



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, dos (02) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333002-2018-00242-00
Demandante: LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS
Demandado: Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho y otras

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS, actuando a través de apoderado, solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los siguientes decretos, expedidos por la Gobernación de Boyacá, a saber:

- Decreto 899 de 9 de diciembre de 2016, por el cual se retira del servicio a la demandante del cargo de Notaria Única del Circulo de Aquitania.
- Decreto 77 del 21 de febrero de 2017, por el cual se nombra en propiedad del señor Rafael María Caicedo Vargas, en ese mismo cargo.
- Decreto 149 de 29 de marzo de 2017, por el cual se confirma el referido nombramiento.

A título de restablecimiento del derecho, pretende la demandante el reintegro al cargo de Notaria Única en propiedad del Circulo de Aquitania, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su retiro, sin solución de continuidad.

Solicita a título de reparación del daño, que se condene a la Nación – Ministerio de Justicia y Derecho, Gobernación de Boyacá, Superintendencia de Notariado y Registro – Consejo superior de la Carrera Notaria, a pagar a favor de la actora los ingresos dejados de percibir a partir del 07 de octubre de 2017 fecha en que fue retirada del servicio y hasta que se le entregue la notaría o cumpla los 70 años de edad, lo primero que se presente, sumas que deberán ajustarse según el IPC.

Igualmente pide que las demandadas cumplan la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del CPACA. Finalmente persigue que se condene en costas (fls.4-7arch.02).

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda refieren que el 25 de enero de 1985, LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS fue designada como notaria única en propiedad del círculo de Aquitania, cargo que ejerció hasta el 7 de octubre de 2017, fecha en la cual se le retiró del servicio, siendo su último nombramiento el realizado con el Decreto 1807 de 2008 y confirmado por el Decreto No. 1974 del mismo año, y en el cual la actora se posesionó el 12 de diciembre de 2008.

Afirma que la demandante adquirió el derecho de ejercer sus funciones públicas como notario en virtud al Art. 58 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983, siendo la edad de retiro forzoso la consagrada en el Art. 147 del decreto Ley 960 de 1970.

Luego de hacer una referencia normativa, el apoderado agregó que los notarios se encuentran incorporados en descentralización por colaboración, sometidos a tarifas legales, incluyendo sufragar los costos salariales de los empleados a su cargo. Aunado a ello, alude que en virtud al Art. 123 de la Constitución Política, los particulares pueden ejercer funciones públicas, enlistando las características de la actividad notarial según la jurisprudencia (*fls. 9-11 arch.02*).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición de los actos administrativos demandados se transgredieron las siguientes disposiciones de orden Constitucional: Arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 46 y 83. (*fls.62-74 arch.02*)

En cuanto al concepto de violación, el apoderado indicó que los actos acusados coartan a la demandante su derecho al trabajo, a desempeñar funciones públicas, discriminándola por haber llegado a la edad de 65 años, así mismo aduce lo referente a la primacía de la Constitución Política frente a las demás normas, para luego afirmar que los actos administrativos *sub examine* contienen una incompatibilidad manifiesta con la Constitución.

Así mismo denunció la violación de la Ley 1821 de 2016 por falta de aplicación del principio de retrospectividad, considerando que el Ministerio de Justicia ha interpretado de forma indebida dicha norma.

Hace alusión a la definición del fenómeno de la *retrospectividad* de la norma y después agregó que en la aquí demandante estaba ejerciendo sus funciones al momento de la entrada en vigencia de la ley *enjusdem*, esto es no se había consolidado su separación del cargo, por lo que le era aplicable el Art. 2 de la citada ley, así como lo señalado por el Art. 16 del CST, circunstancia que afecta a la actora.

Continuó su análisis refiriéndose a la vulneración del derecho a la igualdad, iterando que la demandante ha sido discriminada por haber cumplido 65 años de edad, situación que desconoce su derecho frente a otras personas. Del mismo, en lo que atañe al derecho al trabajo y a desempeñar funciones públicas, el apoderado sostuvo que los decretos demandados vulneraron dichos derechos al separar a la señora Cardozo Lemus de forma definitiva del ejercicio de sus funciones públicas como notaria a la cuales había accedido por concurso de méritos, situación que conlleva a que la demandante al contar con 65 años de edad sea un obstáculo, sin observar que el legislador ha querido que siga aprovechando su vida laboral.

Posteriormente se pronunció sobre el principio de confianza legítima, mencionando que tiene su sustento en la buena fe, que a su vez se encuentra consagrada en el Art. 83 de la Constitución Política, el cual considera vulnerado por falta de aplicación. Adicionalmente, refirió algunas sentencias de la Corte Constitucional.

