la Sala también ratifica su postura según la cual ninguna de las funciones que legalmente ejercen los notarios corresponden o se ubican a las que se encuentran previstas en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, que definen la autoridad civil, política o administrativa de los funcionarios públicos¹¹.

⁸ Con el Decreto 1672 de 1997, por el cual se liquidó el Fondo Nacional del Notariado y se transformó en un fondo o sistema especial de manejo de cuentas administrado por la Superintendencia de Notariado y Registro, se dispuso que sus recursos serán destinados a mejorar las condiciones económicas de los notarios de insuficientes ingresos.

⁹ Sentencia de 30 de noviembre de 2011, Sección Segunda, Subsección "B". C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No. 110010325000201000047 00 (0383-2010), Actor: Uriel Francisco Bonilla Currea, demandado: Superintendencia de Notariado y Registro.

¹⁰ "ARTICULO 3o. FUNCIONES DE LOS NOTARIOS. Compete a los Notarios:

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

2. Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados.

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

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

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

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

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

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

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

10. Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados.

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

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

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

14. Las demás funciones que les señalen las Leyes."

¹¹ "Artículo 188: Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

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

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

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

Pues bien, el análisis del cargo desde la hermenéutica de esta Corporación en virtud de la cual se tiene que los notarios son funcionarios públicos en razón al desempeño de la función notarial, pero que no hay lugar a considerar que ejercen autoridad civil, política o administrativa, permite concluir que la prohibición que dispone el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 no se configuraría en ninguna situación ante la falta de uno de sus elementos: que el vínculo sea con una persona que es funcionario público y que en estas condiciones ejerce autoridad en los términos que requiere la norma.”¹²

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que *“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 ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares. 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. Las decisiones que adopten los notarios pueden ser debatidas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, además, el decreto 960 de 1970 aluden a la responsabilidad civil en la que pueden incurrir siempre que causen daños y perjuicios a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del mismo”*.

Agregando que *“A los notarios en el cumplimiento de sus labores relacionadas con la fe pública les asiste el carácter de autoridades. Si bien, quienes prestan el servicio notarial no son servidores públicos, difícil sería entender el conjunto de tareas que les han sido asignadas si actos de tanta trascendencia como aquellos en los que se vierte el ejercicio de su función no estuvieran amparados por el poder que, en nombre del Estado, les imprimen los notarios en su calidad*

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

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

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

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

¹² Consejo de Estado, sentencia del 11 de julio de 2013, Exp. No. 470012331000201200055-01, M.P. Dra. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.

de autoridades. El propósito ínsito de la disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste”¹³

Igualmente ha dicho que, “los notarios no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, así objetivamente ejerzan la función de dar fe pública de los actos que requieren de su intervención. Son, **en cambio, particulares que prestan en forma permanente la función pública notarial**, bajo la figura de la descentralización por colaboración”¹⁴

2.2.2 EL RETIRO DEL SERVICIO POR EDAD EN EL CASO DE NOTARIOS. LÍMITES Y GARANTÍAS. PREPENSIONADO.

Planteada la discusión bajo el entendido que quien presta el servicio público notarial es un particular que cumple funciones públicas bajo la figura de la descentralización por colaboración, como lo señala la Corte Constitucional o en su defecto tomando la tesis del Consejo de Estado, que es un funcionario público sin jurisdicción y autoridad, pues sus funciones son innegablemente públicas¹⁵, debe la Sala entrar a revisar si dentro del régimen legal establecido para la carrera o servicio notarial la cual contempla como causa del retiro del servicio el cumplimiento de los 65 años de edad, (edad de retiro forzoso) debe ser atemperada bajo las reglas y garantías constitucionales que se ha construido por la protección a los pre pensionados, situación fundamental sobre la cual se duele la parte actora con la expedición de su acto administrativo de retiro.

Pues bien, dentro de las normas que regulan el servicio notarial, su vinculación y régimen de notarías, el Decreto 3047 del 29 de diciembre de 1989, señaló que será causa legal de retiro del servicio el cumplimiento de los 65 años de edad por parte de quien se desempeña como notario. La disposición tiene el siguiente tenor literal:

*Artículo 1º **Señalase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años.** El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, salvo que se trate de*

¹³ Sentencia C – 181 de 1997.

¹⁴ Sentencia C- 1212 de 2001.

