

Al responder cite este número
DEF17-0000017-DOJ-2300

Bogotá D.C., viernes, 17 de febrero de 2017

Doctor
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Consejero Ponente
Sección Segunda – Subsección A
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTA SECRETARÍA HOY
17 FEB 2017
SECCIÓN SEGUNDA
EN 3 FOLIOS
Y 3 ANEXOS
Bubly
2

Asunto: Expediente No. 11001032500020160049200 (2252-2016)
Nulidad parcial del artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, sobre
edad de retiro forzoso para los notarios
Actora: Geraldine Giraldo Moreno
Contestación de demanda

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15, numeral 6, del Decreto-Ley 2897 de 2011, y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante Resolución 0641 de 2012, procedo dentro del término legal a **contestar la demanda** dentro del proceso de la referencia, así:

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se demanda la nulidad parcial de la expresión "Señalase (*sic*) como edad de retiro forzoso para los notarios, la de 65 años", contenida en el artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, por considerar que tal previsión vulnera los artículos 123, 131, 150, 189-11 y 210 de la Constitución Política, pues tanto la fijación del régimen aplicable a los particulares que desempeñan funciones públicas, como la reglamentación del servicio público que prestan los notarios, es una materia reservada al legislador y no puede el ejecutivo arrogarse la facultad de establecer limitantes al ejercicio de tales funciones por carecer de competencia para ello.

2. PROBLEMA JURÍDICO CONCRETO

El cuestionamiento a debatir en este proceso es el siguiente: ¿El ejecutivo tenía competencia para expedir la norma acusada al señalar la edad de retiro forzoso para los notarios, en 65 años, o dicha previsión vulnera el principio de legalidad y excede la potestad reglamentaria?

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA NORMA IMPUGNADA

3.1. Derogatoria expresa

Previamente a cualquier consideración sobre la constitucionalidad y legalidad del aparte de la disposición acusada, correspondiente anteriormente al artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, compilado en el artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015 y con referencia complementaria en el artículo 2.2.6.3.2.3 del mismo, se advierte que la norma fue derogada expresamente por el artículo 4 de la Ley 1821 de 2016¹ “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”.

En efecto, la mencionada Ley establece que la edad máxima de retiro para quienes desempeñan funciones públicas será de 70 años y que una vez cumplidos se causará el retiro inmediato del cargo. Adicionalmente, se señala que este cambio no implica la modificación de la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación, ni el régimen de acceso, permanencia o retiro a los cargos públicos (salvo la edad máxima de retiro).

La aclaración anterior, se realiza como una observación previa sobre la materia objeto de debate, sin que ello sea óbice para que la Corporación se pronuncie de fondo, pues conforme a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo² la derogación de un acto administrativo no es obstáculo para decidir respecto de los efectos que el mismo produjo durante su vigencia.

3.2 Competencia del ejecutivo para la expedición de la norma acusada: Respeto al principio de legalidad y correcto ejercicio de la potestad reglamentaria

En el presente caso, se considera que durante la vigencia del aparte de la norma acusada correspondiente al artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, la supuesta vulneración de las normas superiores no se configuró, conforme lo había establecido anteriormente la Corporación mediante sentencia del 30 de abril de 2009 proferida por la Sección Primera³ al pronunciarse sobre la legalidad del artículo 1º del Decreto 3047 de 1989 cuyo contenido correspondía en su integridad al demandado artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015 que compiló, entre otras normas, la mencionada disposición.

Se estima que los argumentos expuestos en la dicha sentencia resultan plenamente aplicables al presente proceso porque el cargo de nulidad aducido en el presente

¹ Artículo 4. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos Ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3)."

² Entre otras, sentencia del 23 de agosto de 2012 de la Sección Primera del Consejo de Estado, radicado 2004-00034, Consejero Ponente (e) Marco Antonio Velilla Moreno: "Así lo ha venido sosteniendo esta Corporación, a partir del pronunciamiento de la Sala Plena en sentencia del 14 de enero de 1991, dentro del expediente número S-157, con ponencia del Consejero de Estado doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla: "...aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras el pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubieren sido expedidos durante su vigencia".