Asegura que no puede separarse a la demandante del cargo, mientras no se designe su reemplazo, entonces manifestó que el gobierno no designó notario interino ni encargado para reemplazar al notario único de Aquitania, siendo su obligación hacerlo, provocando con dicha omisión que la actora continuara ejerciendo sus funciones al momento de expedirse la Ley 1821 de 2016, por lo que la actora resulta beneficiada con la permanencia en el cargo hasta cuando cumpla sus 70 años.

Por tanto, comoquiera que el gobierno no procedió al nombramiento y posesión del nuevo notario dentro del mes siguiente, debe en función al principio de la buena fe asumir las consecuencias y no afectar los derechos de la demandante, quien no podía ser retirada a través de un acto emitido con posterioridad a la vigencia de la ley en comento.

En lo que respecta al Art. 230 de la Constitución Política, aseveró que corresponde al juez inaplicar el Decreto 899 de 2016 expedido por el gobierno, en el sentido que el ejecutivo no tiene competencia para fijar edad de retiro para los notarios, existiendo además reserva legal sobre la materia. Expuso que el régimen que rige a los notarios no es el Decreto 2400 de 1968 sino el Decreto Ley 960 de 1970, luego afirmó que el gobierno al expedir el decreto acusado invadió el ámbito de competencia del legislador e incurrió en extralimitación de funciones, por lo que debe declararse su nulidad.

Ahora bien, en la demanda también se hizo alusión al principio de favorabilidad, sustentando su infracción en la falta de aplicación de los Arts. 16 y 21 del CST que contemplan la retrospectividad de la ley laboral y normas más favorables, a tal efecto citó las características que acerca de este principio ha indicado la Corte Constitucional.

Acto seguido abarcó el principio de progresividad y no progresividad en materia laboral, como desarrollo del principio de favorabilidad, el cual se encuentra contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en la Declaración de Limburgo, siendo la progresividad el impedimento de expedir leyes regresivas, mientras que la no progresividad morigeró el efecto de las leyes existentes, ambiguas y confusas. Así las cosas, el apoderado agregó que dichos principios han sido reconocidos por la Corte Constitucional en sentencias como la C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, entre otras.

Posteriormente, señaló que los decretos aquí censurados desconocen la reserva legal para regular el régimen notarial, por cuanto su expedición constituye una extralimitación de funciones por parte del gobierno, en cuanto el Decreto 960 de 1970 no estipuló la edad de retiro de los notarios, desconocimiento que conlleva, según el apoderado, a la flagrante violación del debido proceso, al anteponer un decreto a la ley.

Adicionalmente, el apoderado aseguró que la Ley 1821 de 2016 estableció que es el ciudadano titular del ejercicio de las funciones públicas quien debe decidir su retiro o permanencia en el cargo, disposición que no fue atendida por el gobierno en el caso *sub examine*, por lo que considera que su actuar fue autoritario, sin debida motivación de hecho y de derecho.

Indicó que el decreto 077 de 2017 como creador de una situación jurídica concreta debía ser debidamente motivado, y al omitir dicho análisis se desconoció la garantía constitucional del debido proceso.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Superintendencia de Notariada y Registro**, a través de apoderado judicial contestó la demanda (*arch.14 fls.2-17*) oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante, indicando como razones de defensa que el Decreto 899 de 2016 se motivó en que la señora LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS había cumplido 65 años de edad, la que constituye la edad de retiro forzoso, conforme a lo dispuesto por el Art. 1 del Decreto 3047 de 1989, en atención a que la accionante nació el 8 de febrero de 1951, por lo que no era necesaria ninguna motivación adicional.

Frente a la presunta falta de competencia del gobierno para expedir el Decreto 3047 de 1989, el apoderado aseguró que a la fecha de expedición del acto acusado, dicho decreto gozaba de presunción de legalidad y era de cumplimiento obligatorio, entonces si la parte demandante pretendía cuestionar su validez, debió demostrar que al momento de su aplicación no estaba vigente.

Señaló que, para el 30 de diciembre de 2016, fecha en la que se expidió la Ley 1821 de 2016, varios notarios habían cumplido sus 65 años y a pesar de contar con el decreto de retiro de cargo continuaban en el mismo, en virtud al Art. 150 del Decreto Ley 960 de 1970, bajo este escenario, el Ministro de Justicia y derecho elevó petición al respecto ante el Consejo de Estado, Corporación que a su vez emitió concepto de 08 de febrero de 2017, arribando a la conclusión que la Ley 1821 de 2016 no puede aplicarse a quienes hayan cumplido la edad de retiro forzoso antes de la entrada de su vigencia, circunstancia que acontece en el presente asunto.