¹⁵ De conformidad con el artículo 131 de la C. P.

un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso. (Lo subrayado fue declarado nulo por el Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 23 de marzo de 1993, Radicación números: 4834-4889-5348 Actor: CARLOS GALINDOPINILLA Y OTRO. Demandado: GOBIERNO NACIONAL. C. P. JOAQUIN BARRETO RUIZ)

El tenor literal de la norma, no crea o establece requisitos adicionales para hacer operativa la causal de retiro del servicio, sino el sólo cumplimiento de edad de los 65 años, debiéndose aclarar que no se está en presencia de la causal de retiro del servicio por cumplimiento de los requisitos para pensión establecida en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003¹⁶, como tampoco a la establecida en el literal e del artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹⁷, relacionadas con el cumplimiento de los requisitos de pensión de vejez y el reconocimiento de la pensión como causal de retiro del servicio de los empleados públicos, las cuales tienen condicionamiento de constitucionalidad en su aplicación

Así, las causales de retiro del servicio por cumplimiento de los requisitos de pensión o reconocimiento de la pensión de vejez, son causales diferentes a la relacionada con el límite de edad para permanecer en la función pública activa, que para el caso del sector público en general, hoy viene dado por el literal g del artículo 41 de la Ley 909 de 2004; y para el caso de los notarios en su regulación especial por el artículo 1 del Decreto 3047 del 29 de diciembre de 1989, antes transcrito.

Ahora bien, pese a la discusión de la naturaleza jurídica del cargo de notario, es innegable la similitud fáctica de la causal de retiro del servicio notarial aplicada al demandante con la causal de retiro del servicio establecida en el régimen general de carrera del literal g), Ley 909 de 2004, pues parte del mismo límite de edad¹⁸, 65 años.

En tal sentido, cuando la Corte Constitucional se ha referido a la causal de retiro del servicio por cumplimiento de la edad de retiro forzoso en la funcional pública, ha encontrado razonable y ajustado a la Constitución que se establezca una edad legal

¹⁶ En Sentencia C – 1037 de 2003, la Corte Constitucional, condicionó la aplicación de dicha causal, señalando, “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”

¹⁷ Artículo que fue analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C 501 de 2005, señalando que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

¹⁸ Conforme el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, para los empleados públicos, “la edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos”. Asimismo el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, señala: “Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado”.

habilitante y límite para permanecer en el cumplimiento de funciones públicas, considerando que:

*"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., 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"*¹⁹

De igual manera, en sede de control de tutela, la Corte Constitucional sobre la edad de retiro forzoso, en Sentencia T- 548 de 2010, manifestó:

"La Constitución Política establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual debe garantizar que los derechos de todas las personas se hagan efectivos, con el fin de que éstas tengan un nivel de vida digno y participativo como miembros de una sociedad.

En la Carta Fundamental se encuentra consagrado el derecho al trabajo, el cual, además de ser derecho, es una obligación social y goza de la especial protección del Estado. El artículo 25 señala que "toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."

En consecuencia, le corresponde a la administración velar porque todas las personas puedan acceder a un trabajo que les permita suplir sus necesidades y las de su familia y vivir bajo condiciones mínimamente decorosas.

¹⁹ Ver sentencias, C-531 de 1995, C-563 de 1997 y C- 107 de 2002. Asimismo, T-254 de 2002, T-134 de 2006 y T-016 de 2008. En sentencia C-1037 de 2003, el Tribunal Constitucional, sobre la causal en comentó, señaló: "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"...

No obstante, el mismo texto fundamental le otorgó al legislador la facultad de regular lo pertinente a los empleos públicos, como por ejemplo, entre otros muchos aspectos, lo relacionado con las causales de desvinculación que no estén reguladas directamente en la Constitución.

Entre las causales que estableció el legislador para el retiro del servicio público, se encuentra, en otras, la edad de retiro forzoso, plasmada de manera general en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968^[2] el cual regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Dicha causal se encuentra consagrada en los regímenes especiales, como el de la rama judicial del poder público, el del Ministerio Público, el de la Contraloría General de la República y el de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

La Corte, en múltiples fallos, ha avalado el retiro forzoso a la edad de 65 años como causal de desvinculación del servicio público, por encontrarlo acorde con los fines consagrados en la Carta Fundamental, pues lo que se pretende con esta medida es que “el Estado redistribuya y renueve 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.