³ Proceso de nulidad radicado bajo el número 2005-00151.

asunto consistente en la falta de competencia del Presidente de la República para expedir el acto acusado, corresponde al mismo cargo denegado, en esa oportunidad.

En efecto, en su oportunidad la Sala consideró que el acto no estaba en capacidad de vulnerar las disposiciones aducidas en la demanda (artículos 131, 150 y 189-11 de la Carta Política), pues el Decreto Ley 960 de 1970 contentivo del Estatuto de Notariado fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias, *pro tempore*, que le confirió el artículo 1, literal a) de la Ley 8 de 1969 y la norma demandada se encargaba exclusivamente de reglamentar el contenido de dicho estatuto y de reproducir otra norma con fuerza de ley, el Decreto 2400 de 1968, que estableció la edad de retiro forzoso de los empleados públicos a los 65 años, la cual era aplicable a los notarios.

Así lo señaló la Sala en la mencionada sentencia:

*En virtud de lo dispuesto en el artículo 137 del Estatuto Notarial, según el cual no podrán ser designados notarios en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso y de acuerdo con los artículos 181 y 182 ibídem, en los cuales se establece que los notarios deberán retirarse cuando se encuentren en situación de retiro forzoso, **por expreso mandato legal la edad de retiro forzoso es un aspecto atinente a la reglamentación del ejercicio de la función notarial.***

*Con fundamento en lo anterior, estimó la Sala, que el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 según el cual todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez de acuerdo con el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos, **les es aplicable a los Notarios y dicho texto es anterior al Decreto Ley 960 de 1970.***

*Luego, **si este último Decreto que contiene el Estatuto Notarial, en sus artículos 137, 181 y 182, aludió a la edad de retiro forzoso, nada impide considerar que a los Notarios se les pueda aplicar la edad de 65 años fijada en el citado Decreto Ley 2400 de 1968, que por lo demás, no perdió su vigencia con la promulgación de la Carta Política de 1991.***

*En tales condiciones, **considera la Sala, la norma acusada no hace más que reiterar un mandato legal y desde esta perspectiva no se está arrogando la función del legislador, lo que descarta la violación del artículo 150 de la Carta Política de 1991.***⁴ (Resaltado fuera del texto original)

En el presente asunto, respecto de la demanda el artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, en el cual se compilaba el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, se considera igualmente que la facultad reglamentaria ejercida por el Presidente de la República tuvo como límite la Constitución y la ley, por lo cual el ejecutivo no alteró o modificó el contenido o espíritu de la misma y su objeto fue contribuir a la concreción de uno de los aspectos regulados en el Estatuto Notarial en sus artículos 137, 181 y 182, relacionado con la posibilidad del retiro forzoso de los notarios.

No hay duda que dicha previsión legal requería reglamentación en orden a convertir en realidad el contenido abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva de la misma y resolver en el terreno práctico los cometidos fijados por las reglas de una

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009. Radicación 2005-00151.

norma con fuerza de ley, dando aplicación extensiva para los notarios, a la edad de retiro forzoso de los empleados públicos.

En ejercicio de la potestad reglamentaria, el Presidente de la República estaba llamado a afinar las disposiciones jurídicas respectivas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que ella se dirige, es decir, determinar la forma en que aquella debe cumplirse cuando no procede ejecutar directamente la ley.

Respecto de la aplicación extensiva a los notarios, de la edad de retiro forzoso de los empleados públicos contenida en el Decreto Ley 2400 de 1968, señaló expresamente la Sala en la sentencia referida del 30 de abril de 2009:

*"Del texto de las normas que ha quedado transcrito, colige la Sala que por expreso mandato **legal LA EDAD DE RETIRO FORZOSO** es un aspecto atinente a la reglamentación del ejercicio de la función notarial.*

Ahora, el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 previó:

"Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este Decreto".