Se refirió también acerca del Decreto 77 de 2017, a través del cual la Gobernación de Boyacá nombró en propiedad al señor Rafael Caicedo Vargas como Notario único del Circuito de Aquitania, nombramiento efectuado en virtud al derecho de preferencia consagrado en el Art. 178 del Decreto 960 de 1970, en consonancia con el Decreto 2054 de 2014 y el Acuerdo 03 de 2014 proferido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial.

Así mismo, iteró que la Ley 1821 de 2016 no tiene aplicación retroactiva, aduciendo a tal efecto, lo concluido por el Consejo de Estado a través de su sala de Consulta y Servicio Civil. Del mismo modo, en lo atinente al Art. 2 *enjusdem*, el apoderado sostuvo que era aplicable a aquellos que a la entrada de vigencia de la ley hubieran cumplido la edad de retiro forzoso y se encontraran en ejercicio de sus funciones, personas a las que les daba la opción de permanecer en el cargo, condiciones que no se materializan en el *sub lite*, comoquiera que la demandante ya había cumplido la edad y se había retirado del cargo mediante acto administrativo ejecutoriado.

Con relación al Decreto 149 de 2017, mediante el cual la Gobernación confirmó el nombramiento en propiedad del señor Caicedo Vargas, precisó que la demanda no formula un cargo nuevo, solo se limita a indicar que es nulo porque los decretos que lo precedieron están afectados de nulidad.

Finalmente, el apoderado de la entidad demandada planteó como excepciones *la caducidad de la acción*.

Por su parte, el mandatario judicial de la **Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho** en su contestación de demanda (*arch.15 fls.2-10*) se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó no constarle ningunos de los hechos planteados en el líbello introductorio.

Seguidamente propuso como excepciones la *falta de legitimación material en la causa por pasiva*, la cual fundamentó en que no existe relación real entre la entidad y las pretensiones de la demanda, por lo le impide manifestarse sustancialmente sobre el asunto en cuestión.

Aunado a ello, adujo que el Ministerio de Justicia y del Derecho no tiene competencia, ni atribuciones frente a la nominación de notarios de segunda y tercera categoría, así como tampoco administra los concursos de méritos para el acceso a la carrera notarial, adicionalmente los actos acusados fueron expedidos por el Gobernador. A tal efecto hizo alusión a la norma que regula la materia haciendo énfasis en cada una de las entidades que integren el extremo pasivo de esta litis.

También formuló la excepción de *inexistencia de falla del servicio imputable al Ministerio de Justicia y del Derecho (ausencia de nexo causal)*, iterando que no existe relación real entre las pretensiones de la demanda y el citado ministerio.

Así mismo planteó la excepción denominada *inexistencia del derecho a permanecer en el servicio fedatario a favor de los notarios que cumplieron la edad de retiro forzoso de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016*. Al respecto adujo la irretroactividad de la ley, entonces comoquiera que la ley entró en vigencia con posterioridad al cumpleaños número 65 de la actora, era procedente dar cumplimiento al Art. 1 del Decreto 3047 de 1982, retirando del servicio a la señora CARDOZO LEMUS, sustentando su manifestación en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado antes referido.

El **Departamento de Boyacá** dio contestación de la demanda por conducto de apoderada (*arch.17 fls.2-8*), oponiéndose a cada una de las pretensiones de la demanda, también planteó como excepciones la *caducidad, la inexistencia del derecho reclamado y la genérica*.

En cuanto a la denominada *inexistencia del derecho reclamado*, la apoderada señaló que el nominador, en este caso la Gobernación de Boyacá, se encontraba en la obligación de retirar a la actora del servicio, por haber llegado a la edad de retiro forzoso contemplada en la ley, a tal efecto mencionó el concepto de 08 de diciembre de 2017 proferido por el Consejo de Estado, al cual se ha hecho varias veces referencia.

Entonces sostuvo que la ley no es retroactiva, siendo vigente desde el 30 de diciembre de 2016, fecha de su publicación del diario oficial, fecha que además es posterior al cumplimiento de la edad forzosa por parte de la señora LYLIA CARDOZO LEMUS, por tanto, considera que las pretensiones de la demanda carecen de validez.

A su turno, el **Consejo Superior de la Carrera Notarial** ni el señor **Rafael María Caicedo Vargas** contestaron la demanda.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda radicada el 23 de marzo de 2018 (*archivo 01*) y fue remitida por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá por auto del 5 de junio de 2018 (*Archivo 03*), por el factor de competencia funcional y territorial al Tribunal Administrativo de Boyacá, superior que por auto del 26 de septiembre de 2018, confirmado en reposición por auto del 8 de noviembre de 2018, dispuso remitir la demanda a los juzgados Administrativos de Sogamoso, correspondiéndole por reparto a este Despacho Judicial (*archs.03 y 04*), que por auto de 28 de enero de 2019 dispuso inadmitir la demanda (*arch.05*), decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, solicitud que a su vez fue resuelta mediante proveído del 18 de marzo de 2019 (*arch.10*).