Así mismo, esta Corporación ha señalado que la fijación legal de la edad de retiro forzoso a los 65 años, no vulnera el mínimo vital, pues la aludida restricción “impuesta a los servidores públicos 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.”

Del mismo modo, es conveniente anotar que la Corte declaró, mediante sentencia C-351 de 1995, la exequibilidad del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 el cual establece la edad de retiro forzoso de manera general, en esa oportunidad esta Corporación señaló que “es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.”

En su análisis, entonces, el Tribunal Constitucional ha encontrado que la causal en estudio es una medida legítima que *per se* no vulnera derechos fundamentales y permite un relevo generacional laboral.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 22 de febrero de 1990, radicado No. 347 sobre el tema concluyó:

1. Como se indicó, cuando el funcionario o empleado oficial ha llegado a la edad de retiro forzoso debe la entidad proceder a notificarle de que cesará en sus funciones y será retirado del servicio, cuando la entidad de previsión social o el ISS le comuniquen su inclusión en la nómina de pensionados, en la misma fecha en que se retire.
2. La Ley 71 de 1988 no modificó la edad de sesenta y cinco (65) años, prevista para el retiro forzoso, por el Decreto Ley 2400 de 1968 y su

Decreto Reglamentario 1950 de 1973, lo que modificó dicha Ley fue el término de seis (6) meses establecido para gestionar el reconocimiento de la pensión, que se contaba a partir de la notificación al empleado, por parte del organismo al cual se encontraba vinculado.

3. De suerte que, no puede ser indefinida la vinculación del empleado oficial que ha cumplido la edad de retiro forzoso, porque este debe gestionar el reconocimiento y pago de su respectiva pensión, inmediatamente después de reunir los requisitos establecidos por la Ley, desde ese momento es a la entidad de previsión social a la que corresponde el trámite de la solicitud que culmina con la inclusión en nómina de pensionados, lo que permite el retiro del servicio del empleado”

Igualmente en Concepto del 10 de febrero de 2014, Radicación Interna: 11001-03-06-000-2013-00529-00(2188) la misma Sala, sobre el retiro por edad, realizó las siguientes consideraciones:

....A partir de la lectura de estas normas, la Sala concluye que el servidor público debe ser retirado de su cargo al momento de cumplir la edad de 65 años.

No obstante, no escapa a la Sala que la Corte Constitucional Colombiana, en aplicación de preceptos constitucionales, en casos concretos y a partir de un análisis de situaciones particulares, ha realizado una aplicación de las normas sobre retiro forzoso de tal forma que no se presente una violación del derecho al mínimo vital u otros derechos fundamentales del servidor. Por ejemplo, en la sentencia T-154 de 2012 la Corte Constitucional amparó el derecho fundamental al mínimo vital de un profesor que había sido desvinculado de una institución universitaria por haber alcanzado la edad de retiro forzoso. Señaló la Corte que aunque constituía justa causa para retirar al accionante el que este llegara a la mencionada edad, la desvinculación vulneró sus derechos fundamentales pues lo privó del único ingreso con que contaba para su manutención personal y familiar.

Para la Corte, antes de producirse la desvinculación, debía haberse comprobado si el accionante gozaba de forma efectiva de su pensión, pues de esta forma estaría garantizada su remuneración vital⁶⁷. Igualmente, en la sentencia T-495 de 2011 la Corte resolvió una acción de tutela interpuesta por un servidor que: i) fue retirado del servicio al cumplir la edad de 65 años, ii) al momento de su desvinculación solamente le faltaban 2 meses y medio para completar el término 20 años que requería para acceder a su pensión, iii) su salario constituía su única fuente de ingresos, iv) en razón de su edad se encontraba por fuera del mercado laboral, v) tenía a su cargo a su esposa y vi) no contaba con acceso al servicio de salud. Bajo este contexto, consideró la Corte que el accionante tenía que haber permanecido en su cargo hasta alcanzar los 20 años de cotizaciones, y una vez estos fueran completados, debía continuar allí hasta que el Fondo de Pensiones comenzara a pagarle de forma efectiva su mesada pensional.

Por su parte, en la sentencia T-038/12, la Corte Constitucional tuteló el derecho al mínimo vital de una docente que había sido apartada de su cargo por haber cumplido la edad de retiro forzoso. Encontró la Corte que la accionante tenía como única fuente de ingresos el salario que recibía como docente, era una persona de avanzada edad, enferma, y que ante la

incertidumbre de la fecha en la cual le sería reconocida su pensión, no tenía expectativas de contar en un futuro cercano con la garantía de vivir en condiciones mínimamente dignas. Por lo anterior, ordenó la Corte el reintegro de la accionante hasta que se resolviera de forma definitiva su solicitud de reconocimiento pensional.