*Estima la Sala que a los Notarios les es aplicable el texto **LEGAL** transcrito, que es anterior al Decreto Ley 960 de 1970. Luego, si este último Decreto, que contiene el Estatuto Notarial, como quedó visto, en sus artículos 137, 181 y 182, aludió a la edad de **RETIRO FORZOSO**, nada impide considerar que a los Notarios se les pueda aplicar la edad de 65 años fijada en el citado **DECRETO LEY 2400 de 1968**, que por lo demás, según se verá más adelante, no perdió su vigencia con la promulgación de la Carta Política de 1991.*

En estas condiciones, la norma acusada no hace más que reiterar un mandato legal y desde esta perspectiva no se está arrogando la función del legislador, lo que descarta la violación del artículo 150 de la Carta Política de 1991.

*En lo que respecta a la violación del principio a la igualdad y de acceso al servicio público, merece destacarse la sentencia de la Corte Constitucional C-351 de 9 de agosto de 1995, Consejero ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa, según la cual, **el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991**, porque no la contradice y no se viola el derecho a la igualdad porque el legislador es autónomo para fijar el tope de la edad, pues la Constitución misma prevé estas situaciones cuando le confiere a aquél la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica, además de que no existe discriminación pues deben brindarse oportunidades laborales a otras personas que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida.*

En consecuencia, no tienen pues vocación de prosperidad los citados cargos de violación.

(...)

Finalmente, tampoco le asiste razón al actor en cuanto al cargo de falta de motivación, pues tratándose del ejercicio de la facultad reglamentaria le basta al Gobierno Nacional invocar la norma que lo autoriza para ello.

De otra parte, como ya se dijo, en este caso, el Gobierno Nacional no hizo más que reiterar la disposición de orden legal de imponer el límite de edad de retiro forzoso en los 65 años.” (Resaltado fuera del texto original).

Con fundamento en la anterior se considera, al igual que se sostuvo respecto del artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, compilado en el artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015 demandado, que el ejecutivo al señalar como edad de retiro forzoso para los notarios la de 65 años, procedió dentro del marco constitucional y legal a reglamentar las disposiciones del Decreto Ley 960 de 1970 que aluden a ese aspecto en particular y a reiterar el contenido del Decreto Ley 2400 de 1968 aplicable a los notarios, por todo lo cual ejerció legítimamente la potestad reglamentaria en el marco de sus facultades y no usurpó el ámbito de competencias del legislador.

Con fundamento en lo anterior la solicitud la pretensión de nulidad del artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, por los efectos que produjo la norma durante su vigencia resulta improcedente, en cuanto no logra desvirtuar la presunción de legalidad del mismo por la vulneración de normas superiores.

3. PETICIÓN

Por lo anterior, se solicita respetuosamente al Consejo de Estado, declarar que el aparte de la norma acusado, estuvo ajustado al ordenamiento superior desde el momento de su expedición y durante su vigencia.

4. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

4.1 Copia de la parte pertinente del Decreto 2897 de 2011, en cuyo artículo 15, numeral, 6 asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

4.2 Copia de la Resolución 0641 de 2012, por la cual se delega la representación judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, para intervenir en los procesos ante el Consejo de Estado.

4.3. Copia de la Resolución 0647 del 29 de agosto de 2016, por la cual se nombra a la suscrita en el cargo de Directora Técnica en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.

4.4. Copia del Acta de Posesión de la suscrita en el cargo de Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.

4.5. Copia del Oficio en el cual se exponen las razones por las cuales no se requiere presentación personal de este memorial por parte de la suscrita.

5. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Calle 53 No. 13-27 de esta ciudad y en el buzón de correo electrónico del Ministerio para recibir notificaciones: notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del Honorable Consejero,



DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
C.C. 52.055.352 de Bogotá
T.P. No. 77.589 del C.S.d.J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez
Revisó y aprobó: Diana Alexandra Remolina Botía

EXT16-0042433, EXT16-0042589, DEF16-0000112

T.R.D. 2300-540-10