Luego, en atención a que se acreditó el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, mediante auto de 29 de abril de 2019 se admitió la demanda (*arch.12*).

Surtida la notificación, por auto del 23 de septiembre de 2019 se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial (*arch.19*), la que se instaló el 12 de febrero de 2020 dentro de la cual se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA, empero se suspende el proceso por cuanto se interpone recurso de apelación en contra del auto que decide negar la excepción de *caducidad*. La alzada resolvió por auto del 24 de junio de 2020 por el Tribunal Administrativo de Boyacá (*arch.21*), confirmado la providencia recurrida (*arch.24*).

Luego, se fijó el día 20 de noviembre de 2020 a efectos de continuar con la audiencia inicial (*arch.26*), en la referida diligencia se agotaron las etapas faltantes, y se dispuso el 28 de enero de 2021 para realizar la audiencia de pruebas (*arch.37*) en la que se declaró cerrado el término probatorio, empero se otorgaron cinco días al apoderado de la Superintendencia de Notariado para que allegara la respuesta al oficio 20-116 de 2020, así mismo se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión, mismo término dado al Ministerio Público para rendir su concepto (*arch.41*).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la **parte demandante** radicó sus alegaciones (*arch.44*), en primer lugar, afirmó que con la ley 1821 de 2016 se otorgó a su poderdante el derecho a continuar ejerciendo sus funciones hasta completar la nueva edad de retiro.

Luego se refirió uno por uno a los tres actos acusados: Decreto 899 de 2016, Decreto 77 de 2017 y Decreto 149 de marzo de 2017, así mismo adujo sus causales de nulidad, iterando de esta manera lo expuesto en la libelo introductorio.

Igualmente incluyó un acápite relacionado con la transición de la norma derogada, la cual contemplaba como edad límite de retiro la edad de los 65 años haciendo un paralelo *in extenso* con la ley 1821 de 2016, la cual establece como límite los 70 años, reiterando lo ya plasmado en la demanda.

A su turno, el mandatario judicial de la **Superintendencia de Notariado y Registro y del Consejo Superior de la Carrera Notarial**, presenta alegaciones finales (*arch.45*) en los que se refirió a los argumentos esgrimidos en la demanda, concretamente en lo que respecta a la ausencia de falsa motivación de los actos acusados.

Agregó que la demandante no probó la causal de anulación, mencionando que ella cumplió los 65 años con antelación al 30 de diciembre de 2016, en consecuencia, no es viable su reintegro, igualmente adujo que la ley 1821 no es retroactiva, a tal efecto trae a colación un concepto emitido el 08 de febrero de 2017 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Luego de la cita reiteró lo dicho en su contestación de la demanda, en cuanto a que la demandante para el momento de la entrada en vigencia de la ley 1821 de 2016 ya contaba con la edad de retiro forzoso y además había sido efectivamente retirada del cargo.

La **Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho, el Departamento de Boyacá y el señor Rafael María Caicedo Vargas** no presentaron alegaciones finales.

La **Agente Delegada del Ministerio Público**, no rindió concepto en este proceso.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la señora LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS tiene derecho a ser reintegrada sin solución de continuidad en el cargo de Notaria Única del Círculo de Aquitania, con base en la Ley 1821 vigente desde el 30 de diciembre de 2016 que aumentó la edad para el retiro forzoso de 65 años a 70 años cumplidos, de quienes desempeñan funciones públicas, teniendo en cuenta que cumplió la edad de 65 años el 8 de febrero de 2016.

Surge un segundo problema jurídico asociado que concierne a establecer si la demandante tiene derecho al pago de los ingresos líquidos en dinero efectivo que dejó de percibir desde la fecha en que fue retirada del ejercicio de las funciones públicas en la Notaria Única del Círculo de Aquitania y hasta la fecha en que sea reintegrada o alcance la edad de 70 años, lo primero que se suceda.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Estatuto de Notariado

Mediante Decreto Ley 960 de 20 de junio de 1970 se expidió el Estatuto de Notariado, el cual señala:

ARTICULO 150. <NECESIDAD DE REMPLAZO PARA DEJAR EL CARGO>. *El Notario no podrá separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba remplazarlo.*

A su turno, el Art. 181 estipula que: *los Notarios de carrera deberán retirarse cuando se encuentren en situación de retiro forzoso.* A continuación, el Art. 182 *ídem* indica:

El Notario que llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso deberá manifestarla al funcionario que lo haya designado, tan pronto como ella ocurra.

El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, o de la Vigilancia Notarial, o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal.