Como puede observarse, la Corte Constitucional en casos concretos y particulares, buscando proteger derechos fundamentales, ha permitido a servidores públicos continuar ocupando su cargo hasta tanto empiecen a disfrutar de su derecho pensional, a pesar de que han alcanzado la edad de retiro forzoso.

Sin embargo, como estas decisiones corresponden a casos concretos resueltos a la luz de circunstancias individuales y particulares, y teniendo en cuenta que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 señala con claridad que el servidor que cumpla la edad de 65 años “será retirado del servicio”, la Sala considera que en principio se debe aplicar la regla general establecida en el mencionado artículo”

La Corte Constitucional ha señalado frente a la restricción de la edad para la permanencia en el servicio, que su aplicación debe ser razonada, como se puede apreciar en la Sentencia T – 865 de 2009, así:

“Para la Corte la restricción impuesta por el cumplimiento de la edad de retiro para que los empleados públicos continúen prestando el servicio se ve “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),”[10]lo cual garantiza la protección del derecho fundamental al mínimo vital de los antiguos trabajadores.

Sin embargo, el sólo hecho de la declaratoria de insubsistencia que desvincula del servicio a un trabajador público que ha llegado a la edad de retiro forzoso, no implica que surja automáticamente para él el derecho a la pensión, ya que el reconocimiento del mismo se encuentra sujeto al cumplimiento de requisitos de edad y tiempo de cotización exigidos por el respectivo régimen al cual se encuentre afiliado; y la verificación del cumplimiento de los mismos demora en el mejor de los casos por lo menos seis (6) meses, atendiendo a que los empleadores hayan realizado cumplidamente los respectivos aportes a las Cajas de Previsión Social, de lo contrario el reconocimiento y pago de la pensión puede demorarse considerablemente.

En la Sentencia T-012 de 2009, en un caso de similares características al que ahora ocupa a la Sala, esta Corporación precisó:

“Es por ello que la Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo

en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud.”

Esta situación no ha sido ajena al legislador, quien con el propósito de proteger a los trabajadores expidió las normas que desarrollan la filosofía del concepto de seguridad social en un Estado de derecho, con el único fin garantizar los derechos fundamentales a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o que podrían verse afectadas por la terminación abrupta de su relación laboral.

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto se tiene el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual es indicativo de la protección que el Estado brinda a los trabajadores que culminan su vida laboral. El citado precepto establece como causal de terminación, con justa causa por parte del empleador, de las relaciones laborales o legales reglamentarias, el cumplimiento de los requisitos para pensionarse por parte del empleado. Sin embargo, su aplicación sólo es posible hasta tanto al trabajador le ha sido reconocido el derecho a la pensión y se le ha incluido en nómina para su pago. Norma que si bien no es aplicable a este caso concreto, se ha hecho extensiva a los servidores públicos ya que la misma demuestra la intención del legislador de proteger a los trabajadores, de tal suerte que solamente es posible aplicarla cuando no vulnere derechos fundamentales de los servidores públicos y responda a una valoración de las circunstancias particulares del caso. Al respecto la Corte indicó en la Sentencia C-1043 de 2003 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 caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.”

Esbozados los argumentos anteriores, pasará la Sala a analizar si se le han conculcado los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de un servidor público que ha sido declarado insubsistente y que por el hecho de su empleador encontrarse en mora en el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones, le ha sido imposible acceder a una fuente de recursos económicos que le provean su congrua subsistencia dada la avanzada edad del peticionario”

Siendo los elementos constitutivos de la causal de retiro del servicio de los notarios por cumplimiento de edad del artículo 1º del Decreto 3047 del 29 de diciembre de 1989, de igual contenido o presupuesto fáctico a la causal de retiro

del servicio de empleados públicos contenida en el literal g del artículo 41 de la ley 909 de 2004, estima la Sala es posible extraer por analogía y aplicar los argumentos esgrimidos en líneas anteriores, referidos a las limitantes en la aplicación de la causal.

