C.

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE RADICADO
EN ESTA SECRETARÍA HOY
18 OCT 2019
SECCIÓN SEGUNDA
EN 41
Y 5 ANEXOS

La justicia es de todos | Minjusticia

Al responder cite este número
MJD-DEF19-0000109-DOJ-2300

Bogotá D.C., 17 de octubre de 2019

Contraseña:ECr2gmrMcd

Doctor
**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**
Honorable Magistrado Ponente
Sección Segunda, Subsección A
Sala de lo Contencioso Administrativo
CONSEJO DE ESTADO
Bogotá, D.C.

REFERENCIA: **Expediente 11001032500020160049200**
ACCIONANTE: Geraldine Giraldo Moreno.
ASUNTO: Demanda de nulidad del artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, sobre edad de retiro forzoso para los notarios.
**Alegatos de conclusión**

Honorable Consejero Ponente:

**OLIVIA INÉS REINA CASTILLO**, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18, numeral 6 del Decreto 1427 de 2017 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante la Resolución No. 0641 de 2012, procedo a presentar alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia.

## 1. Norma demandada y concepto de la violación.

Se demanda la nulidad parcial de la expresión "Señalase 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. Consideraciones sobre la constitucionalidad y la legalidad de la norma acusada.

A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho carecen de sustento los cargos de la demanda sobre falta de competencia del ejecutivo y exceso de la potestad reglamentaria para expedir la norma acusada referente a la edad de retiro forzoso de los notarios, por cuanto además de que la norma se encuentra derogada, en relación con los efectos que produjo la misma durante su vigencia, no logró desvirtuarse la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo.

### 2.1. Derogatoria expresa de la norma demandada.

Previamente a cualquier consideración sobre la constitucionalidad y legalidad del aparte de la disposición acusada, correspondiente anteriormente al artículo 1° 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 2016[1] "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 y sin que ello sea óbice para que la Corporación se pronuncie de fondo, pues conforme a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo[2], la derogación de un acto administrativo no es obstáculo para decidir respecto de los efectos que el mismo produjo durante su vigencia.

### 2.2. 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 así lo había establecido anteriormente la Corporación mediante sentencia del 30 de abril de 2009 proferida por la Sección Primera[3] al pronunciarse sobre le 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 citada sentencia resultan plenamente aplicables al presente proceso porque el cargo de nulidad aducido en el presente 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, acerca de lo cual consideró la Sala 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, 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 ios cometidos fijados por las reglas de una 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. Exceptúense 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."*** *(Resaltado fuera del texto original).*

Con fundamento en la anterior jurisprudencia 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 de 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.

Así entonces, carece de sustento la pretensión de nulidad del artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, respecto de los efectos que produjo la norma durante su vigencia, por cuanto no logró desvirtuarse la presunción de legalidad de la misma por la supuesta vulneración de normas superiores.

**3. Petición.**

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al H. Consejo de Estado se sirva DECLARAR AJUSTADO A DERECHO el artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015 y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

**4. Anexos.**

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

✓ Copia del aparte pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18, numeral 6, asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

✓ Copia de la Resolución No. 0641 del 4 de octubre de 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la representación judicial de la entidad para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.

✓ Copia de la Resolución 0796 del 15 de julio de 2019 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.

✓ 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.

**5. Notificaciones.**

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

Del Honorable Consejero,

Firmado digitalmente por:
OLIVIA INÉS REINA CASTILLO
Directora De Desarrollo Del Derecho Y Del Ordenamiento
Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho
Fecha: 2019.10.17 18:09:43 -05:00

Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez, Profesional Especializada.

Revisó y aprobó: Olivia Inés Reina Castillo, Directora.

T.R.D. 2300 36.152.

[1] Artículo 4
[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 nos 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.
[4] Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009. Radicación 2005-00151.

http://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=bs9ZAdsuq8Bs8ANG5H9M09u2JILBDFYDNWtvfk6mrwI%3D&cod=kqsy4IETj%2Fm24L0XPkqJEA%3D%3D