Posteriormente, a través del Decreto 3047 de 29 de diciembre de 1989, se reglamentó dicho estatuto, en los siguientes términos:

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...”

Disposición que luego fue acogida en el artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015 de 26 de mayo de 2015, “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y Derecho*”.

Ahora bien, en lo concerniente a la competencia del Gobierno Nacional para definir la edad de retiro forzoso, el Consejo de Estado² al estudiar la demanda de nulidad formulada contra las normas antes citadas, señaló:

*“... La Sección Primera [del C de E]] concluyó que el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989 no se arrogó una función del legislador pues lo que hizo fue reiterar el mandato legal contenido en los artículos 137, 181 y 182 del Decreto Ley 960 de 1970 respecto del retiro forzoso en general y en el 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, específicamente en lo que hace a la edad de 65 años como una de las causales para que se produjera tal retiro. Esto significa que los actos administrativos demandados tenían suficiente cobertura en el Decreto Ley 2400 de 1968, por lo tanto, no infringieron el principio de reserva legal. **En ese orden de ideas, la Sala decidirá estarse a lo resuelto en la sentencia proferida el 30 de abril de 2009 por la Sección Primera de esta Corporación que negó la pretensión incoada contra el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, en lo que respecta a la causal de nulidad por falta de competencia a raíz de la violación del principio de reserva de ley.** Es importante anotar que, debido a que la existencia de cosa juzgada parcial se predica tanto en su dimensión formal como sustancial, sus efectos comprenden no solo el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, sino también los artículos 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014; 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015...”*
(subrayado fuera de texto original)

Por otro lado, en cuanto al derecho de preferencia, el Art. 178 del Estatuto de Notariado consagra en su numeral tercero:

ARTICULO 178. <OBLIGACIONES POR PERTENECER A LA CARRERA NOTARIAL>. *El pertenecer a la carrera notarial implica:*

3. Preferencia para ocupar, a solicitud propia y dentro de la misma circunscripción político - administrativa, otra Notaría de la misma categoría que se encuentre vacante.

La anterior disposición fue reglamentada inicialmente a través del Decreto 2054 de 2014 y posteriormente recopilada en el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y Derecho, el cual indica, entre otros aspectos, cuando se considera vacante una notaría, así:

ARTÍCULO 2.2.6.3.2.3. *Vacante. Se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas establecidas en la ley conforme a las cuales se presenta una falta absoluta del notario. De conformidad con lo anterior las causales son las siguientes:*

(...) 4. Retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años. (...)

Parágrafo 2º. *En los casos señalados en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 la fecha de la vacante estará determinada por el acto administrativo que acepte la renuncia, declare la destitución, retire al notario por cumplir la edad de retiro forzoso, declare el abandono del cargo o el ejercicio de cargo público no autorizado por la ley, respectivamente. (...)*

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 02 de julio de 2020. C.P William Hernández Gómez. Rad. 11001-03-25-000-2017-00032-00(0098-17)

LEY 1821 DE 30 DE DICIEMBRE 2016, “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”

La normatividad antes enunciada que regulaba lo atinente a la edad de retiro forzoso fue modificada por la Ley 1821 de 2016, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1o. <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968.

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

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

ARTÍCULO 4o. <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> 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, y en los Decretos números 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).

En relación a los servidores que antes de la entrada vigencia, habían cumplido 65 años de edad y continuaban ejerciendo funciones públicas, extensivo en nuestro criterio, a quienes desempeñan funciones públicas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha referido³:

“... Dado que la vigencia de la Ley 1821 de 2016 se rige por el “efecto general inmediato” (no es retroactiva) y que el artículo 2º de la misma no regula el supuesto fáctico que se describe en la pregunta, no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos, pero que continúan, por cualquier motivo, en el ejercicio de funciones públicas, independientemente de que su situación laboral o administrativa haya sido declarada (no constituida) o no mediante un acto administrativo en firme. Dichas personas deben retirarse efectivamente de sus cargos y/o cesar en el ejercicio de las funciones públicas dentro del plazo y en las condiciones que establecían (o establecen) las normas legales y reglamentarias anteriores a la Ley 1821 que les sean aplicables, sin desconocer, en todo caso, lo previsto en la jurisprudencia constitucional para amparar los derechos fundamentales de las

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. No. 11001-03-06-000-2017-00001-00(2326). C.P Álvaro Namén Vargas y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. No. 11001-03-06-000-2019-00183-00(2434). C.P Germán Alberto Bula Escobar.

personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales...