Claro está, debe precisar la Sala, que en atención a los rasgos característicos de los actos administrativos, entre ellos la presunción de legalidad, quien afirme estar cobijado por garantía protectora constitucional, la cual considere vulnerada por un acto de la administración, debe en sede judicial, traer los elementos de juicio suficientes y eficaces que permitan al juez administrativo confirmar los hechos alegados como circunstancias constitutivas de vicios que den lugar a la anulación del acto administrativo.

Una de las garantías que esgrime el demandante como vulneradas y en las cuales fundamenta su vicio de nulidad de expedición irregular y violación de la Ley, es que el acto demandado no respetó la condición de pre pensionado del señor LUIS JOSÉ GONZALEZ ANAYA cuando fue retirado del servicio, punto sobre el cual, previo a resolver el asunto, la Sala realiza las siguientes referencias, normativas y jurisprudenciales.

A través de la Ley 790 de 2002 el Gobierno Nacional emprendió un programa de modernización de la Rama Ejecutiva, lo que implicó la liquidación y restructuración de entidades junto con su planta de personal, por lo que se hizo necesario proteger a los funcionarios que podrían ver afectados sus derechos.

En aras de lo anterior se creó un mecanismo de protección denominado Reten Social, en virtud del cual los servidores que se encontraban en determinadas situaciones que ameritaran un trato especial dada su condición de debilidad manifiesta, no podían ser retirados del servicio ya que eran titulares de una protección especial reforzada. Al respecto el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en los siguientes términos:

“De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, **y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años** contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Negrillas para resaltar). “La protección ofrecida por esa norma se concretó a favor de i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) las personas próximas a pensionarse.”²⁰

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T034 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia: expedientes T-2336831 y T-2381911.

Ahora bien, al decir del Alto Tribunal Constitucional, la garantía reforzada originada en la norma antes citada **no se limita a la restructuración de entidades de la Rama Ejecutiva**, puesto que, tal mecanismo constituye una extensión de las garantías constitucionales, las cuales pueden ser aplicadas en cualquier momento y a cualquier persona. Al respecto se dijo:

“...aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, **las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado**. En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.”²¹ (Negrillas propias)

En el mismo sentido se pronunció dicha Corporación en sentencia T-326 de 2014, en donde manifestó:

“(…)

4.2. En el marco de protección de los derechos de las personas próximas a pensionarse, el legislador promulgó la Ley 790 de 2002, “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”. El objeto de esta ley fue renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado bajo unos parámetros de sostenibilidad financiera. Para tal efecto, ordenó la fusión y la liquidación de distintas entidades en el contexto de lo que se denominó el Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAD), disponiendo, al mismo tiempo, medidas de protección a favor de personas que por sus condiciones particulares podían resultar especialmente afectadas por la desvinculación.

Dicha normativa, en su artículo 12, estableció un beneficio que cobijaba a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y aquellos servidores públicos que dentro de los tres (3) años siguientes contados a partir de la vigencia de la ley (27 de diciembre de 2002), cumplieran con la totalidad de los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez o jubilación, toda vez que no podían ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

En este sentido, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho, bajo el entendido de que las personas que en menos de tres (3) años adquirieran el derecho a pensionarse, configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas.

4.3. Posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003, “por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, que en el último inciso del literal D del artículo 8 modifica la protección conferida por la Ley 790 de 2002, disponiendo expresamente que los beneficios otorgados por dicha ley se

²¹ T-768 de 2005.

aplicarían hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil cuatro (2004), exceptuando a las personas próximas a pensionarse, cuya garantía debía respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

(...)

4.6. Teniendo claridad acerca de la aplicabilidad de la figura del retén social, es importante explicar que la declaración de insubsistencia de la funcionaria Ana Isabel Velásquez Arias, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no se dio en el marco de un proceso de reestructuración de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá realizado dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, sino que fue por efecto de un concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el propósito de proveer los cargos que estuvieran vacantes u ocupados en provisionalidad al interior de la Entidad. Sin embargo, ello no implica que la señora Ana Isabel no tenga derecho a la estabilidad laboral relativa de aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados.

Para entender la anterior afirmación, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia en la solución del problema jurídico materia del presente fallo.

El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública. En este sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-795 de 2009:

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, **la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado**”.

