



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 42141

Fecha: 20/02/2017

Bogotá D.C.

Ref.: RETIRO DEL SERVICIO. Aplicación de la edad de retiro forzoso a los notarios.
Rad. 20172060004262 del 10 de enero de 2017

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los notarios que cumplieron 65 años antes de la entrada en vigencia de la referida Ley pero continuaban ejerciendo funciones, me permito manifestarle lo siguiente:

A partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años. Esta ley señala:

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

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

ARTÍCULO 2. *La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación.* Quienes a partir de la entrada en 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 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.”

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

Ahora bien, sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016, el Gobierno Nacional elevó consulta al Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el cual emitió concepto del 8 de febrero de 2016, radicación No. 2326, señalando lo siguiente:

“Es importante reiterar que ni el plazo que algunas disposiciones otorgan para efectuar el retiro, a partir del cumplimiento de la edad (6 meses en unos casos, o 1 mes en otro), ni los condicionamientos impuestos por la Corte Constitucional y por otros Jueces para que dicho retiro se haga efectivo, han modificado el supuesto de hecho de la causal previsto en la ley, que consiste exclusivamente en la llegada de la persona concernida a una determinada edad.

El término señalado por las normas citadas constituye un plazo suspensivo para que se cumpla efectivamente el retiro, es decir, la *"época que se fija para el cumplimiento de la obligación"*, como lo define el artículo 1551 del Código Civil.

Así, el cumplimiento de la edad prevista en la ley, para los servidores públicos o los particulares sujetos a dicha causal de retiro, constituye una situación jurídica consolidada, en el sentido de que, a partir de ese momento, se genera para la persona el deber de retirarse del cargo o de cesar en el ejercicio de las funciones públicas, y para la administración, el deber de retirarlo, si dicha persona no lo hace voluntariamente.

Podría pensarse que la situación jurídica descrita no está consolidada mientras la persona concernida no se haya retirado efectivamente del cargo ni cesado efectivamente en sus funciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resulta equivocada, desde un punto de vista conceptual, pues no debe olvidarse que una cosa son las situaciones jurídicas, que se clasifican en hechos jurídicos y actos jurídicos, y otra son las situaciones de hecho o los simples acontecimientos.

Por lo tanto, el efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016 excluye cualquier interpretación con efectos retroactivos.”

Por lo anterior, esta Dirección considera que quienes hayan cumplido la edad de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) y aún continúen en ejercicio de sus funciones por necesidad del servicio o su retiro no se haya efectuado por algún motivo, no podrán permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años de edad, y la administración deberá proceder a su retiro.

Por otra parte, respecto de las faltas absolutas para los notarios, el Decreto 1069 de 2015 "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho", señala:

“ARTÍCULO 2.2.6.1.5.3.9. *Falta absoluta del notario.* Se produce falta absoluta del notario por:

1. Muerte.
2. Renuncia aceptada.
3. Destitución del cargo.
4. Retiro forzoso.
5. Declaratoria de abandono del cargo.

6. Ejercicio de cargo público, no autorizado por la ley.

7. Supresión de la notaría.

PARÁGRAFO. Cuando fuere suprimida una notaría y el notario titular perteneciere a la carrera, deberá preferírsele para ser nombrado en notaría de igual o superior categoría que se encuentre vacante, dentro del mismo departamento.”

“**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:

1. Muerte.

2. Renuncia aceptada.

3. Destitución del cargo.

4. Retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años. Derogada por el art. 4, Ley 1821 de 2016

5. Declaratoria de abandono del cargo.

6. Ejercicio de cargo público no autorizado por la ley.

(...)

PARÁGRAFO 2. 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.

(...)"

Del mismo modo, el Consejo de Estado señaló frente a la falta absoluta por la edad de retiro forzoso, lo siguiente:

“Ahora bien, una vez producida la falta absoluta del notario en propiedad o en interinidad, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, y generada entonces la vacante respectiva, la única posibilidad que tiene el Gobierno Nacional o los gobernadores, según la categoría a la cual pertenezca la respectiva notaria, es la de nombrar y posesionar a la persona que lo haya de reemplazar, la cual puede corresponder a:

(i) Un notario en propiedad, cuando haya lista de elegibles vigente, obtenida luego de realizar el concurso público y abierto de méritos respectivo;

(ii) Un notario en interinidad, cuando el concurso haya sido declarado desierto o no haya lista de elegibles; o

(iii) Un notario encargado, en los demás casos, el cual solamente puede ejercer el cargo hasta por noventa (90) días. No existe entonces, desde el punto de vista jurídico, la posibilidad de dejar en el cargo por un periodo superior a un mes, a partir del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, y menos aún por tiempo indefinido, a un notario que deba retirarse por haber llegado a la edad de retiro forzoso.”

De acuerdo con lo anterior, las autoridades competentes deben nombrar y posesionar a quien deba reemplazar en el cargo una vez se genere la vacancia por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, con un nuevo notario en propiedad que sea obtenido de la lista de elegibles vigente o, en su defecto, por un notario en interinidad o en encargo que cumpla desde luego, los requisitos legales para el ejercicio de dicha función.

Por último, la mencionada Ley no produce ningún efecto en relación con las vacantes que se generaron antes de su entrada en vigencia, por haber cumplido algunos notarios públicos la edad de retiro forzoso. Esto quiere decir que las vacantes que se generaron por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso deben ser provistas, en el orden que corresponda, con las personas que resultaron incluidas en la lista de elegibles.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con Funciones de la Dirección Jurídica

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.