Igualmente resulta pertinente traer a colación el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado⁴:

“... De acuerdo con el texto del artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, arriba transcrito, se observa que tal como está redactada la disposición normativa que fija la edad de retiro forzoso, la desvinculación del notario no está condicionada al cumplimiento de ningún otro requisito, distinto a la verificación cierta de que haya alcanzado los 65 años. En ese sentido, si la regla no trae consigo ninguna excepción, no es dable al intérprete crear condiciones para su efectivo cumplimiento que el legislador no concibió para esta causal de retiro específica en relación con la edad máxima permitida para ejercer el cargo de notario. (...) el hecho de que la administración disponga el retiro de los notarios antes de que la entidad de pensiones les reconozca la pensión o los incluyan en nómina de pensionados, no afecta la legalidad de los actos de retiro, porque la no concreción del derecho pensional del notario que alcanza la edad de retiro forzoso no limita el mandato que ordena su desvinculación, a no ser que en algún caso en particular medie una orden de amparo constitucional en favor del afectado con la configuración de la causal de retiro, situación que no se probó en el presente asunto, como igualmente lo declaró el juez de tutela, según se ampliará más adelante. Es preciso indicar sumado a lo precedente, que la expresión «retiro forzoso» que trae la causal de retiro, significa que debe ocurrir, incluso contra la voluntad de la administración...”

10. CASO CONCRETO

En el presente asunto se encuentra acreditado que mediante Decreto No. 1807 de 22 de octubre de 2008, el Gobernador de Boyacá nombró en propiedad como Notaria única del Circulo de Aquitania a la señora LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS, nombramiento que fue confirmado a través del Decreto 1974 de 01 de diciembre de 2008, y del cual la aquí demandante tomó posesión el 12 de diciembre del mismo año. (fl.4-9 arch.01)

Del mismo modo, se probó que con el Decreto No. 899 de 09 de diciembre de 2016, el Gobernador de Boyacá dispuso retirar del servicio a la LYLIA CARDOZO por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, establecida para entonces en 65 años de edad cumplida (fl.12 arch.07 decisión que se notificó personalmente a la interesada, el día 27 de diciembre de 2016 (fl.10 y 118-119 arch.07).

En cuanto a la edad de la demandante, se demostró que nació el 8 de febrero de 1951, por lo que se infiere que, en efecto, para el día de expedición del Decreto precitado ella contaba con 65 años de edad (fl.18 y 44 arch.01).

Así mismo se acreditó que, a través del Decreto No. 077 de 21 de febrero de 2017 se nombró en propiedad por ejercicio del derecho de preferencia al señor RAFAEL MARÍA CAICEDO VARGAS como Notario del Circuito de Aquitania, designación que a su vez fue confirmada por el Gobernador de Boyacá en el Decreto No. 149 de 29 de marzo de 2017, cargo del cual el nombrado tomó posesión el 24 de abril de 2017. (fl.13-17 arch.01)

Aunado a esto, se demostró que la demandante, hizo entrega material de la notaría y fungió como Notaria Única del Circulo de Aquitania hasta el 07 de octubre de 2017 (fl.21 arch.01, fl.34 arch.07), luego que la Superintendencia Delegada para el Notariado, ordenara la realización de una visita para verificar dicha entrega (fl.34-102 arch.07).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad. No. 20001-23-33-000-2013-00282-00(40666-15). C.P William Hernández Gómez.

Bajo este contexto, en armonía con la normativa y jurisprudencia antes referida, es claro que el alcanzar la edad de retiro forzoso constituye una causal objetiva de retiro del servicio.

Ahora bien, en el *sub lite* se encuentra establecido que la norma que reglamentaba lo concerniente a dicha causal de retiro era el Decreto 2054 de 2014, acogida en el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y Derecho -Dcto 1069 de 2015-, que disponía que la edad de retiro forzoso eran 65 años.

Comoquiera que se acreditó que LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS alcanzó la edad de 65 años el 08 de febrero de 2016, es decir, con antelación al 30 de diciembre de 2016, fecha de entrada en vigencia de ley 1821 de 2016, se infiere que a la aquí actora no le es aplicable esta ley, dado que la ley se aplica a partir de su publicación el 30 de diciembre, por lo que no hay lugar a ninguna interpretación orientada a que surta efectos a situaciones consolidadas, es decir, que no tiene efecto retroactivo.

En armonía con la jurisprudencia citada en capítulo anterior de esta providencia, el hecho probado, como lo está, que la señora LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS haya continuado ejerciendo funciones públicas como Notaría Única del Circulo de Aquitania hasta el 07 de octubre de 2017, es decir con posterioridad al cumplimiento de la edad de retiro forzoso y a la expedición de acto administrativo de dispuso su retiro del servicio (Decreto Departamental No. 899 de 09 de diciembre de 2016), dicha circunstancia no conlleva a que la demandante se encuentre cobijada por la ley 1821 de 2016, es decir que tampoco se admite una interpretación que orienta a surtir efectos retrospectivos, lo cual además es un yerro, porque el supuesto fáctico admisible es que desde el 8 de febrero de 2016, la demandante consolidó la causal de retiro del servicio por alcanzar la edad de retiro forzoso

Lo que ocurrió entre el 9 de febrero de 2016, cuando la demandante alcanza la edad de 65 años y el 7 de octubre de 2017, cuando se materializó su retiro del servicio, obedece al cumplimiento del Art. 150 del 960 de 1970, en sentido que la titular de la referida notaría, no podía separarse de sus funciones, hasta que su reemplazo se hiciera cargos de ellas, es decir que la demora de la administración en proveer el reemplazo, no constituye, en manera alguna, que emerge un derecho de permanencia, derivado de una modificación del panorama normativo, misma que no dispuso efectos retroactivos, ni retrospectivos, dado que se itera, la causal de retiro, ya se había configurado en vigencia de la normativa anterior.

No se desconoce que el retiro se debe hacer efectivo sin desconocer los *derechos fundamentales de las personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales*, como señala la ley 1821 de 2016, por lo que en consideración a que los actos aquí enjuiciados, no amenazan, ni tampoco vulneran los derechos fundamentales de la actora, incluso resulta garantista que ella haya continuado ejerciendo el cargo durante casi cinco meses después a la fecha en que el señor RAFAEL MARÍA CAICEDO VARGAS tomó posesión en propiedad como Notario Único del Circulo de Aquitania.

En este orden, los cargos de falsa motivación (*Cargos i y iv*), como tampoco de infracción a las normas en que debía fundarse (*Cargos: ii, iii y v*) encuentra fundamento en el ordenamiento jurídico, que se dice fue quebrantado por la administración con la expedición de los actos administrativo enjuiciado, al pedir que se apliquen efectos en el tiempo de la ley 1821 de 2016, que la misma ley no previó y que la jurisprudencia no acepta.

Por otro lado, respecto a los Decretos 77 de 2017 y 149 de 2017 a través de los cuales el Gobernador de Boyacá efectuó el nombramiento y confirmación en el cargo de Notario Único del Circulo de Aquitania del señor RAFAEL MARIA CAICEDO VARGAS, se precisa que el nombramiento fue dado con ocasión al derecho de preferencia, comoquiera que él se encontraba en carrera notarial desempeñándose como Notario del Circuito de Tenza, por ende cumplía con los requisitos para ocupar el cargo y para hacer uso del derecho de preferencia, circunstancia que no fue controvertida por la parte demandante.

Por consiguiente, el Despacho no advierte que los decretos de nombramiento y confirmación antes referidos estén viciados de los cargos de nulidad formulados (*Cargo vi – contradicción e insanable irracionalidad, vii y viii - Infracción a las normas en que debía fundarse*), máxime si se tiene en cuenta que el cargo se encontraba vacante desde la expedición del decreto No. 899 de 09 de diciembre de 2016, por medio del cual se retiró del servicio por edad de retiro forzoso a la actora, en virtud a lo consagrado por el parágrafo 2 del artículo 2.2.6.3.2.3 del Decreto único Reglamentario del Sector Justicia y Derecho.

Ahora bien, si bien se acreditó que la señora LYLIA MARÍA CARDOZO LEMUS el día 06 de enero de 2017 radicó ante el Gobernador de Boyacá una petición con el objeto de acogerse al Art. 2 de la Ley 1821 de 2016 y solicitando además el decaimiento del Decreto 899 de 2016, la cual no fue contestada de fondo toda vez que fue remita a la Superintendencia de Notariado y Registro (*arch.01 fls.19 y 20*), el Despacho señala que tal situación, no afecta los decretos de nombramiento y confirmación del señor CAICEDO VARGAS, pues dichos actos se fundamentan, como se expuso previamente; en la existencia de la vacancia, circunstancia que estaba dada desde la expedición del Decreto 899 de 2016, y en que quien se acoja al derecho de preferencia cumpla con ciertos requisitos, circunstancia que se infiere toda vez que dicho señor ostentaba el cargo de Notario en propiedad, lo cual le otorgaba el derecho en cuestión.

En suma, comoquiera que la edad de retiro del servicio como Notaria Única del Circulo de Aquitania de la aquí demandante, se generó antes del 30 de diciembre de 2016, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016, la señora CARDOZO LEMUS no resulta cobijada por el aumento de la edad de retiro forzoso establecido en dicha ley, puesto que la misma ley dispuso que la norma no genera ningún derecho de permanencia y en ese orden los reparos formulados contra los decretos enjuiciados, no están llamados a prosperar, sin que sea necesario que el Despacho ahonde el estudio en cada uno de ellos, y en consecuencia se negarán la súplicas de la demanda.

11. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

La **Superintendencia de Notariada y Registro**, propuso la excepción de *caducidad de la acción*, la cual fue decidida y declarada no fundada en audiencia inicial, sin que se hubieren allegado elementos de juicio adicionales que obliguen su análisis nuevamente, por lo que el Despacho se está a lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de esta instancia.

Por su parte, el mandatario judicial de la **Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho** propuso como excepciones la *falta de legitimación material en la causa por pasiva* y de *inexistencia de falla del servicio imputable al Ministerio de Justicia y del Derecho (ausencia de nexos causal)*, las cuales fundamentó en que no existe relación real entre las pretensiones de la demanda y el citado ministerio.

Así mismo planteó la excepción denominada *inexistencia del derecho a permanecer en el servicio fedatario a favor de los notarios que cumplieron la edad de retiro forzoso de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016*.

Al respecto y acorde a lo manifestado en esta providencia, encuentra el Despacho que están llamadas a prosperar las excepciones planteadas por pasiva, toda vez que en efecto, la entidad demandada no participa en la expedición de los actos demandados, como tampoco en los daños que reclama sean indemnizados, eso sin perder de vista que no prosperan las pretensiones de la demanda en atención a que se establece que la demandante no está cobijada por la edad de retiro forzoso señalada en la ley 1821 de 2016.

En lo que atañe al **Departamento de Boyacá**, propuso como excepciones la *caducidad, la inexistencia del derecho reclamado y la genérica*, así frente a la primera, el Despacho se está a lo ya dispuesto en audiencia inicial y conformado por el superior.

En cuanto a la segunda excepción, comoquiera que la actora no está cobijada por la edad de retiro forzoso señalada en la ley 1821 de 2016 y por ende no prosperan los cargos de nulidad, de suerte que no se restablece el derecho pretendido por la demandante, bajo la tesis sustentada en norma, que no le asiste los derechos que reclama, se declarará probada la citada excepción.

Finalmente, el Despacho no encontró probada otra excepción que deba ser declarada en el presente asunto.

12. CONDENA EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA-16-10554 de 5 de agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, vigente a la presentación de la demanda, se fija como agencias en derecho el equivalente al 6% del valor de la pretensión estimada por concepto de lo dejado de percibir por la demandante desde el 07 de octubre de 2017 (fecha de separación de sus funciones) hasta el 23 de marzo de 2018 (fecha de presentación de la demanda), estimada en la suma de: \$44.842.141 (*fl.6 arch.02*), los cuales deberá pagar la demandante por cuotas partes en favor del Departamento de Boyacá y de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho y de la Superintendencia de Notariada y Registro, es decir a razón del 2% en favor de cada una.

En virtud a lo señalado por el numeral 3) del Art. 366 del CGP, la condena en costas no cobija a favor del señor Rafael María Caicedo Vargas, comoquiera que no contestó la demanda y en manera alguna intervino en el desarrollo del proceso.

13. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”*

FALLA:

Primero.- Declarar fundadas las excepciones denominadas: *falta de legitimación material en la causa por pasiva* y de *inexistencia de falla del servicio imputable al Ministerio de Justicia y del Derecho (ausencia de nexo causal)* y *inexistencia del derecho a permanecer en el servicio fedatario a favor de los notarios que cumplieron la edad de retiro forzoso de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016*, propuestas por la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho.

Segundo.- Declarar fundadas la excepción denominada *inexistencia del derecho reclamado*, planteada por el Departamento de Boyacá.

Tercero.- Negar las pretensiones de la demanda.

Cuarto.- Condenar en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por Secretaría del Juzgado, aplicando el procedimiento del artículo 366 del CGP.

Quinto.- Fijar como agencias en derecho la suma equivalente al 6% del valor de la pretensión estimada por concepto de lo dejado de percibir por la demandante desde el 07 de octubre de 2017 (fecha de separación de sus funciones) hasta el 23 de marzo de 2018 (fecha de presentación de la demanda), estimada en la suma de: \$44.842.141 (*fl.6 arch.02*), los cuales deberá pagar la demandante por cuotas partes en favor del Departamento de Boyacá, de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho y de la Superintendencia de Notariada y Registro, es decir a razón del 2% a favor de cada una.

Sexto.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de gastos del proceso, si hay lugar a ello y archívese el expediente dejando las anotaciones de rigor.

LPJC

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Nelson Javier Lemus Cardozo
Juez Circuito
002
Juzgado Administrativo
Boyaca - Sogamoso

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8e0bb5527be0f0ad121c6cbd924ccc5401b15c1b07724710562d848935f98143

Documento generado en 02/08/2021 02:27:23 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>