Como bien se indica en la sentencia T-186 de 2013, **el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales implicados en la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.** “En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, **resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos**”, como se explica más adelante.” (Negritas para resaltar)

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del mecanismo del Reten Social, la Corte Constitucional ha considerado que si bien ello fue instrumentado para quienes ostentan la calidad de prepensionado, no es menos cierto que también se extiende

a cualquier trabajador que se encuentre en similares condiciones, habida consideración que se trata de garantías supraleales. Sobre el particular se dijo:

"(...)

6.4.2.3. Finalmente, en la misma sentencia, la Corte armonizó la jurisprudencia constitucional en cuanto a la delimitación del concepto de *persona prepensionada*, en el contexto de un programa de renovación de la administración pública del orden nacional, y concluyó sobre el mismo lo siguiente:

(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez".

"(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública[38]"

(iii) [sobre la extinción de la protección en el tiempo], es decir el lapso durante el cual es posible mantener la protección de estabilidad reforzada para las personas próximas a pensionarse, la jurisprudencia ha desarrollado un criterio uniforme aplicable a todos los grupos protegidos por la Ley 790 de 2002 (madres y padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados), consistente en que dicha protección solamente puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso".

Del anterior resumen se puede concluir que la definición de *prepensionado* encuadra solamente dentro del contexto de un programa de renovación de la administración pública del orden nacional, en favor del servidor público próximo a pensionarse, que al momento en que se dicten las normas que ordenen la supresión o disolución de la entidad en la que labora, le falten tres años o menos para cumplir los requisitos requeridos para que efectivamente se consolide su derecho pensional. Dicha protección se mantendrá hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero[39].

Sin embargo, las medidas de protección consagradas en la 790 de 2002, para este grupo de personas, por ser de origen supraleal, se deben extender a todos los grupos tradicionalmente discriminados, con base en lo dispuesto por el artículo 13 Superior, cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección constitucional puedan llegar a verse conculcados."²² (Negrillas para resaltar).

Particularmente, en cuanto a la condición del Notario esta Corporación es del criterio que, si bien este no tiene la connotación jurídica propiamente dicha de un empleado o trabajador, pues no media en estricto sentido una vinculación con el Estado y mucho menos un contrato de trabajo, lo cierto es que, en la medida en

²² T-824 de 2014.

que puede ser retirado del servicio por cumplimiento de la edad de retiro forzoso conforme lo dispone el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, es factible que, dadas las condiciones, adquiriera la naturaleza de sujeto de especial protección, cualidad que no está limitada a una vinculación laboral, sino que es adquirida conforme los postulados constitucionales y de la cual puede ser titular cualquier persona. De modo que, si las condiciones fácticas permiten concluir que este sujeto, el Notario, fue separado de su cargo, labor o servicio con afectación del mínimo vital, el derecho a la seguridad social, la salud u otro derecho fundamental asociado al hecho de verse privado del ingreso proveniente del servicio prestado o pensión de jubilación/vejez, es totalmente posible salvaguardar tales derechos a través de los mecanismos disponibles para ello, pero bajo las limitantes constitucionales reseñadas previamente, entendiendo que su permanencia no puede ser indefinida en el cargo, pues para ello, están previstas las garantías prestacionales (asistenciales y económicas del sistema de protección social – régimen de seguridad social).

2.3 CASO EN CONCRETO

En el presente asunto la parte actora solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 1616 de fecha 30 de julio de 2013, por medio del cual se le retiró del cargo de Notario Tercero del Circuito de Sincelejo, por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, derivado de la declaración de nulidad pretende, a título de restablecimiento del derecho, se condene al pago de todos los derechos y honorarios dejados de percibir hasta que se reconozca su pensión de vejez e inclusión en nómina.

De las pruebas allegadas al plenario se encuentra acreditado:

- Que mediante el Decreto No. 3397 del 9 de septiembre de 2008 el Ministerio del Interior y Justicia nombró en propiedad al señor LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA como Notario Tercero del Circuito Judicial de Sincelejo (Sucre) (Folio 8 y 9), del cual tomó posesión el día 22 de octubre de 2008 (Folio 10).
- A través del Decreto No. 1616 del 30 de julio de 2013, el Ministerio de Justicia y del Derecho retiró del servicio al señor LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA, el cual se desempeñaba como Notario Tercero del Circuito Judicial de Sincelejo (Sucre), por cumplimiento de la edad de retiro forzoso (Folio 18 a 20).

