



Concepto 189691 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000189691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000189691

Fecha: 25/05/2022 09:23:23 a.m.

Bogotá

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Un notario que ya cumplió sus requisitos de pensión puede jubilarse y seguir desempeñando sus funciones como notario hasta que cumpla la edad de retiro? RADICADO: 20229000168542 del 19 de abril de 2022.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta si un notario que al día de hoy tiene 1350 semanas cotizadas al sistema pensional y su edad es de 65 años puede jubilarse y seguir desempeñando sus funciones y su rol como notario hasta su retiro forzoso.

Al respecto, me permito indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

No obstante lo anterior, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

¿Notario que cumple requisitos de pensión, pero aún no se ha jubilado puede seguir desempeñando el empleo de notario?

Se hace claridad sobre el particular en caso que el notario al que alude en su consulta cumpliendo los requisitos de pensión decide no jubilarse y seguir ejerciendo como notario. Frente a esta situación, la Ley 1821 de 2016², establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. (Corregido por el Decreto 321 de 2017, art. 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 1º 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 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

ARTÍCULO 3. 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." (Destacado nuestro)

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 1968³.

Sobre la aplicación de la norma, en la sentencia T-012 de 2009, la Corte Constitucional recuerda que la Ley 1821 de 2016 subió a 70 años la edad de retiro forzoso para el desempeño de funciones públicas, lo cual se aplica tanto a los servidores públicos que laboran en todas las ramas del poder público, en los órganos autónomos e independientes, en los organismos de control y en las demás entidades y organismos del Estado, como a los particulares que cumplen funciones públicas, tales como los notarios, los curadores urbanos o los empleados de las cámaras de comercio.

Por consiguiente, las personas que antes de la entrada en vigencia de la ley 1821 de 2016, incluyendo a los notarios, tengan 65 años o más y continúen vinculadas deben ser retiradas del servicio.

Adicionalmente, respecto de la Ley 1821 de 2016, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 8 de febrero de 2017, con radicado interno número 2326, Número único: 11001-03-06-000-2017-00001-00, con ponencia del Magistrado Álvaro Namén Vargas, argumentó lo siguiente:

"A continuación, el artículo 2 de la Ley 1821 ofrece a las personas cobijadas por la misma una opción que no tenían, de manera general, bajo la legislación anterior, y de paso, elimina una restricción que dicha normatividad establecía, todo lo cual termina siendo confirmado por la última parte de la norma. En efecto, la segunda parte dispone, de manera completa:

"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". (Se resalta).

Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción, contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que una persona, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, "acceda" al ejercicio de funciones públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que tal persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el artículo 1 de la misma ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso que la Ley 1821 establece (70 años). (Subrayado nuestro)

Este entendimiento de la norma resulta confirmado especialmente por lo dispuesto en la última parte del artículo y en los respectivos antecedentes legislativos.

En efecto, la parte final del artículo estatuye: "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".

Para entender esta disposición, es importante aclarar, en primer lugar, que el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 no tiene un parágrafo 3, sino que dicha norma subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificando, entre otros, el parágrafo 3 de esta última. En esa medida, debe citarse lo que dispone el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100, tal como fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797:

(...)

Es pertinente mencionar que este precepto fue demandado ante la Corte Constitucional, la cual lo declaró exequible condicionalmente, en la sentencia C-1037 de 2003⁴⁴, en los siguientes términos:

"Declarar EXEQUIBLE el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (sic), 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". (Subrayamos).

Como se observa, lo que dispone el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, con el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, es que el hecho de que un trabajador particular o un servidor público cumpla con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación en el régimen de prima media con prestación definida (que es al cual se refiere

dicha norma) y se le notifique en debida forma su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente, constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo (en el caso de los particulares y de los trabajadores oficiales) o la relación legal o reglamentaria (en el caso de los empleados públicos).

Desde luego que dicha norma, en el caso de los servidores públicos o de los particulares que ejerzan funciones públicas y estén vinculados laboralmente, resultaba incompatible con la opción de permanecer en el cargo establecida en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, por lo cual era necesario aclarar que a las personas que hagan uso de esta opción no se les aplica "lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003". Así lo manifestó expresamente la "comisión accidental" designada por la Cámara de Representantes para rendir un informe sobre la ponencia para segundo debate del respectivo proyecto de ley:

"Lógicamente, si la persona opta por permanecer en el cargo hasta los 70 años, no puede tener aplicación esta disposición legal", refiriéndose en este caso al "parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003".

Merece la pena aclarar que la Ley 1821 no modificó ni suprimió la referida disposición de la Ley 100 de 1993, pues el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de jubilación en el régimen de prima media y la inclusión del empleado en la nómina de pensionados, siguen constituyendo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, según el caso, para los trabajadores particulares y para aquellos servidores públicos que no "se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo" (por ejemplo, si un servidor público, después de reconocida la pensión y de ser incluido en la nómina de pensionados, no manifiesta su deseo de permanecer en el cargo que ocupa y, en consecuencia, que se le postergue el pago de la respectiva pensión).

Debe tenerse en cuenta, igualmente, que esta causal de retiro no es nueva para los servidores públicos. De hecho, como se explicó en el acápite A) de este concepto, dicha causal estaba prevista, entre otras normas, en los artículos 25 (literal d) y 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificados por el artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968; 105 (numeral 6) y 124 del Decreto Reglamentario 1950 de 1975.

Lo que sucede es que el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y otros decretos posteriores dictados por el Gobierno Nacional, eximieron a varios funcionarios públicos de dicha causal de retiro. Asimismo, normas como las Leyes 33 de 1985 (artículo 1, inciso 3), 71 de 1988 (artículos 8 y 9) y 100 de 1993 (artículo 150, parágrafo), morigeron y luego eliminaron esta causal de retiro para los servidores públicos. No obstante, la misma fue restablecida de manera general para los trabajadores particulares y los servidores públicos en la Ley 797 de 2003.

En este sentido, la "opción voluntaria de permanecer en el cargo", a que se refiere el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, no es otra que la posibilidad de mantenerse en el empleo o en el ejercicio de las funciones públicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de retiro forzoso, a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse, en lugar de retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación. Así quedó consignado, además, en los antecedentes legislativos de la norma, tal como se explicó en el aparte B) de este concepto.

Las consideraciones anteriores permiten entender claramente que el artículo 2º de la Ley 1821 se reduce a establecer dos reglas de derecho, a saber:

(i) Que dicha ley no modifica los requisitos previstos en las normas vigentes para adquirir el derecho a la pensión de jubilación; y

(ii) Que las personas que ejerzan funciones públicas no están obligadas, a partir de la vigencia de la citada ley, a retirarse de sus cargos al cumplir los requisitos para pensionarse, sino que pueden seguir ejerciendo sus funciones hasta cumplir la edad de retiro forzoso (70 años).

Así entendida la norma, se aprecia con claridad que la misma no se refiere de ninguna forma y en ningún sentido (favorable o desfavorable) a quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior (65 años) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 y que, por cualquier motivo, sigan ejerciendo funciones públicas.

Entre las conclusiones de la Sala en el concepto citado, se destacan las siguientes:

"3. ¿Cuál es el alcance de la Ley 1821 de 2016 frente a las vacantes que se generen durante la vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial?"

Tal como se explica en este concepto, la Ley 1821 de 2016 no produce ningún efecto en relación con las vacantes que se generaron antes de su entrada en vigencia, por haber llegado algunos notarios públicos a la edad de retiro forzoso. En consecuencia, tales vacantes deben ser provistas, en el orden que corresponda, con las personas que resultaron incluidas en la lista de elegibles.

Sin embargo, los notarios públicos que hayan cumplido o cumplan la edad de 65 años a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 quedan

sujetos automáticamente a la nueva edad de retiro forzoso prevista en el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016, por lo que, en esos casos, no se genera vacancia en la respectiva notaría al llegar a los 65 años de edad, ni sus titulares están obligados a retirarse del cargo antes de cumplir la nueva edad de retiro forzoso.

En los términos del artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos los notarios que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley de (sic) 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años y (ii) su situación laboral está definida mediante acto administrativo de retiro, pero continúan ejerciendo sus funciones por razones de necesidades del servicio hasta la posesión de su reemplazo?

No pueden permanecer voluntariamente en sus cargos los notarios públicos a quienes se refiere esta pregunta, por las razones de tipo general y especial (para los notarios) que se explican detenidamente en este concepto.”

Con base en las normas y la jurisprudencia transcritas, esta Dirección jurídica considera que en caso que al notario ya se le haya reconocido la pensión de vejez, deberá retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por lo que en consecuencia, se deduce que no podrá percibir de manera simultánea la pensión y la remuneración por el ejercicio como notario.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el Covid-19.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Revisor: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2 Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.

3 Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:28:20