- Mediante Decreto No. 1834 del 28 de agosto de 2013, el Ministerio de Justicia y del Derecho dispuso dejar sin efectos el Decreto 1616 del 30 de julio de 2013, en cumplimiento de lo ordenado en fallo de tutela de fecha 21 de agosto de 2013, proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre – Sala Jurisdiccional Disciplinaria (Folio 21, 22 y 28 a 57).
- En oficio de fecha SJ-CARM 37304 del 1 de octubre de 2013, la secretaría Judicial del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, le informó al señor LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA que mediante providencia del 25 de septiembre de 2013 se revocó la sentencia de tutela del 21 de agosto de 2013, y en consecuencia devolvió plenos efectos y vigencia al Decreto 1616 de 2013 (Folio 58).
- Que el señor LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA nació el 16 de junio de 1948, por lo que para la fecha de retiro del servicio contaba con 65 años cumplidos, tal como consta en el correspondiente Registro Civil de Nacimiento (Folio 61).

Debe la Sala en primer lugar manifestar que, al margen de la discusión sobre la naturaleza jurídica del cargo de notario, la sentencia apelada deberá ser confirmada, pero en atención a que la parte actora no acreditó que el señor LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA cumpliera con los presupuestos para aplicar las garantías constitucionales sobre las cuales funda las causal de nulidad del acto de retiro del servicio por límite de edad.

En efecto, tal como quedó claro en el marco jurisprudencial citado, si bien el retiro del servicio por cumplimiento de los 65 años es un mandato imperativo y per se, no viola derechos fundamentales, su aplicación debe ser razonada cuando quiera que se afecten derechos fundamentales, siendo en este punto, donde la garantía constitucional *ius* fundamental, que se estima vulnerada con el acto administrativo, no fue demostrada

Ello, porque la parte actora funda su inconformidad con el acto demandado en que no se respetó su calidad de pre pensionado y que en tal sentido debió permanecer en su cargo como mínimo hasta la definición de su situación pensional o inclusión en nómina, lo cierto es que al margen de si se le aplica o no el retén social al personal vinculado al servicio notarial, considera la Sala que las garantías que predica le fueron vulneradas no aparecen demostradas.

En efecto, revisado el expediente, no advierte la Sala que la parte actora haya cumplido con la carga probatoria que le incumbía, esto es, acreditar que el señor LUÍS JOSÉ GONZÁLEZ ANAYA tiene la calidad de prepensionado por cumplir con los presupuestos exigidos para ello, en particular, respecto del tiempo del servicio o semanas cotizadas, pues se reitera que en tratándose del régimen de prima media con prestación definida, cuando de pensión de vejez se trata, los requisitos para acceder a la misma, son la edad y el tiempo de servicios o semanas de cotización, distintos a los del régimen de ahorro individual, en donde el requisito lo constituye el monto del ahorro alcanzado, y la edad solo será considerada a efectos de determinar si hay lugar a aplicación de la garantía mínima de pensión.

De igual forma, afirma el actor que prestó sus servicios por más de 30 años al Estado Colombiano, pero no se aportaron elementos que confirmen dicho enunciado fáctico.

Valga señalar que lo expuesto en misiva del 15 de julio de 2013, suscrita por el demandante y dirigida a COLPENSIONES (Folio 27), y en oficio del 16 de octubre de 2013 procedente de la misma entidad (Folio 53), no dan cuenta que el demandante haya cumplido o esté próximo a cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Por demás, tales documentos no dan cuenta de la existencia de una solicitud de reconocimiento pensional, sino de una petición de traslado de régimen. Y es que, la sola manifestación efectuada en la demanda, no permite dar por acreditado el supuesto de hecho necesario para estructurar el derecho alegado.

Por otra parte, no está demostrado que el los derechos fundamentales al mínimo vital u otros, se hayan afectado con la expedición del acto administrativo, pues se reitera lo expuesto en acápite precedente, la causal de retiro del servicio por milite de edad o edad de retiro forzoso a los 65 años, *per se* es una medida legítima y proporcional a los fines constitucionales, no constitutiva *ipso facto* por su aplicación en atentatorio de garantías constitucionales.

En consecuencia de lo anterior, se reitera, la Sala dispondrá CONFIRMAR la decisión apelada, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero con sustento en lo expuesto en este proveído.

2.4 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia

con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, y a favor de las entidades demandadas. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de abril de 2016 por el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO,** pero con sustento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte demandante y a favor de las entidades demandadas. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta No. 219.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA