



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2326 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: Álvaro Namón Vargas

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación interna: 2326

Número Único: 11001-03-06-000-2017-00001-00

Referencia: Retiro forzoso por edad de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. Ley 1821 de 2016. Situación de las personas que cumplieron la edad de retiro forzoso antes de su entrada en vigencia. Irretroactividad de la ley. Régimen de los notarios. Carrera notarial y concurso. Derechos adquiridos

El Ministro de Justicia y del Derecho solicita el concepto de la Sala sobre la interpretación y aplicación de la Ley 1821 de 2016, "[p]or medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas", especialmente en relación con los siguientes puntos: (i) las personas excluidas de su aplicación, según lo dispuesto en el artículo 1º inciso segundo de dicha ley; (ii) la situación de las personas que alcanzaron la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, pero que, por diferentes razones, continúan ejerciendo funciones públicas, y (iii) la situación de los notarios públicos que fueron retirados de sus cargos por haber llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior, pero que siguen ejerciendo sus funciones mientras se nombran las personas que los han de reemplazar, frente a los derechos que le asistan a quienes participaron en el último concurso público para el nombramiento de notarios y quedaron en los primeros lugares de la lista de elegibles.

I. ANTECEDENTES

En primer lugar, la consulta contiene un recuento de las normas legales y reglamentarias que han regulado en Colombia el fenómeno del retiro forzoso por la edad de los servidores públicos y de algunos particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente, desde la Ley 65 de 1967¹ hasta la misma Ley 1821 de 2016, junto con la jurisprudencia constitucional sobre este asunto.

Entre tales disposiciones, se destaca el Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, que estableció el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco (65) años como causal de retiro forzoso para todos los empleados de la Rama Ejecutiva (artículo 31), con excepción de los mencionados en el segundo inciso del artículo 29 ibídem, es decir, el Presidente de la República, los ministros, los jefes de departamentos administrativos, los superintendentes, los viceministros, los secretarios generales de los ministerios y los departamentos administrativos, los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, los miembros de las misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y los secretarios privados de los referidos despachos.

Agrega el ministro que tales normas fueron reglamentadas por el Decreto 1950 de 1973, el cual dispuso que la edad de retiro forzoso constituye un impedimento para el desempeño de cargos públicos, salvo para los funcionarios expresamente exceptuados en la disposición citada en el párrafo anterior.

Manifiesta que la Corte Constitucional ha señalado en varias sentencias, entre ellas la C-818 de 2011, la T-254 de 2002, la T-628 de 2006 y la T-668 de 2012, que no es constitucionalmente admisible aplicar la edad de retiro forzoso a los cargos de elección popular y de período fijo, habida consideración de que la voluntad popular, expresada en las urnas, es que los elegidos sean quienes ocupen el cargo durante el período que corresponda, y no otras personas.

Añade que en la sentencia T-012 de 2009, la misma Corte sostuvo que el retiro de un servidor público que ha llegado a la edad de retiro forzoso no puede operar de manera automática, pues la autoridad nominadora debe hacer una valoración de sus circunstancias particulares, para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, por tratarse de personas que han llegado a la tercera edad y merecen una protección especial del Estado.

Enseguida 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.

Advierte que, sin embargo, el inciso segundo del artículo 1º de la mencionada ley estatuye que "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"

A este respecto comenta que el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 modificó varias normas del Decreto 2400 de 1968, y no solamente el artículo 29, por lo que la interpretación literal del inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 conduciría a excluir de la misma a todos los empleados de la Rama Ejecutiva, pues son ellos a quienes se refieren las normas modificadas por el artículo 1º del Decreto 3074.

No obstante, de los antecedentes de la Ley 1821 de 2016 parece desprenderse que la remisión contenida en el segundo inciso del artículo 1º, es solamente al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 3074 de ese año, que es la disposición que contiene el listado de los funcionarios exceptuados de la edad de retiro forzoso.

Luego, el consultante transcribe el artículo 20 de la Ley 1821 de 2016 y manifiesta que de su texto podrá concluirse "desprevenida" que "las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años y se encuentren en ejercicio de funciones públicas pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años".

No obstante, el ministro comenta que durante el trámite de formación de la ley se quiso aclarar que esta no se aplicaba a quienes ya hubiesen cumplido 65 años, pero que dicha aclaración expresa se eliminó por considerarse superflua, ya que, para los senadores ponentes, era claro que la ley no tenía carácter retroactivo y que, por tal razón, no podrá aplicarse a quienes ya hubiesen cumplido 65 años.

Por otra parte, y específicamente en relación con los notarios públicos, la consulta se refiere a que la edad de retiro forzoso para los mismos había sido fijada también en 65 años, según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989², norma contenida actualmente en el artículo 2.2.6.1.5.3.1.3 del Decreto 1069 de 2015³.

Añade que el artículo 182 inciso segundo del Decreto Ley 960 de 1970⁴ dispuso que el retiro de los notarios se produciría a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la vigilancia notarial o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal.

Manifiesta, sobre este punto, que el Consejo de Estado, en providencia del 27 de marzo de 2014⁵, exhortó al Gobierno Nacional, al Consejo Superior de la Carrera Notarial y a la Dirección de Gestión Notarial de la Superintendencia de Notariado y Registro para que cumplieran, sin dilación alguna, lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, bajo el entendido de que no hay relación laboral entre el Estado y los notarios. Esta posición fue reiterada por el Consejo de Estado en fallo de la misma fecha⁶.

Asimismo, el Ministro de Justicia informa que el Gobierno Nacional, en cumplimiento del marco legal y jurisprudencial descrito, retiró del servicio a 25 notarios públicos, entre el 9 de abril de 2015 y el 30 de diciembre de 2016, por haber cumplido la edad de retiro forzoso. Sin embargo, dado que el artículo 150 del Decreto Ley 960 de 1970 preceptúa que el notario no puede separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de esta persona que deba reemplazarlo, existen actualmente notarios que siguen ejerciendo sus funciones a pesar de haber sido retirados mediante acto administrativo en firme, por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Igualmente se indica en la consulta que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, mediante el Acuerdo 01 del 9 de abril de 2015, convocó a un concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial, con el fin de proveer todas las notarías que se encontraban "en interinidad o en encargo" en esa fecha, las que se llegaran a crear durante la vigencia del concurso y de la lista de elegibles, y las que resultaran vacantes "después del ejercicio de los derechos de carrera".

Dicho concurso concluyó con la expedición del Acuerdo NO 26 del 26 de junio de 2016, mediante el cual el citado Consejo Superior aprobó la lista definitiva de elegibles para el nombramiento de notarios en propiedad, que se publicó en un diario de amplia circulación nacional el 3 de julio de 2016.

Mediante el Acuerdo 27 de 2016, el Consejo Superior de la Carrera Notarial estableció el procedimiento para el agotamiento de la lista de elegibles y la selección de las notarías vacantes. En desarrollo de dicho procedimiento, el Secretario Técnico del Consejo "postuló" a los aspirantes a las 25 notarías o vacantes, postulaciones que ya fue aceptada por parte de ellos, faltando su nombramiento por parte del Gobierno Nacional o de los gobernadores, según el caso. Dentro de estas notarías se encuentran aquellas regentadas por los notarios que ya fueron retirados oficialmente por haber cumplido la edad de retiro forzoso pero que siguen ejerciendo sus funciones, mientras no sean nombrados y se posesionen las personas que deban reemplazarlos.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Ministro de Justicia y del Derecho formula a la Sala las siguientes PREGUNTAS:

"1. ¿La remisión del inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1821 de 2016 se refiere al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o a la totalidad del artículo 1 del Decreto 3074 de 1968? ¿En caso de que lo sea solo el (sic) artículo 29 del artículo (sic) del Decreto 2400 de 1968, es viable que el Gobierno Nacional expida un decreto de yerros aclarando la remisión?"

2. En los términos del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos las personas que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años, pero a esa fecha (ii) no se les había definido su situación laboral mediante acto administrativo de retiro y (iii) continúan ejerciendo funciones públicas?"

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?

4. En los términos del artículo 2º 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?

5. A pesar de que no existe relación laboral entre los notarios y Estado (sic) ¿Es aplicable el principio de favorabilidad a los notarios?

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a estos interrogantes, la Sala analizará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) La regulación del retiro forzoso por la edad en Colombia; (ii) la Ley 1821 de 2016: antecedentes; (iii) interpretación del segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821: personas excluidas de su aplicación; (iv) interpretación de los artículos 2º y 4º de la misma ley: situación de los servidores públicos que cumplieron 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, e irretroactividad de la ley, y (v) consideraciones adicionales en relación con los notarios.

A. La regulación del retiro forzoso por la edad en Colombia

Mediante la Ley 65 de 1967 se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para distintos fines, entre ellos, “modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramiento y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos” (literal g.).

En ejercicio de tal delegación, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2400 de 1968, cuyo objeto es el de regular “la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público” (artículo 1º).

Varias disposiciones de este decreto fueron modificadas por el Decreto 3074 del 1968, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las mismas facultades extraordinarias.

El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, dispuso:

“CAPÍTULO TULO 6º

Del retiro.

ARTÍCULO 25.- La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

(...)

a) Por declaración de insubsistencia del nombramiento;

d) Por retiro con derecho a jubilación;

e) Por invalidez absoluta;

i) Por edad;

(..). (Se resalta).

En armonía con lo anterior, el artículo 29 ibídem, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074, estatuyó lo siguiente sobre la causal señalada en el literal d) del artículo 25 del Decreto 2400:

“ARTÍCULO 29. El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones V ser retirado del servicio. dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio. salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República. Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo. Superintendente. Viceministro. Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo Presidente Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales V Comerciales del Estado. miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años. (Subrayamos).

Y en relación con la causal de retiro por edad, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 preceptúa:

"ARTÍCULO 31. *Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65 años: ser; retirado del servicio no ser; 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 2 del artículo 29 de este Decreto*" (Se destaca).

Como se observa, el Decreto 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, establece dos causales distintas, aunque relacionadas, para el retiro de los empleados públicos que trabajan en la Rama Ejecutiva: (i) el cumplimiento de los requisitos legales para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, y (ii) el hecho de haber llegado a la edad de 65 años, en cuyo caso el empleado debía disfrutar de una pensión de vejez, conforme al régimen laboral y prestacional vigente a la sazón, si no hubiera adquirido ya la pensión de jubilación.

Para mayor claridad, vale la pena recordar que, en punto a la pensión de vejez, el artículo 29 del Decreto Ley 3135 de 1968⁷ establecía:

"ARTÍCULO 29°. - *Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión...*" (Subrayas fuera del texto).

Debe resaltarse, en todo caso, que de ambas causales de retiro forzoso estaban exceptuados los funcionarios mencionados en el segundo inciso del artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año. De la primera, porque así lo establecía implícitamente el artículo 29 citado, cuando permitía que dichos empleados pudiesen ser reintegrados, a pesar de haberse retirado para disfrutar de la pensión de jubilación, y de la segunda causal quedaban excluidos, por la remisión que el artículo 31 del Decreto 2400 hacía al segundo inciso del artículo 29 ejusdem.

Sobre la interpretación y la aplicación de estas normas, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó lo siguiente, en el concepto 1764 de 2006⁸:

"La interpretación armónica de los artículos 29 y 31 del decreto ley 2400 de 1968 conduce, en síntesis, a las siguientes reglas:

a) El artículo 29 prohíbe el reintegro de los pensionados oficiales a la Rama Ejecutiva, exceptuando de dicha prohibición los cargos señalados en el inciso segundo⁹ del artículo 29.

b) Por su parte, el artículo 31 fija en 65 años, la edad de retiro forzoso de los empleados de la Rama Ejecutiva y establece la prohibición de reintegrar al servicio a la persona que haya alcanzado dicha edad, exceptuando los mismos cargos mencionados en el inciso segundo del artículo 29.

Así las cosas, se concluye que las personas llamadas a ocupar los cargos citados en el segundo inciso del artículo 29, están exceptuadas legalmente tanto de la prohibición de reintegro al servicio por tener eventualmente el status de pensionados, como de la prohibición o impedimento que genera llegar a la edad de retiro forzoso.

c) Ahora bien, la parte final del artículo 29 faculta al Gobierno nacional para exceptuar otros cargos de la prohibición de reintegro al servicio de pensionados oficiales, pero no para exceptuados de la edad de retiro forzoso".

Estas normas fueron reglamentadas por el Decreto 1950 de 1973¹⁰, cuyo artículo 105 dispuso, en relación con el retiro de los empleados oficiales:

"ARTÍCULO 105.- *El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce:*

(...)

5. Por edad.

6. Por retiro con derecho a pensión de jubilación.

(...)

El artículo 122 del mismo decreto prescribió lo siguiente, sobre la causal de retiro forzoso por edad:

"ARTÍCULO 122- *La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año*". (Subrayas ajenas al texto).

Y el artículo 124 del mismo decreto normó lo siguiente sobre el retiro con pensión de jubilación o con pensión de vejez:

"ARTÍCULO 124.- *Al empleado oficial que reúna las condiciones legales para tener derecho a una pensión de jubilación o de vejez, se le notificará por la entidad correspondiente que cesará en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes, para que gestione el reconocimiento de la correspondiente pensión*".

Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará; el retiro y el empleado cesará; en sus funciones.

(..)". (Destacamos).

Es importante mencionar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-351 de 1995¹¹, resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, que fijó en 65 años la edad de retiro forzoso para los empleados de la Rama Ejecutiva. En esa oportunidad, la Corte consideró que la norma acusada estaba vigente y que se ajustaba a la Constitución, no obstante haberse expedido mucho antes de la Carta Política de 1991. De dicha providencia resulta pertinente destacar lo siguiente:

"4. Edad de retiro forzoso

Como se ha señalado anteriormente, la Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes. De ello no se puede colegir que aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos. o que se establezca como regla general para todos ellos. Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabe determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un período fijo. ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está; manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.

El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnarle, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. (...)

No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. (...) Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.

(...) en cuanto a la supuesta violación del artículo 13 Superior por parte de la norma acusada, hay que anotar que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no deja en estado de indefensión a los mayores de 65 años, ni los discrimina, porque los hace acreedores a la pensión por vejez, dándoles lo debido en justicia. Por otra parte, el Estado no deja de protegerlos, porque les puede brindar apoyo de otras maneras, y será absurdo que, en aras de proteger la vejez, consagrara el derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, sin importar los criterios de eficiencia y omitiendo el derecho de renovación generacional, que, por lo demás, está; también implícito en el artículo 40-7 de la Constitución". (Subrayas añadidas).

Más adelante, con la sentencia C-563 DE197¹², la Corte Constitucional ratificó la constitucionalidad de las normas que fijan una determinada edad como causal retiro forzoso de los servidores públicos, al declarar exequible un aparte del artículo 31 del Decreto Ley 2279 de 1979¹³, que señaló en 65 años la edad de retiro forzoso para los educadores oficiales. En dicha oportunidad la Corte hizo las siguientes consideraciones adicionales:

"4. A juicio de la Corte, la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual "el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar" que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de "dar pleno empleo a los recursos humanos" (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público: constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades". (Resaltamos).

Y en la misma sentencia se explicó lo siguiente sobre la validez constitucional de la excepción que para ciertos cargos públicos hacía el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, por remisión al artículo 29, inciso segundo del mismo decreto:

"8. Con el objeto de establecer el alcance y finalidad de excepción consagrada en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 - según la cual el Presidente de la República; ministro del despacho; jefe de departamento administrativo; superintendente; viceministro; secretario general de ministerio o departamento administrativo; presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial y comercial del Estado; miembro de misión diplomática no comprendido en la respectiva carrera; y, secretario privado del despacho de los funcionarios antes

enumerados, puede continuar en su cargo luego de alcanzar la edad de retiro forzoso -, se hace necesario determinar cuál es la racionalidad que sustenta el elenco de empleos públicos antes mencionados. Sobre este particular, en la sentencia que declaró la exequibilidad del inciso 2° del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, la Corte expresó:

"Resulta entonces claro para la Corte que las excepciones previstas en la norma sub-examine [artículo 29 del Decreto 2400 de 1968], se refieren a los cargos mencionados, a los cuales se accede en virtud de elección popular - en el caso del Presidente de la República - o en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en los demás eventos. V dada la naturaleza e importancia de los mismos, requieren ser desempeñados por personas cuya experiencia, conocimientos y trayectoria garanticen la eficiencia de la función pública.

(...)

En suma, los empleos a que hace referencia el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 - todos los cuales corresponden a las más altas dignidades de la rama ejecutiva del poder público - son cargos de elección popular o de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República o de alguno de los altos funcionarios allí señalados (...). (Se destaca).

Así, pues, queda claro que ni la causal general de retiro forzoso de los servidores públicos por llegar a la edad fijada por la ley, ni las excepciones a la misma, prevista en el decreto 2400 de 1968, fueron derogadas por la Constitución Política de 1991 ni resultan contrarias a esta, conforme a lo resuelto en varias decisiones por la Corte Constitucional.

Vale la pena comentar que el artículo 14 de la Ley 490 de 1998 modificó expresamente el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, en el sentido de mantener la edad de retiro forzoso en 65 años, pero de manera flexible, de tal manera que el empleado que manifestará libre y voluntariamente su deseo de seguir "en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años"

Sin embargo, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-644 de 1999, por haber incurrido el legislador en una ostensible violación al principio de unidad de materia, ya que el objeto de la citada Ley 490 era el de transformar a la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) en una empresa industrial y comercial del Estado. Con dicha declaratoria, entonces, revivió, en sus términos originales, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968.

Ahora bien, es importante mencionar que esta causal, que originalmente se refería solo a los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, tal como lo precisó el Decreto 1950 de 1973 (artículo 1°), se fue extendiendo posteriormente a otros servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas de manera permanente, en virtud de diversas normas legales, con fuerza de ley e, incluso, reglamentarias. Así, para citar algunos ejemplos, el Decreto 2277 de 1979 (artículo 31), la estableció para los docentes oficiales; los Decretos 546 de 1971¹⁴ (artículo 5°) y 1660 de 1978¹⁵ (artículos 128 y 130), para los servidores judiciales y los empleados del Ministerio Público, lo cual fue ratificado posteriormente para los primeros por la Ley 270 de 1996¹⁶ (artículos 149 numeral 40, y 204); la Ley 106 de 1993¹⁷ (artículo 149) y el Decreto 268 de 2000¹⁸ (artículo

42), para los empleados de la Contraloría General de la República; el Decreto 3492 de 1986¹⁹ (artículo 100) y luego, el Decreto 1014 de 2000²⁰ (artículo 32) y la Ley 1350 de 2009²¹ (artículo 52), para los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil; el Decreto 1260 de 1970²² (artículo 184) y, posteriormente, el artículo 1° del Decreto 3047 de 1989, para los notarios públicos; el Decreto 262 de 2000²³ (artículos 158 numeral 11, y 171), para los empleados de la Procuraduría General de la Nación; el Decreto 407 de 1994²⁴ (artículo 49 literal h, y 60), para el personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), y el Decreto 1768 de 1994²⁵ (artículo 22), para los directores generales de las corporaciones autónomas regionales.

Finalmente, la Ley 909 de 2004²⁶ extendió esta causal, de manera general, a todos los empleados públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción, de las entidades, órganos y organismos mencionados en su artículo 3°. En efecto, el artículo 41 de la citada ley dispone, en lo pertinente:

ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes están desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

g) Por edad de retiro forzoso;

(...)" (Se resalta).

Por su parte, el artículo 55 ibídem precepta que "las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 V demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3° de la presente ley". Este último artículo establece el campo de aplicación de la Ley 909, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 3°. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- (Inciso 50 derogado por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006)

- (Inciso 60 derogado por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006)

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

- En la Auditoría General de la República.

- En la Contaduría General de la Nación;

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación.

- Entes Universitarios autónomos.

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.

- El que regula el personal docente.

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República

PARÁGRAFO 2°. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley".

De esta manera, la Ley 909 de 2004 extendió la causal de retiro forzoso por edad, contenida en el Decreto 2400 de 1968, a una gama inmensa de servidores públicos de todas las ramas del poder público, de organismos de control y de órganos autónomos, tal como lo ha manifestado la Sala en varias ocasiones²⁷

En relación con el uso de esta causal de retiro, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han manifestado en numerosas ocasiones que el retiro de un servidor público por el cumplimiento de la edad máxima señalada por la ley, no puede hacerse de manera automática, generalizada ni indiscriminada, sino que debe efectuarse de manera razonable, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada servidor, especialmente aquellas relacionadas con su situación económica, familiar, pensional, de salud etc., de tal manera que con el retiro no

En la reciente sentencia T- 376 de 2016, la Corte Constitucional resumió su línea jurisprudencial sobre esta problemática, en los siguientes términos:

“47. La Sentencia T-294 de 2013, sistematizó las reglas de decisión sobre la materia. Por su pertinencia, se transcriben ampliamente:

“(i) En aquellos casos en los que el trabajador retirado del servicio ya cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero esta no ha sido reconocida por demora del Fondo de Pensiones o por negligencia del empleador en adelantar los trámites o mora en el pago de cotizaciones a su cargo, la Corte ha ordenado el reintegro de la persona hasta tanto tenga lugar el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la respectiva nómina de pensionados.

(ii) Cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez. En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retiro social (Ley 790 de 2002), que establecen estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse, fueron previstas solo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión (...).

(iii) Cuando exista controversia o vacíos probatorios sobre el tiempo cotizado por el trabajador en edad de retiro forzoso, de modo tal que no se logre establecer si cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se ha concedido la tutela como mecanismo transitorio, ordenando el reintegro del peticionario y confiriéndole un plazo para interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria.

(iv) Finalmente, en casos de personas de edad avanzada que no lograron cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero si satisfacen las condiciones para obtener la pensión de retiro por vejez, la Corte amparó su derecho ordenando el reconocimiento inmediato de esta última prestación”²⁸

48. En síntesis, si bien esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de distintas disposiciones que han fijado la edad de retiro forzoso en sesenta y cinco (65) años, la aplicación de esta causal debe ser razonable, no puede ser aplicada de forma automática y siempre debe consultarse la situación particular del servidor público con el fin de evitar una afectación al ánimo vital. La manera de solucionar el caso dependerá de: (i) la certeza sobre la prestación pensional a la que tiene derecho el actor, (ii) el cumplimiento de todas las cotizaciones exigidas o en defecto de lo anterior, (iii) el tiempo de cotizaciones que le restan”. (Se resalta).

Se deduce de lo anterior que la Corte Constitucional no ha modificado el supuesto de hecho que configura esta causal de retiro forzoso, de acuerdo con las normas que la regulaban antes de la Ley 1821 de 2016, consistente únicamente en el hecho de cumplir el respectivo servidor público o el particular la edad de 65 años, pero ha advertido en múltiples ocasiones que dicha forma de retiro no puede utilizarse de manera automática o indiscriminada, sino teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la persona que se ve afectada con la misma, para no vulnerar sus derechos fundamentales. En esa medida, ha ordenado en varios casos que el retiro efectivo de la persona que deba cesar en sus funciones se diferiera durante algún tiempo, con el fin de permitirle la obtención de la pensión de jubilación o de vejez, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o, en algunos casos, la conclusión de un tratamiento médico, entre otras circunstancias.

En efecto, ni la Corte ha declarado inexecutable tales normas, ni ha condicionado de manera general su exequibilidad bajo determinada interpretación (con un fallo modulado), ni ha exigido tampoco, al revisar acciones de tutela, que un servidor público que haya llegado a la edad de retiro forzoso se mantenga indefinidamente en su cargo o hasta cumplir una edad diferente de la señalada por la ley. Así, por ejemplo, en la citada sentencia T- 376 de 2016, al resolver el caso particular que le fue planteado, la Corte expuso lo siguiente:

“57. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

(...)

(b) La manera de solucionar los casos en los que una persona es retirada del servicio por llegar a la edad de retiro forzoso sin haber adquirido la pensión, dependerá: (i) de la certeza sobre la prestación pensional a la que tiene derecho... (ii) del cumplimiento de todas las cotizaciones exigidas o en defecto de lo anterior, (iii) del tiempo de cotizaciones que le restan.

(c) En este último caso, si son menos de tres (3) años procederá el reintegro del funcionario hasta tanto obtenga la pensión y, de lo contrario podrá ordenarse el reintegro al cargo que ocupaba, sujetando la orden a que la persona opte por la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos. Cuando ocurre lo segundo, la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento. En adición a ello, solo podrá disponerse el retiro cuando efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de la prestación económica. En estos casos si el accionante determina que quiere seguir cotizando para alcanzar su derecho pensional, la entidad pública no deberá mantener en el cargo al accionante, dado que siempre es una opción seguir cotizando para obtener la pensión completa.

58. Sobre la base de lo anterior, la Sala concluye que se deben tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante en consideración a que la Procuraduría General de la Nación retiró de su cargo a... sin valorar la posible interrupción de su tratamiento de... y el hecho de que su situación pensional no estaba resuelta. No obstante, debe aclararse que el actor no tiene derecho a la pensión especial para el Ministerio Público y al faltarle en la actualidad... años de cinco (5) años de cotización, esta Corporación no puede reintegrar al actor hasta

59. En consecuencia, no es posible que la Corte acceda a la pretensión inicial del accionante, consistente en el reintegro a la Procuraduría... hasta que adquiera el derecho a la pensión. Por el contrario, determinará; su reintegro... al cargo que ocupaba en dicha entidad para que, dentro del mes siguiente manifieste por escrito si decide optar por recibir la indemnización sustitutiva... o si prefiere seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social para adquirir su pensión completa. (...).

(...)

RESUELVE

(..:)

SEGUNDO: ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre al accionante al cargo que desempeñaba o a uno de la misma categoría para que manifieste por escrito, en el término máximo de un (1) mes, si considerando el número de semanas que le hace falta cotizar, decide optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o si prefiere seguir cotizando al sistema de pensiones hasta alcanzar el número de semanas exigidas por la ley para obtener su prestación completa. Si la decisión consiste en continuar cotizando no estará; obligado el Ministerio Público a mantenerlo en su cargo y previo el cumplimiento del debido proceso administrativo, podrá; adoptar la decisión que corresponda". (Subrayas ajenas al texto).

Lo anterior obedece, a juicio de la Sala, a que esta causal de retiro forzoso se concreta exclusivamente con la llegada del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas a la edad señalada por la ley, independientemente de que el retiro efectivo pueda cumplirse dentro de cierto plazo (por ejemplo, 6 meses para algunos servidores públicos, o 1 mes para los notarios), o de que, en algunas circunstancias especiales y excepcionales, a las cuales se refiere la jurisprudencia constitucional, deba diferirse durante cierto tiempo (que no puede exceder en ningún caso de 3 años, según la misma jurisprudencia).

En efecto, la llegada de una persona a dicha edad constituye un "hecho jurídico", en el sentido técnico de la palabra, del cual se derivan unas consecuencias o efectos jurídicos, consistentes en: (i) el deber del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas, de retirarse de su cargo y cesar en el ejercicio de sus funciones, y (ii) el deber de la entidad, el órgano o el organismo público nominador (y de los funcionarios respectivos) de retirar a la persona afectada, si ella no lo hace voluntariamente.

B. La Ley 1821 de 2016. Antecedentes

La Ley 1821 de 2016 es la culminación de una serie de propuestas e iniciativas legislativas que, desde hace varios años, buscaban aumentar la edad de retiro forzoso para los servidores públicos, inspiradas en el simple pero importante motivo de que las expectativas de vida de los colombianos, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres, han aumentado dramáticamente desde 1968, cuando se estableció en 65 años la edad de retiro forzoso.

Un primer intento se dio con el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, al cual se hizo referencia en el acápite anterior, intento que fracasó al declararse inexecutable dicha norma por parte de la Corte Constitucional.

Luego se presentaron algunos proyectos de ley al Congreso de la República, los cuales no prosperaron, hasta que, por iniciativa de varios senadores y representantes a la Cámara, se presentó el proyecto de ley N.º 110 de 2015 (Cámara de Representantes), "[p]or medio de la cual se modifica la edad máxima de retiro de algunos servidores públicos del orden nacional y de los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente".

Este proyecto derivó finalmente en la Ley 1821 de 2016, "[p]or medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas", publicada en el Diario Oficial el día 30 de diciembre de 2016.

Esta ley cuenta solamente con cuatro (4) artículos, al igual que el proyecto inicialmente presentado.

El artículo 1.º, que es el central, prescribe lo siguiente:

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

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

A juicio de la Sala, este artículo trae dos (2) importantes consecuencias, desde el punto de vista jurídico: (i) en primer lugar, aumenta la edad de retiro forzoso, hasta los 70 años, para los cargos, posiciones y funciones públicas que ya estaban sometidos a la edad máxima de 65 años para su ejercicio, de acuerdo con la legislación anterior, y (ii) en segundo lugar, somete a la edad de retiro forzoso (70 años) a aquellos servidores públicos y particulares que ejerzan de manera permanente funciones públicas y que, de acuerdo con el régimen anterior, no estaban sometidos a dicha causal de retiro, con excepción solamente de los mencionados en el segundo inciso del mismo artículo, a los cuales nos referiremos más adelante.

"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".

Dado que sobre la interpretación de este artículo recaen varias de las preguntas formuladas en la consulta, nos referiremos a él más adelante con la profundidad necesaria.

El artículo 3º ibídem reitera que esa ley no modifica los requisitos, circunstancias y condiciones establecidas en las normas vigentes para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, y aclara que tampoco 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".

Y finalmente, el artículo 4º dispone que dicha 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)".

Ahora bien, dado que la consulta gira en torno a la interpretación de dicha ley, especialmente en sus artículos 1º, 2º y 4º, la Sala considera importante, en primer lugar, hacer una descripción general del proyecto de ley que dio origen a esta normatividad, de sus principales motivaciones y de las transformaciones que sufrió durante su trámite legislativo²⁹, aspectos que resultan determinantes, como se verá, para la adecuada hermenéutica de sus disposiciones.

Tal como se indicó atrás, este proyecto fue de iniciativa parlamentaria y contaba igualmente con cuatro artículos. Sin embargo, su alcance resultaba más limitado que el de la Ley 1821 de 2016, ya que solamente pretendía aumentar la edad de retiro forzoso hasta los 70 años para algunos cargos del Estado y para los particulares que ejercieran funciones públicas, pero no para todos los servidores públicos. Así lo establecía el título y el artículo 1º del citado proyecto, este último del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 1º. La edad máxima de retiro del cargo para los servidores públicos del nivel directivo o decisorio de las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial del Poder Público, de los organismos de control, de la organización electoral, los organismos especiales, los jueces y magistrados de la República y sus equivalentes, y de los particulares que ejerzan funciones públicas de modo permanente, será de setenta años". (Se resalta).

De esta forma, con la norma que se proponía originalmente, algunos empleados y funcionarios del Estado habrían quedado sometidos a la nueva edad de retiro forzoso (70 años), mientras que el resto de los servidores públicos seguirían sujetos a la edad de retiro anterior (65 años).

Por otro lado, observa la Sala que la norma sugerida inicialmente no traía excepciones, de manera tal que cargos como el de los ministros, los secretarios generales o los directores de establecimientos públicos hubieran quedado sometidos a dicha causal de retiro.

El artículo 2º del proyecto estatuyó:

"Artículo 2º. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Sin embargo, las personas que a partir de su entrada en vigencia accedan o se encuentran en ejercicio de cualquiera de los cargos a los que hace referencia el artículo primero, podrán permanecer en los mismos, pero con la obligación de seguir cotizando al régimen de seguridad social, tanto en salud como en pensión, aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación". (Destacamos).

El artículo 3º del proyecto coincidía básicamente con el texto del artículo 30 de la Ley 1821 de 2016.

Y el artículo 4º de la iniciativa legislativa se añadía, al igual que el mismo artículo de la Ley 1821, que la ley que se expidiera regiría desde su publicación y derogaba las disposiciones que le fueran contrarias, "en especial las contenidas en la ley 909 de 2004, en los decretos-leyes 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29) y 250 de 1970 y en los decretos 1950 de 1973, 1660 de 1978, 3047 de 1989, 564 de 2006, 1469 de 2010 y 1069 de 2015". (Se subraya).

En la respectiva exposición de motivos se explicó que lo que se pretendía con este proyecto de ley era principalmente ampliar en cinco (5) años la edad de retiro forzoso para algunos servidores del Estado especialmente calificados, aprovechando la mayor experiencia, madurez y criterio que pueden tener las personas que han superado los 60 años de edad.

Asimismo, se manifestó que el Congreso de la República tiene la atribución exclusiva para regular este asunto, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política en sus artículos 125³⁰, para los servidores públicos, y 123³¹ y 210³², para los particulares que ejercen funciones públicas.

Puntualmente se justificó la propuesta en dos motivos primordiales:

(i) Los cambios demográficos y profesionales ocurridos en los últimos 50 años en Colombia. A este respecto, se explicó que el promedio de

vida de los colombianos en 1968 era de 58 años para las mujeres y 55 para los hombres, con lo cual la edad de retiro forzoso impuesta en ese año estaba por encima de las expectativas de vida de la mayor parte de la población. En contraste, para el año 2013, la esperanza de vida en Colombia era de 70 años y 4 meses para los varones, y 77 años y 7 meses para las mujeres, con lo cual la nueva edad de retiro forzoso que se proponía (70 años) quedaba por debajo de la vida probable de los colombianos.

También se indicó que en este mismo lapso había cambiado sustancialmente la composición etaria de la población, de tal manera que el porcentaje de personas de la tercera edad se acerca cada vez más al porcentaje de personas jóvenes.

Por estas razones, se consideró que la ley impactaría grado favorablemente el ejercicio de los destinos públicos que exigen mayor grado de experiencia y madurez.

(ii) Como segundo beneficio principal del proyecto, se manifestó que la ley propuesta generaría un alivio financiero al sistema pensional, ya que, sin modificar los requisitos o condiciones previstos en la ley para la adquisición del derecho a la pensión, propiciaba que las personas siguieran aportando al sistema de pensiones durante cinco años más, mientras que el sistema les pagaría "retornos" (en forma de mesadas) durante cinco años menos, representados por la diferencia entre la expectativa de vida de las personas y la nueva edad de retiro forzoso que se proponía. Sobre este punto se dijo:

"Ciertamente, la propuesta que contiene este proyecto de ley trae consigo un importante beneficio cuantitativo para el sistema pensional, como quiera que disminuye a cero el subsidio estatal a las pensiones de quienes opten por permanecer en sus cargos hasta la edad de 70 años."

En efecto, en el régimen actual de prima media, en el que la pensión se puede obtener desde los 57 o los 62 años (dependiendo del sexo del trabajador) y la obligatoriedad de retirarse del cargo como máximo al cumplir los 65 años, se tiene que, dado el promedio de vida actual de los pensionados, cada funcionario pensionado recibirá por concepto de pensión una cifra que superará; en alrededor de mil millones de pesos, lo que cotiza en su vida laboral. Esto es lo que se llama subsidio estatal a las pensiones, que castiga fuertemente la sostenibilidad económica del sistema pensional, especialmente a medida que los promedios de vida van aumentando.

(...)

Es por ello que el proyecto de ley establece que todas las personas amparadas por la nueva edad de retiro forzoso deberán seguir cotizando al régimen de seguridad social hasta la edad de su retiro efectivo del cargo, aunque hayan consolidado previamente su derecho a gozar de una pensión de jubilación". (Se resalta).

En el numeral 4º de la exposición de motivos se resume el objeto del proyecto y las finalidades buscadas con el mismo, así:

4. Conclusiones

Son numerosas las bondades del proyecto de ley de ampliación de la edad máxima de retiro de determinados cargos a setenta años. Por una parte, se capitaliza el conocimiento y la experiencia de población adulta que cuenta con una importante experiencia y madurez para el manejo de funciones públicas delicadas, y por otra, se alivia de modo significativo la carga financiera del sistema pensional a cargo del Estado, como quiera que se elimina el subsidio pensional que en la actualidad existe para cada pensionado que se retira como máximo a los 65 años.

La propuesta, por lo demás, le apunta a la autonomía de los trabajadores, como quiera que la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de 70 años, es voluntaria, pero quien decida continuar con el ejercicio del cargo, debe seguir cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma cuantía que lo venía haciendo con anterioridad.

Así las cosas, entre las diferentes opciones que se pueden buscar para enfrentar el tema de la ampliación de las expectativas de edad: el envejecimiento de la población, el aprovechamiento de la experiencia y la sostenibilidad del régimen pensional, esta propuesta es beneficiosa y definitiva a mediano y largo plazo...

Por lo anterior, con el presente proyecto de ley... hacemos una propuesta al Congreso de la República para que sin vacilación alguna la estudie, analice y acoja, ya que ella se fundamenta, entre otras, en estas consideraciones:

. Se facilita y da la opción voluntaria a todos los servidores públicos del ámbito directivo y a los particulares que cumplan funciones públicas, para que una vez cumplidos los requisitos del número de semanas cotizadas y edad, puedan suspender el beneficio del reconocimiento pensional continuar laborando por un tiempo máximo de 5 años, bajo la condición de no recibir la mesada pensional y seguir aportando por el periodo adicional... teniendo la opción de renunciar a este reconocimiento y hacer efectiva su pensión". (Negrillas del original; subrayas añadidas).

En la ponencia para primer debate en la Comisión SCA de la Cámara de Representantes³³ se propuso adicionar el artículo 1º del proyecto de ley con dos párrafos: (i) el primero, para aclarar que los empleados sujetos a la nueva edad de retiro forzoso (70 años), que cumplieran 65 años de edad y tuvieran los requisitos para pensionarse, podían retirarse voluntariamente de sus cargos, y (ii) el segundo, para establecer que los demás servidores públicos, es decir, aquellos que seguían sujetos a la edad de 65 años para su retiro forzoso, podían seguir en sus cargos hasta por treinta (30) semanas más, después de haber cumplido los 65 años, si en ese momento no habían completado aún las semanas de cotización requeridas para pensionarse.

Cámara.

El 9 de diciembre de 2015 se presentó ponencia para segundo debate de este proyecto de ley, en la plenaria de la Cámara de Representantes, sin proponer cambios al texto aprobado en la Comisión SÁptima, con excepción de la expresión "pensión de jubilación", que aparecía en el artículo 20, la cual se sugirió reemplazar por "pensión de vejez".

El 30 de marzo de 2016, se constituyó una "comisión accidental" conformada por varios representantes a la Cámara³⁴, con el fin de estudiar algunas inquietudes que surgieron sobre el alcance del proyecto de ley, a raíz de la presentación de la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes y su discusión en la plenaria de dicha corporación.

Paralelamente se conformó una subcomisión encargada de resolver los impedimentos que varios congresistas plantearon. Dicha subcomisión propuso que el aumento de la edad de retiro forzoso se extendiera a todos los servidores públicos y personas que cumplieran funciones públicas, tal como lo había sugerido también el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un concepto que rindió ante esa corporación³⁵, con el fin de unificar la edad de retiro forzoso en 70 años.

Por su parte, la "comisión accidental" presentó su informe el 10 de agosto de 2016, en el cual planteó los siguientes puntos:

. Se acogieron las propuestas de varios partidos y bancadas, en el sentido de que la ley debía aplicarse a todas las personas que desempeñen funciones públicas, y no solamente a quienes ocupen cargos altos o directivos.

. Se aceptó la propuesta de un representante a la Cámara, consistente en adicionar el artículo 20 con la siguiente disposición: "A las personas que se acojan a la opción que ofrece la presente Ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 30 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003".

A este respecto, el informe de la "comisión accidental" explicó: "Lógicamente, si la persona opta por permanecer en el cargo hasta los 70 años, no pueden tener aplicación esa disposición legal".

Y en el numeral 4º del informe se manifestó:

"4. Los demás elementos siguen igual, es decir:

a. La posibilidad de continuar trabajando de los 65 a los 70 años es enteramente voluntario (sic).

b. Quienes decidan acogerse deberán continuar con las cotizaciones a la Seguridad Social, con lo cual se contribuye con los recursos públicos para salud y pensiones.

c. Adicionalmente, se busca ayudar a aquellas personas que, habiendo llegado a la edad de retiro, no han cumplido con la totalidad de tiempo de cotizaciones y, en muchos casos, se ven obligados a acudir a la justicia para que sean restituidos mientras los cumplen... "

La misma "comisión accidental" propuso entonces varios ajustes al texto del proyecto, entre los cuales se destaca la modificación del artículo 1º, en el sentido de que la nueva edad de retiro forzoso sería aplicable a "las personas que desempeñen funciones públicas, ya sea en régimen de carrera o de libre nombramiento y remoción", sin hacer ninguna distinción y sin plantear tampoco excepciones a dicha regla. De manera concordante, se propuso eliminar los dos párrafos con los que dicha norma fue aprobada en primer debate por la Comisión SÁptima de la Cámara y los cuales, como atrás se explicó, se referían a la situación de los servidores públicos que seguían sujetos a la edad de retiro forzoso anterior (65 años).

Con base en estas proposiciones y con los cambios sugeridos, el proyecto de ley fue aprobado en sesión plenaria de la Cámara de Representantes los días 23 y 24 de agosto de 2016.

No obstante, vale la pena registrar que el 24 de agosto de 2016, la Representante a la Cámara Ángela Robledo presentó una proposición para que se reabriera la discusión del proyecto de ley, "para efectos de incluir unas modificaciones necesarias a los artículos 2 y 4 del citado proyecto...", con la justificación de que era necesario aclarar el alcance temporal de la ley, para que no pudiera interpretarse que esta resultara retroactiva y, en esa medida, generase conflictos jurídicos entre los notarios públicos que habían cumplido ya 65 años pero seguían ejerciendo sus cargos y aquellas personas que habían sido incluidas en las listas de elegibles para ocupar notarías en propiedad, luego de haber participado exitosamente en el concurso de méritos realizado para tal fin. A este respecto manifestó:

"Por lo antes expuesto se hace necesario delimitar en tiempo (sic) la aplicación de esta ley y sus efectos, para que su vigencia sea realmente hacia el futuro y sin ninguna retroactividad y no se privilegien con artilugios legales personas ya retiradas de sus cargos en perjuicio del derecho de muchos colombianos que se presentaron al concurso de notarios lo ganaron por sus méritos y conocimientos y que verán frustrada su legítima aspiración y por tanto su confianza en las instituciones"

En el mes de septiembre de 2016 se recibió en la Cámara de Representantes una gran cantidad de comunicaciones en el mismo sentido, de personas que habían participado en el mencionado concurso de méritos y habían logrado quedar en la lista de elegibles. Todos ellos solicitaban aclarar expresamente que la ley en trámite no debía aplicarse retroactivamente, pues de ser así se desconocerían sus "derechos adquiridos", como ellos mismos los calificaban, citando para el efecto jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁶, y se incurriría en un posible

vicio de inconstitucionalidad.

El 1º de noviembre de 2016, luego de efectuarse una audiencia pública y recibirse comentarios de varios sectores, gremios, entidades públicas y personas interesadas en el proyecto de ley, se presentó ponencia para primer debate en el Senado de la República (Comisión S ptima), junto con un pliego de modificaciones³⁷ en el cual se proponían los siguientes cambios, entre otros:

. En el artículo primero se recomendó eliminar las frases "ya sea en régimen de carrera o libre nombramiento y remoción" y "en caso de que deseen continuar en el ejercicio de sus cargos", con las cuales dicho artículo había sido aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes, y se propuso añadir un segundo inciso, del siguiente tenor:

"Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 10 del Decreto Ley 3074 de 1968".

. En el artículo 20 se sugirió suprimir la expresión: "de cualquiera de los cargos a los que hace referencia el artículo primero", y se sustituyó por "en ejercicio de funciones públicas", y se adicionó la frase: "salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años".

Desafortunadamente, el citado informe no contiene explicación alguna sobre las razones específicas y concretas por las cuales se propusieron los referidos cambios en el texto de las normas que integraban el proyecto. Sin embargo, para la Sala, la modificación resulta consonante con los antecedentes expuestos, esto es, la legítima preocupación respecto de quienes ya habían cumplido la edad de retiro forzoso (65 años) y pudiera pensarse que podrían mantenerse en el ejercicio de la función pública, y por otro lado, quienes se encontraban en la lista de elegibles, como se mencionó, respecto de la carrera notarial. Por ello, se aclara con este texto que quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso no quedan comprendidos en el supuesto fáctico previsto por la ley.

El 9 de noviembre del mismo año, los senadores ponentes presentaron una propuesta sustitutiva de los artículos 1  y 2  del proyecto de ley. En relación con el artículo 1 , proponían algunos ajustes de redacción, y con respecto al artículo 2 , pedían que se eliminara la frase "salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años". La justificación de los cambios propuestos fue la siguiente:

"La propuesta sustitutiva que nos permitimos proponer a la Honorable Comisión no altera absolutamente en nada el sentido del proyecto, tal como lo sugiere la ponencia presentada para primer debate en el Senado, pero corrige, en cuanto al artículo primero, la redacción que all  se proponía, la cual, por un error de transcripción, adolecía de inconsistencias y repeticiones innecesarias que lograban hacer confusa una disposición que en verdad puede ser sencilla y pr stica: el retiro forzoso del cargo a los setenta años para todas las personas que desempeñan funciones públicas, salvo las excepciones que all  se establecen.

En cuanto al artículo segundo, se propone eliminar la expresión "salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años", toda vez que la vigencia de la ley es clara al precisar que la misma entrar  a regir desde su publicación. razón por la cual resulta inocuo señalar esa salvedad ya que para las personas que hayan cumplido la edad de retiro forzoso aplica la normatividad vigente y deberán retirarse al cumplimiento de las causales señaladas en la ley". (Subrayas añadidas).

De la misma forma, la Sala quiere resaltar que la intención del legislador no se modificó con la supresión de este texto, esto es, sustraer de los efectos de la ley a quienes hubieren cumplido la edad de retiro forzoso. Simplemente la frase en cita se eliminó, pues a criterio del legislador era inocuo plantear la salvedad, en la medida en que debía entenderse incorporada en el texto propuesto.

Esta proposición sustitutiva fue acogida favorablemente por mayoría de votos³⁹, en la Comisión S ptima del Senado de la República, el día 9 de noviembre de 2016.

Es importante anotar que en el acta de la correspondiente sesión, se dejó constancia expresa de que el nuevo texto de los artículos propuestos, junto con su respectiva justificación, fueron puestos en conocimiento de los senadores que integraban la Comisión S ptima con la debida anticipación y que, posteriormente, para ratificar lo decidido por dicho cuerpo, se somet  a votación todo el articulado del proyecto de ley, habiendo sido aprobado de nuevo por mayoría (8 contra 1).

El 22 de noviembre de 2016 se presentó la ponencia para segundo debate en el Senado de la República. Vale la pena destacar que en el numeral 2  del informe de ponencia, se explicó con claridad los objetivos buscados con esta iniciativa legislativa, en completa armonía con lo planteado en la exposición de motivos:

"Son numerosas las bondades del proyecto de ley de ampliación de la edad máxima de retiro a setenta años. Por una parte, se capitaliza el conocimiento y la experiencia de población adulta... para el manejo de funciones públicas... delicadas, y por otra: se alivia de modo significativo la carga financiera del sistema pensional a cargo del Estado, como quiera que se elimina el subsidio pensional que en la actualidad existe para cada pensionado que se retira como máximo a los 65 años de edad.

La propuesta, por lo demás, le apunta a la autonomía de los trabajadores, como quiera que la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de 70 años, es voluntaria, pero quien decida continuar en el ejercicio de su cargo, deberá continuar cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma cuantía en que lo venía haciendo con antelación, así haya completado ya los requisitos para obtener su pensión" (Se resalta).

En la misma ponencia se propuso a la plenaria del Senado acoger el texto del proyecto que fue aprobado en la Comisión S ptima de dicha

corporación.

Posteriormente, la Mesa Directiva del Senado dispuso que se constituyera una subcomisión de senadores, para que estudiara las inquietudes planteadas por varios miembros de esa corporación pública en sesión ordinaria del 6 de diciembre de 2016 y presentara un informe al respecto.

El informe solicitado fue entregado al Presidente del Senado en comunicación del 12 de diciembre de 2016, y del mismo se destaca lo siguiente:

(i) Objeto del proyecto de ley: Se explica que pretende ampliar de 65 a 70 años la edad máxima de retiro para las personas que ejercen funciones públicas, sin modificar el régimen pensional vigente. Asimismo señala que el proyecto de ley “consagra unas excepciones contenidas en el Decreto 3074 de 1968 relacionado con los cargos de elección popular y otros”

(ii) En el acápite segundo del informe, se incluye un literal denominado "CONCURSO DE MERITOS - DERECHOS ADQUIRIDOS", en el cual, luego de citar el artículo 58 de la Constitución Política, que se refiere a la protección de los derechos adquiridos con justo título, y de hacer un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos que generan los concursos de méritos y la inclusión de una persona en la respectiva lista de elegibles, se concluye lo siguiente:

“Frente al caso en concreto V teniendo en cuenta las listas de elegibles vigentes ante la posibilidad de una reforma legal que varíe la edad máxima de retiro, es necesario señalar que la convocatoria a un concurso se hace señalando los cargos que van a ser llamados a proveer y excepcionalmente se realiza una lista de elegibles indicando que los cargos que queden vacantes en el transcurso de un tiempo límite serán ocupados por quienes continúen en orden descendente de puntaje.

Como se aprecia la primera situación genera derechos ciertos a quienes concursaron y obtuvieron el primer puesto en la lista de elegibles: razón por la cual esos derechos no podrán ser modificados por el legislador, caso contrario ocurre cuando el nombramiento se deja sometido a una condición o a la generación de un hecho posterior, caso en el cual no se trata de derechos adquiridos, sino de meras expectativas, las cuales pueden ser modificadas por el legislador...” (Resaltamos).

En el mismo sentido, se destaca que la ley no pretendió desconocer los derechos de quienes ya se encontraban en los primeros lugares de la lista de elegibles respecto de los cargos llamados a proveer (lo cual tampoco podría haber hecho), dada además la calidad de derecho adquirido que el legislador consideró tenían estas personas.

(iii) En relación con la vigencia de la ley que se tramitaba y su aplicación en el tiempo, se explica lo siguiente en el mismo literal:

“Las modificaciones planteadas en el proyecto de ley se aplicarán hacia el futuro, esto es, a partir de la entrada en vigencia de la ley: de conformidad con lo señalado en el artículo 4º del proyecto, que trata sobre la vigencia de la norma y contiene las cláusulas derogatorias.

La edad máxima de retiro planteada en el presente proyecto se aplicará para quienes se encuentren en el desempeño de funciones públicas no obstante no se aplicará a quienes ya hayan cumplido 65 años de edad una vez esta ley haya entrado en vigencia. debido a que las personas en mención cumplieron la edad con la norma anterior.

Por último, frente a las inquietudes planteadas en la sesión de la Plenaria sobre la irretroactividad de la ley, proponemos adicionar la siguiente expresión en el artículo segundo “salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad”, con el fin de precisar en el texto que la aplicación de la misma se hará solamente para las personas que cumplan la edad una vez la misma haya entrado en vigencia y no con quienes la cumplan antes, ya que la vacancia de estos cargos se habrá producido con la normatividad actual que señala que quienes cumplen 65 años deben ser retirados del cargo”. (Subrayas ajenas al texto original).

Con esta explicación, el legislador reitera su intención para que quienes ya hubieran cumplido la edad de retiro forzoso, no se entendieran incluidos en los supuestos fácticos establecidos en el proyecto de ley.

(iv) Con estas consideraciones, los congresistas que suscribieron el informe solicitaron a la plenaria del Senado debatir y aprobar en segundo debate el proyecto de ley que nos ocupa, incluyendo la modificación sugerida en el texto del artículo 2º.

El anterior informe de la subcomisión, junto con el texto del proyecto de ley propuesto por aquella (con el ajuste indicado en el artículo 2º), fue aprobado por la plenaria del Senado de la República el 14 de diciembre de 2016.

Sin embargo, dado que se presentaban diferencias entre el texto aprobado por la Cámara de Representantes y el aprobado por el Senado, se designó una comisión de conciliación para que estudiara las diferencias y presentara a las respectivas plenarios el informe respectivo con el texto conciliado.

En el citado informe se expresó que se acogía el texto aprobado en la plenaria del Senado, el cual “recoge en su integridad lo aprobado en la Cámara de Representantes e incorpora algunas disposiciones aprobadas por las diferentes bancadas” (resaltamos), y se agregó: “Por lo anterior, hemos decidido acoger el texto aprobado en Segundo Debate por la Plenaria del Senado haciendo una modificación al artículo segundo acorde con lo aprobado en la Cámara de Representantes, así como el título aprobado por ésta” (se subraya).

2016) y del Senado de la República (el 23 de diciembre del mismo año).

De esta forma quedará eliminada del texto definitivo del proyecto de ley la frase “salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad”, que estaba incluida en el artículo 20 del proyecto aprobado en último debate por la plenaria del Senado, sin que aparezcan otras explicaciones o consideraciones sobre las razones por las cuales se suprimió dicha frase.

C. Interpretación del artículo primero (segundo inciso) de la Ley 1821 de 2016: personas excluidas de la edad de retiro forzoso. Decretos de yerros

Tal como atrás se indicó, el artículo 1º de la Ley 1821 dispone que la edad máxima de retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años.

El inciso segundo del mismo artículo preceptúa:

“Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 10 del Decreto-ley 3074 de 1968”.

Como se manifiesta en la consulta, la referencia que esta disposición hace al artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 resulta confusa y da lugar a distintas interpretaciones, como quiera que la citada norma modificó y subrogó varias disposiciones del Decreto Ley 2400 de 1968, y no solamente el artículo 29 de este último, que es el que contiene el listado de los cargos que fueron eximidos de la causal de retiro forzoso por edad, mediante la remisión que a dicha norma hacía el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968.

En efecto, además del citado artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 1º del Decreto Ley 3074 del mismo año modificó o subrogó los siguientes artículos del Decreto 2400, total o parcialmente: 2, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 25, 42, 44, 53, 55, 63 y 65, los cuales se refieren a diversos temas del régimen legal de los empleados públicos que trabajan al servicio de la Rama Ejecutiva.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto Ley 2400 de 1968, este “regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público”. El artículo 1º del Decreto 1950 de 1973, que reglamentó los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, precisó que dicha normatividad se aplica al “personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa”.

Así, de la remisión que el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 hace al artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, podrá concluirse, en principio, que aquella norma exceptúa de la edad de retiro forzoso a todos los empleados civiles que prestan sus servicios para la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional, exceptuando el personal del ramo de defensa.

Sin embargo, aun con este alcance restringido, dado por el Decreto Reglamentario 1970 de 1973, esta interpretación de la excepción al retiro forzoso por la edad prevista en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, terminará siendo supremamente amplia, si se tiene en cuenta que hasta la fecha de publicación de la citada ley, solamente estaban eximidos de esta causal de retiro los funcionarios taxativamente indicados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 (modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año), además de los servidores públicos de elección popular y período fijo, tal como lo había manifestado la Corte Constitucional en la sentencia C-351 de 1995, antes citada, y en otras providencias posteriores.

Por eso se ha dado también la interpretación de que al referirse al artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, el legislador quiso aludir realmente al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por la norma citada, que es el que señala cuáles empleados estaban eximidos de la prohibición de reintegro al servicio público después de haber sido retirados por alcanzar el derecho a la pensión, e indirectamente señalaba (por la remisión que hacía el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968), aquellos que estaban exceptuados del retiro forzoso por la edad.

La Sala observa que podrá haber, incluso, un tercer entendimiento de la misma norma, a saber: que al exceptuar los empleados mencionados en el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, lo que el legislador quiso fue eximir a dichos servidores del aumento en la edad de retiro forzoso prescrita por el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 y, por lo tanto, de la aplicación de dicha ley, con lo cual estos empleados se seguirían regiendo por la normatividad anterior. Así, entonces, a la luz de tal hermenéutica, los empleados públicos de la Rama Ejecutiva en el orden nacional continuarán sujetos a la edad de 65 años para su retiro forzoso, con excepción de los mencionados en los artículos 31 y 29 del Decreto 2400 de 1968 (modificado por el 3074 del mismo año), quienes continuarán eximidos de esa causal de retiro.

Lo anterior permite afirmar, entonces, que el sentido del segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 no es claro, por cuanto puede dar lugar a diversas y opuestas interpretaciones, lo que habilita a la Sala para investigar la intención o el espíritu real del legislador, revelado en los antecedentes de la norma, tal como lo prescribe el artículo 27 del Código Civil:

“ARTÍCULO 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá; su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”. (Subrayamos).

Destaca la Sala que esta regla de interpretación no resulta aplicable solamente cuando el tenor literal de una norma sea confuso, como podrá concluirse desde un punto de vista excesivamente formalista y exegético, es decir, cuando la regla de derecho incorporada en una

de vista lingüístico, semántico o gramatical; sino que, en general, esa regla puede aplicarse cuando el "sentido de la ley" no sea claro o cuando la expresión normativa resulte "oscura", como lo dice expresamente el artículo 27 del Código Civil, lo cual puede ocurrir por varias razones, además de la simple incorrección, confusión u oscuridad del lenguaje.

En efecto, bien puede ocurrir que una disposición sea completa, desde el punto de vista gramatical, además de entendible y correcta, desde el punto de vista idiomático, pero que su sentido, significado o alcance resulte, sin embargo, confuso u oscuro, desde un punto de vista lógico-jurídico, pues derive en una regla de derecho absurda, inaplicable, ostensiblemente injusta o evidentemente opuesta a la Constitución Política, al sentido general de la ley de la cual forme parte, a la finalidad perseguida por la misma o a otras normas contenidas en el mismo cuerpo normativo.

En todos estos casos, la Sala entiende que la regla de interpretación prevista en el artículo 27 del Código Civil puede ser válidamente aplicable. Vale la pena aclarar que no se trata en estas situaciones de sustituir el texto de la ley por la disposición que el intérprete considere justa y conveniente, o por el sentido que él quisiera darle, si fuese el legislador, sino de "recurrir a su intención o espíritu" (el de la ley), "claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento", como lo preceptúa la misma norma citada.

En el caso que nos ocupa, la frase "ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968", incluida en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, resulta correcta desde el punto de vista gramatical y es perfectamente entendible en el idioma español. Sin embargo, el sentido o el significado de dicha expresión normativa no resulta claro, desde el punto de vista lógico-jurídico, por las razones indicadas con anterioridad, ya que parece contraria, a primera vista, a la finalidad perseguida por el legislador y da lugar a, por lo menos, tres interpretaciones distintas e incompatibles entre sí⁴⁰.

Por esto es necesario indagar el propósito o la finalidad perseguida por el legislador, examinando en lo pertinente el trámite surtido por el correspondiente proyecto de ley.

Conforme al recuento efectuado en el acápite anterior sobre los antecedentes de la Ley 1821, el proyecto de ley inicialmente presentado por un grupo de congresistas no pretendía aumentar la edad de retiro forzoso para todos los servidores públicos, sino exclusivamente para aquellos que ocuparan posiciones directivas o decisorias en las tres ramas del poder público, en los organismos de control, en la organización electoral y en otras entidades y organismos, además de los particulares que ejercieran funciones públicas de forma permanente.

Fue solo hasta el segundo debate del proyecto en la plenaria de la Cámara de Representantes, que se sugirió y se acogió extender el incremento de la edad de retiro forzoso a todos los servidores públicos. Sin embargo, en dicha ocasión no se planteó ninguna excepción a la nueva regla.

Pero en la ponencia para primer debate en el Senado de la República (Comisión Especial), los respectivos ponentes propusieron un pliego de modificaciones, dentro del cual solicitaron añadir un inciso en el artículo primero, del siguiente tenor:

"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".

Como se aprecia, tal disposición es igual al inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, tal como se publicó en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 2016 (salvo la expresión "Decreto Ley", que fue sustituida por "Decreto-ley").

Aunque no se explicó en el informe de ponencia lo que se pretendía con dicha adición, los ponentes lo explicaron luego, en forma sucinta, cuando propusieron algunos ajustes en el texto del proyecto que iban a someter a consideración de la respectiva comisión senatorial. Allí mencionaron que los cambios en el artículo 1º pretendían evitar confusiones en el entendimiento de "... una disposición que en verdad puede ser sencilla y precisa: el retiro forzoso del cargo a los setenta años para todas las personas que desempeñan funciones públicas, salvo las excepciones que allí se establecen".

En el mismo sentido, la subcomisión designada por la Mesa Directiva del Senado de la República explicó en su informe lo siguiente sobre el objeto del proyecto de ley que se discutía:

"El proyecto pretende ampliar de 65 a 70 años la edad máxima de retiro para (palabra borrada) los trabajadores que ejercen funciones públicas, pero sin reformar el régimen pensional vigente. Consagra a su vez unas excepciones contenidas en el Decreto 3074 de 1968 relacionado con los cargos de elección popular y otros".

Vale la pena recordar que este informe fue sometido a consideración del Senado en pleno y aprobado por dicha corporación.

Como se infiere, entonces, la intención real del legislador, desde que se introdujo el inciso segundo en el artículo 1º del proyecto de ley, fue la de mantener exceptuados del retiro forzoso por edad a empleados públicos que ya estaban eximidos de dicho deber por el Decreto 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, y por la jurisprudencia constitucional (como ocurre con los servidores públicos de elección popular).

Solo que por una evidente falta de técnica legislativa, en lugar de referirse a la norma original que consagraba la excepción, es decir, el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, o a la disposición a la cual aquélla remitía, esto es, el artículo 29 del mismo decreto, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, el legislador se refirió únicamente a este último precepto, el cual, como se explicó,

consagró la excepción en el artículo 29 del Decreto 2400, sino otros varios artículos del mismo decreto.

Ahora bien, la conclusión a la que se ha llegado sobre la verdadera intención del legislador con el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, a la luz de la "historia fidedigna de su establecimiento", es decir, mediante su interpretación histórica, se encuentra apoyada, además, en elementos hermenéuticos de tipo sistemático y finalista.

En efecto, debe notarse que tanto los "funcionarios de elección popular" como "los mencionados en el artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968", se hallan incluidos en el mismo segmento normativo y se sujetan, por lo tanto, a la misma consecuencia jurídica, a saber: que a ninguno de ellos se les aplicará lo dispuesto en el primer inciso del artículo 1º de la Ley 1821 (retiro forzoso a los 70 años).

Sin embargo, no existen dudas de que los "funcionarios de elección popular" no están sujetos al retiro forzoso por la edad, pues así se estableció desde que se introdujo el citado inciso, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que lo había señalado claramente desde 1995.

En esa medida, si lo que dispone el inciso segundo para dichos funcionarios es que no están sometidos a esta causal de retiro, necesariamente debe concluirse que la misma consecuencia se aplica a los empleados "mencionados en el artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968", es decir, que estos tampoco se encuentren sujetos a dicha forma de retiro, pues no podrán deducirse efectos jurídicos diferentes para los dos grupos de servidores allí mencionados.

Lo anterior permite descartar la interpretación de que la norma que se comenta haya dejado a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva en la misma situación en que se encontraban antes de la Ley 1821, es decir, sujetos a una edad de retiro forzoso de 65 años, con excepción de los funcionarios eximidos de dicha limitación por los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968, pues resultaría completamente ilógico y arbitrario, frente a los antecedentes de la ley, sostener que algunos de los empleados mencionados en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 quedaron exceptuados de esta causal de retiro, mientras que otros continuaron sujetos al deber de retiro forzoso, pero a los 65 años de edad.

Debe recordarse, además, que si bien la intención inicial de quienes presentaron el respectivo proyecto de ley, era la de aumentar la edad de retiro forzoso hasta los 70 años únicamente para ciertos servidores públicos (los que ocuparan cargos "directivos o decisorios"), manteniendo para los demás la misma edad de retiro forzoso que se encontraba vigente (65 años), esta orientación fue modificada consciente y expresamente a partir del tercer debate del proyecto (primer debate en el Senado de la República), por sugerencia del Ministerio de Hacienda y por solicitud de varios senadores, en el sentido de extender la nueva edad de retiro forzoso a todas las personas que cumplieran funciones públicas, es decir, tanto los servidores públicos como los particulares que ejercieran funciones públicas en forma permanente, con las salvedades que más adelante se incorporaron en el segundo inciso del artículo 1º de dicha iniciativa.

No es posible concluir por lo tanto, desde un punto de vista lógico-sistemático ni desde una perspectiva histórica y finalista, que a partir de la expedición de la Ley 1821 de 2016, algunos servidores públicos hayan quedado sometidos a la nueva edad de retiro forzoso (70 años), mientras que otros sigan estando sujetos a la edad de retiro anterior (65 años).

Por otro lado, es necesario recordar que el objeto principal del proyecto de ley que derivó en la Ley 1821, fue, desde su presentación, el de aumentar la edad de retiro forzoso, inicialmente para ciertos servidores públicos y para los particulares que cumplieran funciones públicas de modo permanente, y más adelante, para todas las personas que cumplieran funciones públicas (incluidos servidores públicos y particulares).

En ninguna parte de los antecedentes de la ley consta que con ella se hubiese pretendido eximir de esta causal de retiro forzoso a determinados servidores públicos o particulares que cumplieran funciones públicas y que, de acuerdo con la normatividad anterior, estuvieran sujetos a esta modalidad de retiro.

Por el contrario, en la versión original del proyecto de ley se planteaba establecer la nueva edad de retiro forzoso para un determinado grupo de servidores públicos, algunos de los cuales estaban eximidos de dicha restricción por los Decretos 2400 y 3074 de 1968 (como el Presidente de la República, los ministros o los viceministros, entre otros), sin recoger expresamente tal excepción. Más adelante, cuando la nueva edad de retiro forzoso se extendió a todos los servidores públicos, tampoco se incluyó inicialmente excepción alguna y solo después se advirtió la necesidad de exceptuar de esta causal de retiro a los funcionarios que ya estaban exentos de la misma por las normas vigentes a la sazón.

De esta manera, concluir que lo que dispone el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, en su parte final, es que todos los empleados de la Rama Ejecutiva en el orden nacional quedaron eximidos de la causal de retiro forzoso por la edad, resultaría contraevidente con los antecedentes de la Ley 1821, y ajeno al objetivo inmediato perseguido por el legislador.

En esa medida, la única conclusión que, a juicio de la Sala, resulta fiel a los antecedentes de la norma (interpretación histórica), a la finalidad perseguida con la Ley 1821 de 2016 (interpretación teleológica), a las otras partes de la misma ley, empezando por el artículo 1º en su integridad (interpretación sistemática), y a la jurisprudencia constitucional sobre este tema (interpretación constitucional), es que el citado inciso eximió de la causal de retiro forzoso por edad (la de 70 años o cualquier otra) a los servidores públicos de elección popular y a aquellos que seala el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, es decir, quienes ocupen los cargos de "Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados" de estos funcionarios.

En la consulta también se indaga si el error cometido por el legislador en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, al hacer referencia al artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, puede ser corregido mediante un decreto por el Gobierno Nacional.

A este respecto, vale la pena recordar lo que dispone el artículo 45 de la Ley 4 de 1913⁴¹:

"ARTÍCULO 45. Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador".

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y la doctrina de esta Sala, han entendido, en forma prácticamente unánime, que esta norma, a pesar de ser anterior a la Constitución de 1991, se encuentra vigente y no se opone a la Carta Política, en la medida en que constituye una aplicación de la potestad de "promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento", asignada al Presidente de la República en el artículo 189, numeral 10º de la Constitución.

En tal virtud, el Gobierno puede, mediante decreto, corregir los yerros puramente "tipográficos o caligráficos" que se presenten en las citas o referencias que se hagan en las leyes sobre otras leyes o normas jurídicas, siempre que no se altere en nada el sentido material de la norma que se corrige ni quede duda alguna en cuanto a la voluntad del legislador.

El artículo 45 de la Ley 4 de 1913 alude a dos tipos de errores: (i) los tipográficos y (ii) los caligráficos.

Los primeros se refieren a los yerros de imprenta que pueden darse en el proceso de promulgación de la ley, es decir, las divergencias que pueden darse entre el texto aprobado por el Congreso de la República y el publicado en el Diario Oficial, luego de sancionado por el Presidente de la República, o el publicado en la Gaceta del Congreso, antes de la sanción, entre otros casos.

La facultad de corregir esta clase de yerros no tiene mayor discusión ni reviste gran complejidad, en tanto se trata de un error material en el que se incurre en una operación técnico-administrativa, como es la impresión de un texto, que hoy en día se realiza inclusive de forma automática. Se trata, simplemente de constatar el yerro mediante los documentos idóneos, como las actas de las diferentes sesiones del Congreso de la República, la gaceta de dicho órgano, las diversas comunicaciones que se cursan entre el Congreso, la Presidencia de la República y la Imprenta Nacional etc.

Por tal razón, la Corte Constitucional afirmó, en la sentencia C-520 de 1998⁴², que esta clase de equivocaciones podrá subsanarse, incluso, publicando de nuevo la ley en el Diario Oficial (con el yerro corregido), sin que tal operación afecte la vigencia y obligatoriedad de la misma.

Mucho más compleja resulta la situación de los yerros "caligráficos", es decir los errores de escritura, que no se limitan simplemente a la impresión tipográfica de un texto, sino a la discordancia entre la voluntad del legislador (ordinario o extraordinario) y las palabras que utilizó para plasmar su voluntad en un determinado texto, porque la corrección de tales errores supone, necesariamente, un ejercicio de interpretación, por simple que parezca, en el cual es necesario investigar cuidadosamente los antecedentes de la disposición respectiva y, por esta vía, la intención verdadera del legislador. Estas equivocaciones pueden originarse en cualquiera de las etapas de formación de una ley, cuando resulte evidente que lo que el legislador quiso ordenar o disponer fue algo distinto de lo que efectivamente quedó consignado por escrito.

Si bien la jurisprudencia permite que este tipo de yerros sea corregido por el Gobierno Nacional mediante decreto, en ejercicio de la facultad que se comenta, también ha advertido igualmente que en estos casos debe hacerse un uso moderado, cuidadoso y razonable de dicha atribución, para no modificar materialmente la decisión del legislador y no interferir en las competencias del mismo Congreso de la República y de otras autoridades del Estado, como la potestad que la Constitución le otorga al legislador para "interpretar, reformar y derogar las leyes" (artículo 150 numeral 1º), o la que tiene la Rama Judicial para interpretar las normas jurídicas, de acuerdo con los máximos y las reglas de interpretación fijados por la ley y desarrollados por la misma jurisprudencia⁴³.

En el caso que nos ocupa, la referencia al "artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968", contenida en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821, no corresponde ciertamente a un error tipográfico, pues desde que dicho inciso se adicionó al artículo 1º en el trámite del proyecto de ley, se hizo mención a esa misma norma, referencia que se mantuvo hasta la aprobación definitiva del proyecto.

Se trata sólo, de un error caligráfico o de escritura, ya que, como se ha demostrado, la intención del legislador fue la de referirse solamente a una parte de la norma, que lista los funcionarios públicos exceptuados de la edad de retiro forzoso, por lo que probablemente quiso aludir solamente al artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, y no a este último.

Por otro lado, observa la Sala que en este yerro caligráfico se incurrió al hacerse referencia a una norma con fuerza de ley (el Decreto 3074 de 1968), en otra norma legal (el artículo 1º de la Ley 1821), con lo que dicha situación se enmarca precisamente en el supuesto de hecho descrito en el artículo 45 de la Ley 4 de 1913, cuando alude a "las citas o referencias de unas leyes a otras". La Sala precisa que la expresión "leyes" utilizada en la disposición citada no se refiere solamente a las leyes en sentido formal (las que expide el Congreso de la República), sino a todas las normas jurídicas que materialmente tienen fuerza legal, como los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de facultades extraordinarias que le otorgue el Congreso. De no ser así, los yerros tipográficos o caligráficos que se llegaran a detectar en tales decretos no podrían ser corregidos sino por el legislador, o por el mismo Gobierno, en ejercicio de las mismas o de nuevas facultades extraordinarias.

De acuerdo con lo anterior, el Gobierno Nacional podrá, en principio, corregir el error caligráfico que se observa en el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, sustituyendo la expresión “artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968”, por “artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968”.

Sin embargo, esta solución se enfrenta a una vicisitud adicional que se origina en el mismo texto de la ley.

En efecto, al revisar el artículo 4º de la Ley 1821, que regula su vigencia y las derogatorias, se aprecia que entre las normas derogadas expresamente, se incluyó el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y el “artículo 29” del Decreto 3074 de 1968. En efecto, la norma citada estatuye:

“ARTÍCULO 4º. 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)”. (Se resalta).

Dado que el artículo 29 del Decreto 3074 no existe, pues dicho decreto solamente tiene dos artículos, el segundo de los cuales se refiere a su vigencia, la alusión que el artículo 4º de la Ley 1821 hace al Decreto 3074 de 1968 (artículo 29) obedece, claramente, a un nuevo error de técnica legislativa. Posiblemente el legislador quiso referirse al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, aunque no existe, en los antecedentes de la ley, una evidencia clara que permita confirmar o descartar esta asunción.

Como se recordará, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 fue el que estableció la excepción al deber de retiro forzoso por la edad para ciertos funcionarios públicos, que aparecen o aparecen señalados en el artículo 29 ibídem, al cual remitía la primera norma citada. El artículo 29, por su parte fue modificado y subrogado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968.

Al revisar los antecedentes de la Ley 1821 de 2016, puntualmente en relación con el artículo 4º (vigencia y derogatorias), se observa que desde el proyecto de ley original hasta su aprobación definitiva, se hizo referencia al Decreto “3074 de 1968 (artículo 29)”. No se trata, por lo tanto de un error tipográfico sino caligráfico.

Tal error se originó, entonces, al referirse a una disposición que no existe. Aunque la derogatoria de una norma inexistente resulta absolutamente inocua o ineficaz, resultará conveniente en este caso hacer la respectiva corrección, porque podrá pensarse que la norma que el legislador quiso derogar fue el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968. De ser esto así (sobre lo cual no hay prueba contundente), el error se habrá consumado en todo caso, al no haberse actualizado el contenido del artículo 4º del proyecto de ley, especialmente en relación con las normas que serían objeto de derogatoria expresa, frente a los cambios que el legislador hizo posteriormente en otras disposiciones del proyecto.

En efecto, en el proyecto de ley original, la derogatoria (presunta) del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 resultará coherente, pues en dicha versión del proyecto la edad de retiro forzoso se fijaba en 70 años solo para algunos empleados del Estado y para los particulares que ejercieran funciones públicas, sin establecer excepciones entre dicho grupo. No obstante, más adelante, cuando se propuso extender la nueva edad a todas las personas que ejercieran funciones públicas y se detectó la necesidad de señalar excepciones, la derogatoria (presunta) del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 devino ya contradictoria e incompatible con la intención expresa del legislador de eximir de esta causal de retiro a ciertos funcionarios públicos (básicamente los mismos que estaban exceptuados en ese momento).

En esa medida, el Gobierno Nacional podrá corregir este nuevo error caligráfico, en desarrollo de la potestad que se ha comentado. Sin embargo, al hacer la respectiva corrección, tendrá, en principio, las siguientes opciones: (i) hacer referencia al artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968 (modificado por el Decreto 3074 de 1968); (ii) referirse al artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, o (iii) hacer alusión al Decreto 3074 de 1968, en general, sin mencionar el artículo 29.

En el primer caso, el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, en la forma en que fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, quedará derogado expresamente, por lo cual no podrá hacerse referencia a dicha norma en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, pues no puede la ley remitirse en forma permanente a una disposición que se encuentra derogada. Debe recordarse en este punto lo prescrito por el artículo 14 de la Ley 153 de 1887:

“ARTÍCULO 14. Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva”.

En la segunda hipótesis, es decir, de optarse por hacer referencia al artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, quedará derogada dicha norma y, con ella, todas las modificaciones efectuadas por la citada disposición a varios artículos del Decreto 2400 de 1968, entre ellos el artículo 29.

Finalmente, de acogerse la tercera alternativa, es decir, de eliminarse la referencia que se hace, entre paréntesis, al “artículo 29” del Decreto 3074 de 1968, y dejar solamente la alusión a dicho decreto, en general, podrá interpretarse que el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968 permanece vigente, por lo cual resultará armoniosa dicha corrección con la que se hiciera en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821.

En efecto, el artículo 4º de dicha ley dispone que la misma “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...”. (Destacamos).

Tal precepto, correctamente entendido, no significa, como podrá creerse a primera vista, que derogará expresamente los decretos citados en su integridad, incluyendo todas sus normas, sino que derogará las disposiciones contenidas en esos decretos que resulten contrarias u opuestas a la Ley 1821 de 2016, así como aquellas otras normas que se mencionan expresamente (por ejemplo, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 o el artículo 2.2.6.1.5.3.13. del Decreto 1069 de 2015).

En esa medida, al efectuarse la corrección que se señala en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, y simultáneamente, corregir el otro error que existe en el artículo 4º de la misma ley, eliminando la referencia al "artículo 29" del Decreto 3074 de 1968, se entenderá que el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, no resulta contrario o incompatible con lo normado en la Ley 1821, razón por la cual no habrá quedado derogado.

D. Interpretación de los artículos segundo (2º) y cuarto (4º) de la Ley 1821 de 2016. Irretroactividad de la ley

Uno de los problemas jurídicos principales que se plantean en la consulta es el de la aplicación de la Ley 1821 a las personas que cumplan funciones públicas (servidores públicos o particulares) y que, a la fecha promulgación de la misma (30 de diciembre de 2016), habrán cumplido ya la edad de retiro forzoso prevista en el régimen anterior (65 años), pero que, por diversas razones, seguirán ejerciendo sus funciones. La duda se plantea especialmente en relación con el artículo 2º de la citada ley, que dispone:

“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*”

A este respecto, se afirma en la consulta:

“De la literalidad del referido artículo 2 desprevenidamente se podrá concluir que las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años y se encuentren en ejercicio de funciones públicas pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años”

En primer lugar, la Sala considera necesario aclarar que en este punto no se aborda la situación especial de los funcionarios públicos cuyas funciones estén sometidas por la Constitución Política o la ley a un período fijo, para los cuales podrán existir consideraciones jurídicas particulares.

Ahora bien, luego de efectuar una interpretación gramatical, sistemática, histórica y finalista del artículo 21 de la Ley 1821, la Sala puede sostener claramente que tal disposición no se refiere a las personas que hubiesen cumplido la edad de retiro forzoso (estando sujetas a esta antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821, por lo que lo preceptuado en dicha norma y, en general, en la Ley 1821 de 2016, no los afecta.

Para demostrar este aserto, es necesario hacer las siguientes consideraciones:

Entre las varias reglas de interpretación de la ley que contiene el Código Civil (en sus artículos 25 a 32) y que han sido ampliamente acogidas y desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina, merece la pena destacar, en este punto, la consignada en artículo 30 ídem:

“ARTÍCULO 30. *El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.*

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. (Se resalta).

La norma anterior consagra la denominada interpretación sistemática o "por contexto", que resulta indispensable para entender el sentido auténtico de cualquier disposición.

A este respecto, cuando se habla del contexto de una norma, lo primero que debe considerarse detenidamente es lo que establece esa misma disposición en su integridad, esto es, en todas sus partes (el título, si lo tiene, y sus diferentes incisos, párrafos, numerales etc.).

En esa medida, no resulta adecuado, desde el punto de vista hermenéutico, tomar aisladamente un segmento o parte de una norma, o algunos apartes de la misma, para deducir de allí la "regla de derecho" que presuntamente creó el legislador.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que la siguiente oración, contenida en el artículo 2º de la Ley 1821, interpretada literal y aisladamente, podrá llevar a la conclusión que se plantea como hipótesis en la consulta: *“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)...”* Sin embargo, la lectura cuidadosa y completa de la disposición de la cual forma parte dicha frase, es decir, el artículo 2º de la citada ley, no permite llegar a dicha conclusión, sino a una completamente diferente, la cual se ratifica con lo previsto en el artículo 4º de la ley y en otras normas a las cuales se refiere (como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993).

En efecto, lo primero que debe observarse es que ninguna parte del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 (ni, en general, de dicha ley) se refiere a las personas que hubiesen cumplido 65 años al momento de entrar en vigencia la citada ley, ni a las personas que hubiesen cumplido

situación de quienes hubiesen llegado a la edad de retiro forzoso que les fuera aplicable de acuerdo con la normatividad anterior.

La primera parte del artículo segundo dispone que *“la presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación”*, lo que permite inferir, de entrada, que el objeto de dicha norma es el de regular la interrelación que puede existir (y que de hecho existe, como más adelante se verá) entre la pensión de jubilación, la edad máxima de retiro y la salida del servicio público (o, según el caso, la cesación en el ejercicio de las funciones públicas ejercidas por un particular). El propósito específico de esta parte de la norma, tal como quedó registrado en varias etapas del proceso legislativo, no fue otro que el de aclarar que, a pesar del aumento en la edad de retiro forzoso, los requisitos sustanciales para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, es decir, la edad y el número de cotizaciones o el tiempo de servicio, siguen siendo los mismos que se encuentran previstos hoy en día en el régimen general de seguridad social (Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, principalmente).

Sobre este punto, en la ponencia para primer debate del respectivo proyecto de ley, en la Comisión Senciente de la Cámara de Representantes, se dijo escuetamente: *“El proyecto cuenta con 4 artículos. (...) el artículo 2, realiza la salvedad que esta ley, no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación; (...)”*.

A continuación, el artículo 2º 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 podrá permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el artículo 1º 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).

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 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003”*.

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

ARTÍCULO 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez.

PARÁGRAFO 3º. *Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.*

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”. (Se resalta).

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 3º del artículo 9º 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 3º 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 o la relación legal o reglamentaria de los particulares y de los trabajadores oficiales) o la relación legal o reglamentaria de los servidores públicos.

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 2º 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 3º del artículo 9º 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 3º del artículo 9º 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 explica 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 1º del Decreto Ley 3074 de 1968; 105 (numeral 6º) 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 1º, inciso 3º), 71 de 1988 (artículos 8º y 9º) y 100 de 1993 (artículo 150, parágrafo), morigeraron 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 2º 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 explica 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.

Es necesario recordar que actualmente la edad exigida por la ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación no es de 65 años, sino de 62 para los hombres y de 57 para las mujeres, tal como lo disponen los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993, modificado el primero de ellos por la Ley 797 de 2003. En consecuencia, de la opción que consagra el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 disponen los hombres y las mujeres que ejerzan funciones públicas y que lleguen a la edad de 62 años (para los primeros) o de 57 (para las segundas), siempre que en ambos casos hayan completado también las semanas de cotización o el tiempo de servicios exigido por el artículo 33 de la Ley 100 (hoy en día 1.300 semanas).

Lógicamente si al llegar a la edad señalada, el servidor público (hombre o mujer, según se trate), no ha completado aún el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas exigido por la ley, tendrá que seguir trabajando hasta cumplir este requisito, sin exceder en cualquier caso la edad de retiro forzoso (antes 65 y ahora 70 años).

Esta es la razón por la cual en los antecedentes de la Ley 1821 se encuentran algunas afirmaciones que podrían resultar desconcertantes o contradictorias, a la luz de lo que se viene explicando, como que el beneficio generado por dicha ley para la sostenibilidad del sistema pensional consiste en ampliar en cinco (5) años (y no en 8 o en 13) el tiempo que las personas que ejercen funciones públicas pueden seguir laborando y cotizando al sistema de seguridad social, o que la ley permite a dichas personas seguir trabajando "voluntariamente" por otros cinco (5) años.

A juicio de la Sala, lo que quisieron expresar algunos congresistas en tales fragmentos de los antecedentes, es que, frente al sistema previsto en la legislación anterior, los servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones públicas (tomados de forma genérica) pueden ahora seguir trabajando y cotizando al sistema de seguridad social por cinco años más (lo cual es cierto); pero sin que tales comentarios pretendieran referirse a casos particulares, como el de aquellos que cumplieran los requisitos para pensionarse antes de los 65 años, o quienes llegaran a dicha edad antes de entrar en vigencia la Ley 1821 de 2016. Además, no debe olvidarse que en las primeras versiones del proyecto

servidores públicos y para los particulares que ejercieran funciones públicas, la de 70 años, y para los demás servidores públicos, la de 65 años, y se estableció igualmente la posibilidad de que los segundos pudieran seguir en su cargos por un tiempo adicional, si al llegar a los 65 años no habían completado aún las semanas o el tiempo de cotización requeridos.

Aclarado lo anterior, cabría preguntarse, en todo caso, ¿qué sucede si un servidor público que había cumplido 65 años antes de la Ley 1821 de 2016 y que, a la entrada en vigencia de la misma, continuaba ejerciendo su cargo, había completado también o completa ahora los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación? ¿No estaría, acaso, en el supuesto de hecho del artículo 2º de la referida ley?

La respuesta a este difícil interrogante no se halla en el texto mismo de la norma, sino en la “*historia fidedigna de su establecimiento*”, es decir, en sus antecedentes, en armonía con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 1821 y en otras normas constitucionales y legales.

En efecto, es necesario resaltar que, según el artículo 4º de la Ley 1821 de 2016, “*la presente ley rige a partir de su publicación*”. Para entender el significado jurídico preciso de dicha expresión, es necesario recordar brevemente lo que la jurisprudencia y la doctrina han explicado sobre los diferentes efectos que pueden tener las leyes en el tiempo.

Sobre los efectos de la ley en el tiempo

Dado que este asunto fue tratado por la Sala ampliamente en el concepto 2064 de 2011⁴⁵, vale la pena citar un extracto de lo manifestado en dicha ocasión:

“II. Reglas generales sobre el tránsito de legislación”

Tema ampliamente estudiado y debatido en el derecho es el relacionado con la forma como han de aplicarse las leyes a partir de su vigencia. A manera de resumen, es posible plantear cuatro reglas generales en el derecho colombiano, a saber:

1º. Todas las leyes se aplican hacia el futuro a partir de su vigencia. en el entendido de que no pueden desconocer los derechos adquiridos o situaciones consolidadas que producen efectos de manera inmediata sobre las meras expectativas las situaciones en curso.

2º. Constitucionalmente existen dos límites expresos en cuanto a los efectos de las nuevas leyes que debe respetar el legislador: la existencia de derechos adquiridos con justo título en el artículo 58 constitucional y la irretroactividad legal en materia penal del artículo 29. Como excepción que confirma la regla, el artículo 58 permite el sacrificio de los derechos adquiridos con justo título “por motivos de utilidad pública o interés social”, previa indemnización.

3º. El legislador puede definir la forma como cada ley en particular entra a regir, especialmente en relación con las situaciones en curso. estableciendo. si lo considera conveniente, un conjunto de reglas conocidas bajo el nombre de “régimen de transición” que básicamente determinan las situaciones en curso sobre las cuales la ley derogada tiene efecto ultraactivo, y en las cuales la ley nueva tiene efecto inmediato.

4º. Ante el silencio del legislador sobre la aplicación de la nueva ley a las situaciones en curso, y sin que implique desconocer la vigencia, suele acudir a las reglas contenidas en el Código Civil y en la ley 153 de 1887, cuyo primer artículo establece:

“ARTÍCULO 1º. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse un tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes:”

Las reglas de ésta (sic) ley definen para múltiples situaciones si el derecho antiguo es ultraactivo (sic) o si el nuevo se aplica inmediatamente, sin perjuicio de reconocer la vigencia de la nueva ley, por lo que acudir a su aplicación no implica desconocer la entrada en vigencia de ésta.

Los principios anteriores han sido estudiados en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional (...), y a manera de ejemplo se transcriben algunos párrafos de la sentencia C-619 de 2001⁴⁶ de este último Tribunal en la que expresa:

“4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, [artículos 29 y 58] las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que se basó en los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.”

“En cuanto a la proyección futura de los efectos de una ley derogada, (ultraactividad —sic— de la ley), el régimen legal general contenido en las normas mencionadas lo contempla para ciertos eventos. La ultraactividad (sic) en sí misma no contraviene tampoco la Constitución, siempre y cuando, en el caso particular, no tenga el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, ni el principio de favorabilidad penal.” (...)” (Negrillas del original; subrayas añadidas).

El efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016. Su irretroactividad

Como se mencionó, el artículo 40 de la Ley 821 dispone que “la presente ley rige a partir de su publicación”.

Esta simple fórmula genera importantes consecuencias, pues al acoger el legislador al denominado “efecto general inmediato” de las leyes, que constituye en esta materia la regla general, descartó que la Ley 1821 pudiese tener efectos retroactivos o ultractivos.

En armonía con lo anterior, debe observarse que el Congreso de la República no estableció un régimen de transición en parte alguna de la Ley 1821 de 2016, como hubiera podido hacerlo, ni para disponer que las personas que estuvieran cerca de cumplir la edad de retiro forzoso anterior (65 años) quedaran por fuera del incremento en dicha edad efectuado por la Ley 1821, ni para permitir, por el contrario, que quienes hubiesen cumplido 65 años en un determinado lapso anterior a la publicación de la ley, pudieran acogerse a la nueva edad de retiro forzoso.

Lo anterior implica, a juicio de la Sala, que la aplicación de la Ley 1821 de 2016 corresponde, en forma simple, al “efecto general inmediato” de las leyes, esto es, que no regula situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia, sino solamente situaciones jurídicas que no hayan nacido en ese momento y situaciones jurídicas que se iniciaron con la legislación anterior pero que no se habrían consolidado (efecto retrospectivo).

En este punto, es importante recordar lo que se explicó en el acápite A) de este concepto sobre la causal de retiro forzoso por la edad, tal como estaba regulada antes de la Ley 1821 y como sigue normada hoy en día, en disposiciones que esta última no ha derogado. Allí se mencionó que esta causal se presenta por el acaecimiento de un hecho de la naturaleza que constituye, al mismo tiempo, un hecho jurídico: la llegada de una persona a los 65 años de edad. Tal acontecimiento genera unas consecuencias jurídicas, la principal de las cuales consiste en el deber que surge para el servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, de retirarse de su cargo dentro del plazo y en las condiciones que señalen las normas pertinentes.

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 en algunos casos particulares 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 “poca que se fija para el cumplimiento de la obligación”, como lo define el artículo 1551 del Código Civil.

Por otra parte, los condicionamientos señalados en múltiples casos por las autoridades judiciales, especialmente en virtud de acciones de tutela, tienen el efecto, en esos eventos, de postergar o diferir durante cierto tiempo el retiro efectivo del empleado, pero no han modificado (ni podrán hacerlo) el supuesto de hecho previsto en las normas legales o con fuerza de ley para la ocurrencia de la causal, ni implican tampoco aplazar, en forma indefinida, el retiro de la persona afectada, como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional en la jurisprudencia que se cita en la parte inicial de este concepto.

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.

Así, el hecho de que un servidor público (para citar un ejemplo) haya llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la ley, es una situación jurídica completa o consolidada, porque de ella se derivan efectos jurídicos (principalmente deberes), mientras que el hecho de que tal individuo permanezca en el cargo es, desde este punto de vista, una situación de hecho, que puede tener respaldo en la ley (por ejemplo, si no ha vencido aún el plazo que tiene para dejar el cargo), o puede no tenerlo y ser irregular (como si la persona no hubiera querido retirarse ni haber informado a su empleador sobre la llegada a la edad de retiro forzoso).

En consecuencia, dado que el objetivo principal de la Ley 1821 de 2016 es el de establecer en 70 años la edad de retiro forzoso de las personas que ejerzan funciones públicas, como lo dispone su artículo 1º, es claro para la Sala que dicha disposición genera dos efectos jurídicos: (i) ampliar la edad de retiro para las personas que estando cobijadas por esta causal y no habiendo sido exceptuadas por el inciso segundo del artículo 1º, no hubieran cumplido la edad prevista en la normatividad anterior (65 años) al momento de entrar a regir la Ley 1821, es decir, a más tardar el 30 de diciembre de 2016, y (ii) someter a la nueva edad de retiro forzoso (70 años) a las personas que no habiendo cumplido esa edad el 30 de diciembre de 2016 y no encontrándose incurso en las excepciones previstas en el segundo inciso del artículo 1º, no hubieran cumplido la edad de retiro forzoso por la edad conforme a la legislación anterior.

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

Es importante mencionar que este asunto - el de la aplicación de la nueva ley a quienes ya habrían cumplido la edad de retiro forzoso - si bien no quedó consignado finalmente en la Ley 1821 de 2016 de manera expresa (a pesar de haberse intentado), se discutió abiertamente, tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República, y se dejó constancia sobre el "pensamiento" del legislador en varias actas y gacetas, como se relata en el acápite B) de este concepto.

Vale la pena recordar, a este respecto, que tanto en la proposición sustitutiva que presentaron los ponentes del proyecto de ley para su primer debate en el Senado de la República, como en el informe presentado por la subcomisión que designó la Mesa Directiva del Senado para la discusión del proyecto en la plenaria de esa corporación, se hizo constar de manera expresa que la futura ley no tendría efectos retroactivos de ninguna clase y que esto significaba, concretamente, que no podía aplicarse a las personas que hubieran cumplido o cumplieran la edad de retiro forzoso antes de que dicha ley empezara a regir. Conviene traer de nuevo a colación un breve extracto de lo que se afirmó en este último informe:

"La edad máxima de retiro planteada en el presente proyecto se aplicará para quienes se encuentren en el desempeño de funciones públicas no obstante no se aplicará a quienes ya hayan cumplido 65 años de edad una vez esta ley haya entrado en vigencia. debido a que las personas en mención cumplieron la edad con la norma anterior"

Por último, frente a las inquietudes planteadas en la sesión de la Plenaria sobre la irretroactividad de la ley, proponemos adicionar la siguiente expresión en el artículo segundo "salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad", con el fin de precisar en el texto que la aplicación de la misma se hará solamente para las personas que cumplan la edad una vez la misma haya entrado en vigencia y no con quienes la cumplan antes. ya que la vacancia de estos cargos se habrá producido con la normatividad actual que señala a quienes cumplen 65 años deben ser retirados del cargo". (Subrayas ajenas al texto original).

Debe tenerse en cuenta que tanto la proposición sustitutiva como el informe de la subcomisión fueron discutidos y aprobados en su momento por la Comisión SCA del Senado y la plenaria de esa corporación, razón por la cual no representan la opinión de unos congresistas aisladamente, sino "el pensamiento y la voluntad" de un cuerpo legislativo, en este caso, del Senado de la República.

También conviene recordar que si bien la expresión "salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años", que en la ponencia para primer debate en el Senado se propuso incluir dentro del artículo 2º del proyecto, fue eliminada luego por los mismos ponentes en la proposición sustitutiva, esta decisión no obedeció a que la ley, en su concepto, se aplicara o debiera aplicarse a las personas que hubieran cumplido 65 años, sino todo lo contrario, a que los ponentes consideraron "inocuo señalar esa salvedad, ya que para las personas que hayan cumplido la edad de retiro forzoso aplica la normatividad vigente y deberán retirarse al cumplimiento de las causales señaladas en la ley" tal como lo consignaron en el respectivo documento.

Ha de recordarse igualmente que la citada frase ("salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años") fue incluida de nuevo en el artículo 2º del proyecto de ley, de acuerdo con la recomendación que formuló la subcomisión designada por el Senado de la República, y así se aprobó por dicho cuerpo legislativo en sesión plenaria y en último debate.

Sin embargo, la citada expresión se eliminó finalmente por la comisión de conciliación que se nombró para armonizar el texto del proyecto aprobado en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, sin dejar otra constancia sobre las razones por las cuales se hizo dicha supresión, distinta de manifestar que ello obedeció a que se acogió en este artículo el texto aprobado por la Cámara. No obstante, en el mismo informe, la comisión advirtió que el texto aprobado por el Senado "recoge en su integridad lo aprobado en la Cámara de Representantes".

Por estas razones, la Sala considera que la inclusión de la citada expresión en el artículo 2º del proyecto de ley y su posterior supresión, no constituyen prueba ni indicio de que el Congreso de la República hubiera querido que la Ley 1821 se aplicase a las personas que ya tuvieran 65 años al momento de su entrada en vigencia, pero que continuaran ejerciendo funciones públicas, sino todo lo contrario; es decir, las motivaciones señaladas expresamente por el legislador para incluir la referida frase y luego para suprimirla, demuestran que su intención real y su entendimiento de las normas que se discutían eran que la futura ley no se aplicase a las personas que ya estuvieran en situación de retiro forzoso, por haber cumplido la edad señalada en las normas pertinentes antes de la entrada en vigencia de dicha ley.

Finalmente cabría preguntarse si el principio de favorabilidad en materia laboral y otros que consagra el artículo 53 de la Carta Política⁴⁷, impiden llegar a dicha conclusión, en la medida en que podría resultar más favorable para los servidores públicos (o para algunos de ellos) continuar en sus cargos hasta los 70 años de edad, como lo establece la Ley 1821 de 2016, en lugar de retirarse a los 65 años, como estaba previsto en la normatividad anterior.

Al revisar la jurisprudencia sobre este tema, la Sala encuentra que el principio de favorabilidad en materia laboral no incluye la aplicación retroactiva de la ley, por considerarse más favorable al trabajador, a diferencia de lo que sucede en materia penal, en donde la retroactividad de la ley "permissiva o favorable" está prevista expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política. En materia laboral, la jurisprudencia ha hecho énfasis en la necesidad de proteger los derechos adquiridos y, en menor medida, las expectativas legítimas de los trabajadores, frente a un cambio legislativo que suprima o desmejore tales derechos o expectativas. Por ejemplo, en el campo pensional, la Corte Constitucional ha sostenido en numerosas ocasiones⁴⁸ que las nuevas leyes no pueden desconocer los derechos que ya hubiesen adquirido las personas bajo la ley anterior (al haber C cumplido, por ejemplo, los requisitos previstos para adquirir determinada prestación), o las

expectativas legítimas que tuvieran de adquirir ese derecho, al haber cumplido alguno de los requisitos exigidos por la ley y estar cerca de cumplir el otro o los otros).

En el caso que nos ocupa, sin embargo, no puede decirse que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas de manera permanente y estuvieran sujetos al retiro forzoso por la edad, tuvieran un derecho o, al menos, una expectativa legítima para desempeñar sus cargos o ejercer sus funciones de forma indefinida o hasta los 70 años, pues el régimen anterior solo les permitía hacerlo hasta los 65. En esa medida, es claro que la Ley 1821 de 2016 no les cercenó o menoscabó derecho o expectativa legítima alguna. Y si bien es cierto que su relación con el Estado se encontraba vigente en el momento en que la ley entró a regir, no lo es menos que era conocido que dicha relación debía terminar, por haberse incurrido, bajo la legislación anterior, en una causal de terminación o extinción que no estaba sujeta a ninguna otra condición.

E. Consideraciones adicionales sobre la situación de los notarios públicos

La conclusión a la que se llegó en el acápite precedente, en el sentido de que la Ley 1821 de 2016 no puede aplicarse a quienes hayan cumplido la edad de retiro forzoso antes de su entrada en vigencia, será suficiente para responder las inquietudes planteadas en la consulta acerca de la aplicación de la citada ley a los notarios públicos, pues, con base en el mismo criterio, es claro que no puede aplicarse la nueva edad de retiro forzoso prevista en la Ley 1821 a los notarios que hayan cumplido la edad máxima de retiro hasta el 30 de diciembre de 2016.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera conveniente referirse a varios aspectos adicionales expuestos en la consulta sobre los notarios públicos y quienes hayan de reemplazarlos mediante concurso, con el fin de: (i) reforzar la conclusión anunciada en relación con los notarios, dados los planteamientos efectuados en la consulta y la gran cantidad de litigios que se ha presentado en este campo, y (ii) hacer claridad doctrinal sobre estos mismos puntos.

Para tal efecto, analizaremos brevemente: (i) el régimen de los notarios públicos en cuanto a las modalidades en que pueden ser nombrados, las causales de retiro y la forma de proveer los cargos vacantes, y (ii) el concurso público y abierto de méritos para escoger los notarios en propiedad y los derechos de quienes son incluidos en las listas de elegibles.

1. Régimen jurídico de los notarios públicos. Situación irregular de quienes continúan ejerciendo el cargo a pesar de haber sido retirados por la edad de retiro forzoso.

De conformidad con el artículo 131 de la Carta Política, *“compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia”*. El segundo inciso de dicha norma añade que *“el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso”*. (Se resalta).

La jurisprudencia ha discutido durante décadas la naturaleza jurídica de los notarios y de la actividad que realizan, aspectos sobre los cuales no existe aún consenso absoluto. Sin embargo, puede decirse que en los últimos lustros, especialmente después de la Constitución de 1991, la jurisprudencia (sobre todo de la Corte Constitucional) ha manifestado reiterada y mayoritariamente que los notarios son particulares que prestan un servicio público y cumplen, además, una función pública (la denominada función *“fedante o fedataria”*), mediante una especie de delegación efectuada por el Estado, que se ha denominado *“descentralización por colaboración”*.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-863 de 2012⁴⁹, la Corte resumió de esta manera su línea jurisprudencial sobre estos aspectos:

“3. Rasgos que caracterizan la función notarial en nuestro régimen jurídico

La jurisprudencia de esta Corte ha analizado en varias oportunidades problemas jurídicos que le exigen definir la naturaleza jurídica de las funciones que desempeñan los notarios⁵⁰, su condición como colaboradores del Estado, el sentido y finalidad de la función fedante y el ámbito de competencias del legislador para configurar la regulación sobre la materia.

Ha establecido como notas distintivas de la actividad notarial las siguientes: (i) es un servicio público; (ii) a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; (iii) que además aparece el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; (iv) que para estos efectos se encuentran investido de autoridad; (v) sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico”. (Negritas en el original).

Sobre esta última característica (la del numeral v), la Corte profundizó lo siguiente en el mismo fallo:

“3.4. Ha precisado así mismo la jurisprudencia que la función notarial implica el ejercicio de autoridad, en la medida que comporta el desarrollo de una atribución de la cual es titular el Estado como es la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una función pública.

(...)

3.5. No obstante, ha aclarado que se trata de particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública, y aunque objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con los empleados estatales, como la exigencia de neutralidad en sus actuaciones, típicamente no es válido sostener que por tal circunstancia, adquieran la condición de servidores públicos. (...) (Subrayamos)

Ahora bien, la actividad ejercida por los notarios, así como las diferentes situaciones administrativas en las que dichos particulares pueden encontrarse, entre otros aspectos, se encuentran reguladas actualmente en el Decreto Ley 960 de 1970, que contiene el "Estatuto de Notariado", en la Ley 588 de 2000⁵¹ y en varios decretos reglamentarios, compilados hoy en día en el Decreto 1069 de 2015.

En punto a las modalidades bajo las cuales puede ejercerse la función de notario, el Estatuto de Notariado, tal como ha sido revisado en varias ocasiones por la Corte Constitucional, solamente establece tres (3): en propiedad, en interinidad o en encargo. Así lo dispone el artículo 145:

"ARTÍCULO 145. Los Notarios pueden (ser de carrera o de servicio, y) desempeñar el cargo en propiedad, en interinidad o por encargo" (Negrillas de la Sala).

Es importante señalar que la expresión encerrada entre paréntesis y subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-741 de 1998, por considerar que la Carta Política impone el deber de nombrar a todos los notarios en propiedad mediante concurso de méritos, para hacer parte de la respectiva carrera, y que la designación de notarios en interinidad o en encargo, si bien es una posibilidad que ofrece la ley para reemplazar a dichos colaboradores en situaciones excepcionales y transitorias, no puede utilizarse para desconocer los derechos de quienes fueron elegidos en el respectivo concurso. En esa medida, la Corte consideró que no podía existir la figura de los "notarios de servicio" que regulaba el Decreto 960 de 1970 y varias normas reglamentarias. Así lo explicó dicha corporación:

"Las diversas formas de nombramiento tienen entonces efectos distintos en especial en términos de estabilidad. pues quien es nombrado en propiedad tiene una mayor posibilidad de permanencia que el interino. y éste último a su vez goza de mayores garantías que el encargado, tal y como lo señalan los artículos 146 y ss del estatuto notarial. Sin embargo, la Corte no encuentra que la existencia de esos tipos de designación viole igualdad u otras disposiciones de la Carta, por cuanto esas figuras tienen un fundamento objetivo y razonable. ya que persiguen satisfacer las necesidades del servicio notarial, y la diversidad de trato se basa en las distintas situaciones y razones que han dado lugar a la designación de una persona como notario. Así, es normal que la ley prevea que el servicio sea realizado primariamente por notarios en propiedad. quienes deben ser nombrados a partir de un concurso, tal como lo ordena la propia Constitución (CP art. 131). Por ende es natural que los notarios en propiedad sean quienes gocen de mayor estabilidad; sin embargo, en determinadas ocasiones puede no ser posible designar en propiedad un notario, por cuanto, por ejemplo, el concurso ha sido declarado desierto, por lo cual es legítimo que para tales eventos la ley prevea nombramientos interinos para evitar una interrupción del servicio público notarial. Finalmente, puede ocurrir que también, por una enfermedad, una licencia, una renuncia intempestiva, la muerte, u otra eventualidad, exista una falta temporal o definitiva de un notario: por lo cual es razonable que para esos casos también en la ley consagre una figura como la del notario por encargo, que precisamente es nombrado por un período de hasta por noventa días, a fin de asegurar la continuidad de la función notarial en esas situaciones excepcionales.

14- La Corte concluye entonces que en nada viola la Constitución que la ley distinga entre los notarios en propiedad y aquellos por encargo o interinos. Con todo, esta Corporación precisa que estas figuras son exequibles en el sentido de que son mecanismos razonables para asegurar la continuidad de la función notarial: pero que la Carta ha adoptado un modelo que privilegia la prestación de este servicio por notarios en propiedad, nombrados por concurso, y que por ende hacen parte de la carrera notarial. No otro es el sentido del mandato perentorio del artículo 131 superior sobre la necesidad del concurso para proveer en propiedad el cargo de notario...". (Subrayas añadidas).

Tal como lo señala la Corte en la sentencia citada, el artículo 146 del Estatuto de Notariado dispone que "para ser Notario en propiedad se requiere el lleno de los requisitos legales exigidos para la correspondiente categoría, y además haber sido seleccionado mediante concurso" (se resalta). La misma disposición agrega que "la designación en propiedad da derecho al titular a no ser suspendido ni destituido sino en los casos y con las formalidades que determina el presente estatuto" (destacamos).

En cuanto a los notarios interinos, el artículo 148 ibídem estatuye:

"ARTÍCULO 148. Habrá lugar a designación en interinidad:

1. Cuando el concurso sea declarado desierto, mientras se hace el nombramiento en propiedad;
2. Cuando la causa que motive el encargo se prolongue más de tres meses, mientras ella subsista o se hace la designación en propiedad".

Estas normas deben complementarse con lo dispuesto, en lo pertinente, por el artículo 2º de la Ley 588 de 2000:

"ARTÍCULO 2º. Propiedad e interinidad. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará; mediante concurso de méritos.

En caso de vacancia, si no hay lista vigente de elegibles, podrá; el nominador designar notarios en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso.

De igual modo se procederá; cuando el concurso sea declarado desierto. (...)". (Subrayas ajenas al texto).

En relación con estos notarios, el artículo 149 del mismo estatuto dispone:

"ARTÍCULO 149. Dentro del respectivo periodo los interinos que reúnan los requisitos legales exigidos para el cargo, tienen derecho de permanencia mientras subsista la causa de la interinidad y no se provea el cargo en propiedad: los demás podrán ser removidos libremente"

“ARTÍCULO 151. Cuando falte el Notario la primera autoridad política del lugar podrá designar un encargado de las funciones, mientras se provee el cargo en interinidad o en propiedad según el caso.

ARTÍCULO 152. El encargo no podrá durar más de noventa días y recaerá, de ser ello posible, en la persona que el Notario indique, bajo su entera responsabilidad”

Lo dispuesto en el artículo 151 anterior se encuentra reiterado por el artículo 190 del mismo Decreto-Ley 960, que estatuye:

“ARTÍCULO 190. Cuando se produzcan faltas absolutas o sanciones de suspensión, el correspondiente gobernador, Intendente o Comisario encargará a la persona que haya de asumir inmediatamente las funciones y, en el primer evento se procederá a designar el reemplazo para el resto del periodo, en la forma prevista en el Capítulo 3°” (Subraya la Sala).

Como se aprecia, el Estatuto de Notariado, algunas de cuyas normas han sido declaradas exequibles y otras inexecutable (parcialmente) por la Corte Constitucional, dispone actualmente que los particulares que ejerzan el cargo de notario solamente pueden ser designados en alguna de estas tres categorías: en propiedad, en interinidad o en encargo. Los notarios en propiedad son aquellos que son escogidos mediante el concurso de méritos que ordena la Constitución Política, forman parte de la carrera y tienen estabilidad plena en su cargo, mientras no renuncien o sean removidos por alguna de las causales previstas en la ley. Los interinos son aquellos que se nombran para reemplazar a los notarios en propiedad que falten en las situaciones descritas en los artículos 148 del Decreto 960 de 1970 y 2 de la Ley 588 de 2000, deben cumplir los mismos requisitos legales que para ser notario en propiedad y tienen una estabilidad relativa, ya que solamente pueden ejercer sus funciones mientras subsista la causal que dio lugar a su nombramiento y no se provea el cargo en propiedad. De lo contrario, "pueden ser removidos libremente". Y, por último, los encargados son aquellos que se designan para reemplazar a un notario que falta definitiva o temporalmente, mientras se designa el notario en propiedad o, en su defecto, en interinidad, y no pueden ejercer el cargo por más de noventa (90) días.

Ahora bien, aclarado lo anterior, es necesario analizar cuáles son las causales o motivos que generan el retiro definitivo o la falta absoluta de los notarios y, por lo tanto, la vacancia de las respectivas notarías. A este respecto, es pertinente aclarar que el Estatuto de Notariado no condensa dichas causales en un solo artículo, sino que las menciona de manera dispersa en varias normas, tales como los artículos 144, 147, 182 y 185, entre otros.

En aras de la brevedad, nos referiremos exclusivamente al retiro forzoso por la edad, que se encuentra regulado en las siguientes normas:

“ARTÍCULO 147. La estabilidad en el cargo ejercido en propiedad podrá extenderse hasta el retiro forzoso, dentro de las condiciones de la carrera, para quienes pertenezcan a ella, (y al término del respectivo periodo, para quienes sean del servicio)” (Negrillas de la Sala).

“ARTÍCULO 182. 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”.

Estas normas deben leerse en armonía con el artículo 137 ibídem, que estatuye:

“ARTÍCULO 137. No podrán ser designados Notarios en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso sea en el Notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público, y quienes estén devengando pensión de jubilación”. (Se resalta).

Así mismo, el Decreto 1069 de 2015, que compiló las normas reglamentarias del sector "justicia y del derecho", entre ellas las de notariado, dispone sobre este asunto lo siguiente:

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

(...)

4. Retiro forzoso.

(Decreto 2148 de 1983, artículo 71)

ARTÍCULO 2.2.6.1.5.3.13. Retiro forzoso. Señalase como edad de retiro forzoso para los notarios, la 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.

(Decreto 2148 de 1983 artículo 75 modificado por el Decreto 3047 de 1989, artículo 1)

ARTÍCULO 2.2.6.1.5.3.14. Nueva designación. El notario retirado forzosamente por incapacidad física o mental podrá ser designado cuando presente su completa recuperación o rehabilitación con certificado expedido por el médico tratante.

Calificación de Invalidez que no ha cumplido la edad de retiro forzoso y que reúne los requisitos propios del cargo.

(Decreto 2148 de 1983, artículo 76)

(...)

ARTÍCULO 2.2.6.2.3. Periodo del notario interino. Entiéndese por... período de los notarios interinos el que está cursando mientras desempeñan el cargo... En consecuencia, los notarios interinos continuarán en el desempeño de sus funciones notariales mientras no se convoque a concurso abierto se realice la designación correspondiente producto del mismo, sin perjuicio de su desvinculación por retiro forzoso o por faltas cometidas en el desempeño de sus funciones de conformidad con las disposiciones vigentes.

(Decreto 1300 de 1998 artículo 1º)

(...)

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 cumplirla 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.

(...)

(Decreto 2054 de 2014, artículo 4º) (Subrayas añadidas por la Sala).

Es pertinente aclarar que aun cuando el artículo 2.2.6.1.5.3.13 y el numeral 4º del artículo 2.2.6.3.2.3 del decreto antes citado fueron derogados expresamente por la Ley 1821 de 2016 (artículo 4º), dichas normas estuvieron vigentes hasta el 30 de diciembre de 2016.

También es importante precisar que lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto Reglamentario 2454 de 2014, contenido actualmente en el parágrafo 2º del artículo 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015, en el sentido de que la vacancia del cargo, cuando corresponde a la causal de retiro forzoso por edad, se presenta cuando se expida el acto administrativo que ordene el retiro del notario, y no al cumplir la respectiva edad, fue inaplicado expresamente por el Consejo de Estado en sentencia del 22 de octubre de 2015⁵³, por considerarlo inconstitucional e ilegal. En dicha providencia se explicó que, de acuerdo con la ley, la vacancia se produce cuando el notario cumple la edad de retiro forzoso (65 años en la normatividad anterior), y que el acto administrativo que expida el Gobierno Nacional para retirarlo constituye una formalidad tendiente a declarar la situación de vacancia, pero no para constituirla.

Igualmente debe aclararse que la edad de retiro forzoso para los notarios estaba prevista originalmente en el artículo 184 del estatuto notarial, que la fijaba expresamente en 65 años. Sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970⁵⁴.

No obstante, la misma edad fue establecida nuevamente para los notarios por el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3047 de 1989, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1º. Señálase 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, (salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el periodo en curso)”. (Se resalta)

Esta norma se encuentra contenida actualmente en el Decreto 1069 de 2015 (artículo 2.2.6.1.5.3.13), y en relación con la misma, es pertinente hacer dos aclaraciones:

(i) El aparte que se encuentra subrayado fue demandado en acción de nulidad, por considerar el actor que la edad de retiro forzoso para cualquier servidor público o particular que ejerza una función pública puede ser establecida o solamente por el constituyente o por el legislador, pero no por el Gobierno Nacional mediante un decreto reglamentario. Sin embargo, dicha pretensión fue negada por el Consejo de Estado, en sentencia del 30 de abril de 2009⁵⁵, por estimar que la edad de 65 años como edad de retiro forzoso para los notarios está prevista implícitamente en el artículo 137 del Decreto Ley 960 de 1970, cuando establece que no pueden ser designados notarios quienes se encuentren en situación de retiro forzoso, “sea en el Notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público”.

(ii) El aparte que aparece entre paréntesis y subrayado con líneas punteadas, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 23 de marzo de 1993⁵⁶.

Como se aprecia sin ninguna dificultad, el Estatuto de Notariado y las normas que lo han reglamentado establecen claramente las siguientes reglas: (i) que la edad (antes 65 años y ahora 70) es una causal de retiro forzoso para los notarios públicos; (ii) que dicha situación genera la falta absoluta del notario y la vacancia del cargo; (iii) que una vez ocurrida dicha causal (es decir, cumplida la edad respectiva), el notario debe retirarse del cargo dentro del mes siguiente, a más tardar, y (iv) que no es posible nombrar como notario a una persona que haya superado la edad de retiro forzoso.

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 notaría, 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 aun por tiempo indefinido, a un notario que deba retirarse por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Esa modalidad de ejercicio de la actividad notarial no está prevista en ninguna norma legal, con fuerza de ley ni reglamentaria que regule dicha función pública. En efecto, el particular que ejerce como notario después de transcurrido un mes de haber cumplido la edad de retiro forzoso, no puede ser considerado como notario en propiedad (porque está incurrido en una causal de falta absoluta y su cargo está vacante), ni puede ser considerado notario en interinidad o en encargo, porque no ha sido designado como tal mediante un acto administrativo, ni podrá serlo, por haber superado la edad de retiro forzoso, situación que legalmente impide nombrarlo para el ejercicio de esa función.

En consecuencia, se encuentra en una situación de hecho irregular o anómala que, desde luego, no puede generarle ninguna estabilidad o derecho.

Es pertinente mencionar en este punto, que el artículo 187 del Estatuto de Notariado permitía expresamente que las personas retiradas forzosamente por la edad, pudieran desempeñar el cargo de notario en interinidad o en encargo. Pero tal disposición fue derogada expresamente por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970.

Aclara la Sala que nada de lo expresado se desvirtúa ni pierde fuerza por lo dispuesto en el artículo 150 del Decreto 960 de 1970:

"ARTÍCULO 150. El Notario no podrá separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo". (Se resalta).

Como se observa, el precepto transcrito establece simplemente que el notario no puede cesar en el desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas la persona que deba reemplazarlo, pero esta norma no dispone, directa ni indirectamente, expresa o implícitamente, que quien lo reemplace sea necesariamente un notario en propiedad, que haya sido escogido mediante un concurso de méritos.

Desde luego que esto es lo ideal y lo que ha ordenado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en numerosas ocasiones, pero el Estatuto de Notariado y sus normas reglamentarias ofrecen soluciones plenamente jurídicas y aplicables para sortear aquellas situaciones excepcionales o imprevisibles y transitorias que impidan en determinado momento nombrar un notario en propiedad. Es para esto, justamente, que dicha normatividad consagra las figuras de los notarios en interinidad y en encargo, cuya constitucionalidad (utilizada razonablemente y para fines legítimos) ha sido respaldada por la Corte Constitucional (sentencia C-741 de 1998), como se ha visto.

En esa medida, si bien es cierto que el notario en propiedad que ha sido retirado o deba retirarse por haber llegado a la edad de retiro forzoso no puede "separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo" o, dicho en otras palabras, que no puede abandonar su despacho y la función pública que se le ha confiado, también es claro que el Gobierno Nacional y los gobernadores, según el caso, deben proceder a nombrar y posesionar la persona que deba reemplazarlo tan pronto se genera la vacancia, 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, uno de los cuales es el de no haber superado la edad de retiro forzoso.

La Sala desconoce cuáles sean las razones concretas por las cuales no se ha procedido a nombrar en propiedad y posesionar a las personas que deben reemplazar a los notarios que cumplieron la edad de 65 años, si se tiene en cuenta que la lista definitiva de elegibles elaborada en desarrollo del último concurso público y abierto de méritos realizado para ese propósito fue publicada en el mes de julio de 2016; pero cualesquiera que sean los motivos por los que dicha situación se ha presentado, las normas que se han citado permiten superarla

plazo que se establece la ley (un mes), y otras personas asuman definitiva o transitoriamente dicha función pública y se hagan cargo de las respectivas notarías.

Dado lo anterior, la hipótesis fáctica descrita en la consulta, consistente en la existencia de un grupo de notarios públicos que, a pesar de haber sido retirados de sus cargos mediante actos administrativos en firme por haber llegado a la edad de retiro forzoso, siguen ejerciendo sus funciones (luego de haber transcurrido un mes desde el cumplimiento de la edad), constituye una situación de hecho irregular o anómala que, como es obvio, no pudo ni puede generar a tales personas derecho alguno a la estabilidad o permanencia en el respectivo cargo o función, ni antes de la Ley 1821 de 2016 ni después de esta.

Vale la pena mencionar, a este respecto, que el Consejo de Estado, en la sentencia del 22 de octubre de 2015 antes citada, y en desarrollo de una acción de cumplimiento ejercida por un ciudadano interesado, le ordenó al Gobierno Nacional retirar efectivamente del cargo a un notario público que se encontraba exactamente en esta situación. Sobre el punto dijo esta corporación:

“Como se expuso en el acápite anterior, el retiro de un notario que cumple 65 años de edad es un verdadero mandato, que en el caso de los de primera categoría, impone al Gobierno Nacional el deber de desvincularlos dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal. Dicho deber no está sometido a ningún tipo de condicionamiento.

Por tanto, la orden de permanencia de quien cumple 65 años de edad mientras se adelantan los trámites para el ejercicio del derecho de preferencia reglamentado en el Decreto 2054 de 2014 y se efectúe el nombramiento correspondiente o, en su defecto, se realice el nombramiento de un notario, no solo resulta ilegal como se explicó anteriormente, sino que constituye un claro desconocimiento del deber que tiene a su cargo el Gobierno Nacional.

(...)

Ahora, está demostrado que aún no se ha realizado el retiro efectivo de la señora... de la Notaría..., pues como lo constata el Despacho Ponente el pasado... aquella todavía se desempeña como tal.

Lo anterior permite concluir sin ambages, que en el presente asunto, el Gobierno Nacional no ha cumplido con el deber que tiene a su cargo, pues la expedición del acto administrativo de retiro corresponde a una mera formalidad que no cumple con la finalidad de la causal de retiro forzoso por cumplimiento de 65 años de edad lo cual, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, no rige con la Carta Política. (...).” (Negrillas en el original; subrayas añadidas).

Por todas las razones anteriores, la Sala reitera que la interpretación sistemática de las normas que regulan el servicio notarial, especialmente los artículos 137, 145, 147, 148, 150, 151, 182 y 190 del Decreto Ley 960 de 1970, en armonía con el artículo 2º de la Ley 588 de 2000 y las correspondientes disposiciones reglamentarias, permiten concluir con claridad que una vez producida la falta absoluta de un notario y la vacante en la respectiva notaría, lo cual se genera, entre otras circunstancias, por la llegada del notario a la edad de retiro forzoso (independientemente de un acto administrativo que así lo declare), el Gobierno Nacional o los gobernadores, según corresponda, deben proceder a retirar efectivamente al notario (si este no lo hace voluntariamente), en un plazo no superior a un mes, y simultáneamente, proceder a nombrar a la persona que lo deba reemplazar, ya sea en propiedad, o bien en interinidad, ora en encargo, según corresponda, sin que el artículo 150 del estatuto notarial constituya impedimento u obstáculo alguno para realizar dicha actuación.

Finalmente, aclara la Sala que nada de lo expresado atrás significa que los actos jurídicos, las decisiones y, en general, las actuaciones cumplidas por los notarios públicos que se encuentran en esta situación, carezcan de validez o de eficacia jurídica, pues el artículo 142 del Estatuto de Notariado dispone sobre este punto:

“ARTÍCULO 142. Las funciones del cargo se asumen por la designación seguida de la posesión, pero las anomalías que se hayan presentado en el nombramiento, confirmación o posesión de quien está ejerciendo el cargo, no afectan la validez de la actuación oficial de él.” (Se subraya).

Esta norma recoge un principio comúnmente aceptado en el derecho electoral y en el derecho administrativo laboral, de acuerdo con el cual la invalidez de una elección o de un nombramiento o, en general, la ilegalidad de la condición en la cual una persona ejerce un cargo o cumple una función pública, no afecta, en principio, la existencia ni la validez de los actos y las actuaciones realizadas por aquella.

2. El concurso público de méritos para escoger notarios en propiedad y la carrera notarial. Derechos adquiridos por los incluidos en la lista de elegibles

Tal como se ha mencionado previamente, el artículo 131 de la Constitución Política ordena perentoriamente que los notarios en propiedad sean nombrados mediante concurso de méritos. Este mandato constitucional ha sido reivindicado y protegido en numerosas oportunidades por la Corte Constitucional, por el Consejo de Estado y por otras autoridades judiciales. La Corte Constitucional, incluso, declaró en el pasado un “estado de cosas inconstitucional” por la no realización del concurso para el nombramiento de notarios o por las deficiencias, irregularidades, vacíos, contradicciones y demás obstáculos que se presentaron en concursos de este tipo y que impidieron durante un tiempo nombrar efectivamente y poner en el ejercicio del cargo a quienes tenían los méritos y obtuvieron los mejores puntajes para ello. Un resumen de esta situación y de la jurisprudencia constitucional sobre este punto puede consultarse en la sentencia SU- 913 de 2009⁵⁷.

Este mandato constitucional fue desarrollado en la Ley 588 de 2000, que establece, entre otros asuntos, las reglas básicas con fundamento en el artículo 131 de la Constitución Política para el concurso de méritos de notarios y administradores de la carrera notarial. Los artículos 2º y 3º de la Ley 588 de 2000 establecen que el concurso de méritos para el nombramiento de notarios en propiedad y la carrera notarial se realizará de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 131 de la Constitución Política y en la Ley 588 de 2000.

ARTÍCULO 2º. *Propiedad e interinidad. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará; mediante concurso de méritos.*

En caso de vacancia, si no hay lista vigente de elegibles, podrá; el nominador designar notarios en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso.

“...”

ARTÍCULO 3º. *Lista de elegibles. Los notarios serán nombrados por el gobierno, de la lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial, las cuales deberán publicarse en uno o varios diarios de amplia circulación nacional. La lista de elegibles tendrá; una vigencia de dos años.*

“...”. (Se resalta).

Como se aprecia, la realización del concurso público de méritos para la escogencia de notarios en propiedad, el nombramiento de los notarios que figuren en los primeros puestos de la lista de elegibles y la inscripción de los mismos en la respectiva carrera, no son simples opciones o posibilidades que el Gobierno tiene y de las cuales pueda hacer uso o no, sino que son deberes constitucionales y legales de imperativo cumplimiento

Ahora bien, importa determinar, en este punto del concepto, cuál es la naturaleza jurídica de los derechos (si es que los tienen) o de las expectativas generadas para las personas que han participado en un concurso de méritos y han quedado inscritas en la lista de elegibles, especialmente en los primeros lugares de ella y hasta concurrencia del número de cargos a proveer.

A este respecto, la jurisprudencia más reciente y reiterada de la Corte Constitucional, acogida en varios casos por el Consejo de Estado, establece claramente que tales personas no tienen una mera expectativa que pueda ser desconocida por el legislador, sino un verdadero derecho adquirido, consistente en el derecho a ser nombrado en el cargo, según el orden de elegibilidad que corresponda, derecho que conforme a lo dispuesto por el artículo 58 de la Constitución Política, debe ser respetado incluso por el legislador, quien no puede dictar disposiciones que lo desconozcan o dejen sin efecto, so pena de indemnizar a quienes se vean privados de su ejercicio.

Así lo explicó la Corte en la citada sentencia SU- 913 de 2009, refiriéndose específicamente al concurso para notarios:

“11.2.1 Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T-455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación:

“Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe...”

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos; se ha hecho acreedor a ocuparlo.

Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquellos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente.” (Resaltado fuera de texto)

11.2.2 Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo. Así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior (...) A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado.⁵⁸(...)”. (Negrillas del original; subrayas fuera del texto).

Esta misma posición fue reiterada por la Corte en la sentencia T-402 de 2012:

entidades estatales. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha señalado⁵⁹, de manera coincidente que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme⁶⁰. Por otro lado, ha establecido que “aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.”⁶¹

Bajo esa orientación, ha dicho la Corte que cuando se impide el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

La situación descrita, según la Corte, también “equivale a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa... y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior⁶².

A su vez, la jurisprudencia constitucional también ha aclarado que las listas de elegibles que han cobrado firmeza son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que protege a los participantes en estos procesos⁶³

De allí que la Corte haya concluido que “(...) se ha reconocido el derecho constitucional que tienen, quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que ésta establece.⁶⁴ En tal sentido, esta Corporación ha señalado que este derecho guarda relación directa con la finalidad del sistema de carrera, en la medida que garantiza la regla general del artículo 125 constitucional que establece que la provisión de cargos del Estado sea efectuada con quienes demuestren que tienen mérito y las más altas condiciones para acceder a ellos. (...)” “ (Negrillas del original; subrayas de la Sala).

Es claro, entonces, que quienes resultan incorporados en los primeros lugares de la lista de elegibles, por haber obtenido los mayores puntajes en el respectivo concurso, luego de superar exitosamente todas las pruebas, exámenes y etapas de dicho procedimiento, tienen un derecho adquirido y no una simple expectativa o una “expectativa legítima” para ser nombrados en el respectivo cargo. Tal derecho está protegido en los términos del artículo 58 de la Carta Política y, como tal, no puede ser desconocido ni vulnerado por los particulares ni por las autoridades, incluyendo el propio legislador, a menos que, en este último caso, así lo determine expresamente, “por motivos de utilidad pública o de interés social”, y disponga, asimismo, la debida indemnización a las personas que resulten afectadas con la aplicación retroactiva de la correspondiente ley.

En el caso que nos ocupa, la Ley 1821 de 2016 no tiene por objeto regular el concurso público de notarios ni el ingreso a la carrera notarial; no se refiere a los derechos de las personas que resultaron elegidas en el último concurso público de notarios; no es retroactiva, tal como se ha demostrado; no ha invocado “motivos de utilidad pública e interés social” para afectar derechos adquiridos de carácter individual, ni ha ordenado el pago de las respectivas indemnizaciones.

En esa medida, si bien la citada ley resulta aplicable a los notarios públicos, por ser ellos particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente, tal como atrás se indicó, no es posible que la aplicación de dicha ley genere el desconocimiento o la vulneración de los derechos adquiridos por quienes resultaron incluidos válidamente en los primeros lugares de la lista de elegibles confeccionada como resultado del respectivo concurso de méritos.

Una interpretación de la Ley 1821 en ese sentido, resultarían ostensiblemente inconstitucional, no solamente por vulnerar los derechos fundamentales de tales individuos (el derecho al debido proceso, a la buena fe, a la protección de los derechos adquiridos, a la confianza legítima, al trabajo y a la igualdad, entre otros), sino también por desconocer la irretroactividad de la ley y el principio del mérito para el acceso a la función pública, consagrado de manera general en el artículo 125 de la Carta y para los notarios, en particular, en el artículo 131 ibídem.

Adicionalmente, tal interpretación violaría varias normas legales o con fuerza de ley incluidas en el Decreto Ley 960 de 1970 y en la Ley 588 de 2000, las reglas propias del concurso, contenidas en el Acuerdo N° 001 del 9 de abril de 2015, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, además de claros y reiterados precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Por otra parte, debe recordarse que, según lo explicado en el numeral anterior de este acápite, los notarios públicos que fueron “retirados” de sus cargos por haber llegado a la edad de retiro forzoso, pero que continúan ejerciendo sus cargos, no tienen ni tenían antes de la Ley 1821 de 2016, un derecho a permanecer en el ejercicio de la respectiva función pública. En esa medida, aunque la situación fáctica descrita en la consulta pareciera corresponder a un “conflicto de derechos” (los derechos de los notarios en ejercicio contra los derechos de los aspirantes elegidos), tal conflicto no pasa de ser puramente aparente, pues los notarios retirados no tienen un derecho constitucional ni legalmente amparado para permanecer en su cargos, mientras que las personas incluidas en los primeros lugares de la lista de elegibles tienen un “derecho adquirido”, constitucional y legalmente protegido.

No es necesario, en consecuencia, referirse a los principios y criterios elaborados por la jurisprudencia y la doctrina para resolver esta clase de conflictos, ni tampoco resulta necesario profundizar en la cuestión de si el “principio de favorabilidad” resulta o no aplicable a los notarios, como se sugiere en la consulta.

En todo caso, y solo para responder una de las preguntas formuladas en la consulta, vale la pena mencionar que si el principio de favorabilidad al cual se hace referencia es el de "favorabilidad laboral"⁶⁵, es decir, aquel que beneficia a los trabajadores o empleados en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que los regulan, dicho principio no sería aplicable, dado que, para la jurisprudencia mayoritaria, los notarios no son servidores públicos sino particulares que ejercen funciones públicas y, por lo tanto, no tienen una relación laboral con el Estado.

En virtud de las consideraciones precedentes,

III. La Sala RESPONDE:

1. ¿La remisión del inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1821 de 2016 se refiere al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o a la totalidad del artículo 1 del Decreto 3074 de 1968? ¿En caso de que lo sea solo el (sic) artículo 29 del artículo (sic) del Decreto 2400 de 1968, es viable que el Gobierno Nacional expida un decreto por el cual se aclarando la remisión?

Como se deduce de un análisis cuidadoso de los antecedentes del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, la remisión que el inciso segundo de dicha norma hace al "artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968" debe entenderse referida al artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, que contiene el listado de los cargos públicos expresamente exceptuados de la causal de retiro forzoso por la edad.

En principio, la Sala considera que tal error caligráfico podrá ser corregido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 45 de la Ley 4 de 1913. Sin embargo, se advierte que la respectiva corrección tendrá que hacerse simultáneamente y de manera armónica con la corrección del error detectado en el artículo 40 de la Ley 1821 de 2016, donde se incluye, entre las normas derogadas expresamente, al Decreto "3074 de 1968 (artículo 29)", norma que no existe.

2. En los términos del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos las personas que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años, pero a esa fecha (ii) no se les había definido su situación laboral mediante acto administrativo de retiro y (iii) continúan ejerciendo funciones públicas?

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 establecen (o establecieron) 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 personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales.

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 1º 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.

4. En los términos del artículo 2º 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.

5. A pesar de que no existe relación laboral entre los notarios y Estado (sic) ¿Es aplicable el principio de favorabilidad a los notarios?

En opinión de la Sala, el principio de favorabilidad laboral no es aplicable a los notarios públicos, en la medida en que, según lo manifestado en forma reiterada y mayoritaria por la jurisprudencia, los notarios no son servidores públicos, ni existe relación laboral entre ellos y el Estado, sino que se trata de particulares que ejercen un servicio público y cumplen una función pública.

No obstante, se aclara que la aplicabilidad o no del principio de favorabilidad laboral a los notarios, no ha sido considerada por la Sala en este concepto como un criterio necesario o determinante para dar respuesta a las preguntas formuladas por el Gobierno Nacional.

Remítase al Ministro de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NÁJEM VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. OFI17-0003113-OAJ-1500 DE FECHA 10 DE FEBRERO DE 2017.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *Por el cual se reviste al Presidente de la República las facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, se provee al fortalecimiento de la administración fiscal, se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva Comisión Constitucional Permanente en las Cámaras Legislativas*. En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por esta ley, el Gobierno Nacional dicta el Decreto 2400 de 1968, “[p]or el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

2. *“Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 960 de 1970.*

3. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”*

4. *“Por el cual se expide el Estatuto del Notariado”.*

5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 27 de marzo de 2014. Rad. NO 250002341000201200583-01.

6. Acción de cumplimiento radicada con el número 080012331000201300003-01.

7. *“Por el cual se previene la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.*

8. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1764 del 19 de julio de 2006.

9 *“[2] Resulta oportuno indicar que el inciso segundo del artículo 29 del decreto ley 2400 de 1968, subrogado por el artículo 10 del decreto ley 3074 del mismo año, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-124 del 27 de marzo de 1996”.*

10 *“Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”.*

11. Corte Constitucional, sentencia C-351 del 9 de agosto de 1995, expediente D-828.

12. Corte Constitucional, sentencia C- 563 del 6 de noviembre de 1997, expediente D-1638.

13. *“Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”.*

14. *“Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”.*

15. *“Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal.*

16. *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.*

17. *“Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el Sistema de Personal, se desarrolla la Carrera Administrativa Especial y se dictan otras disposiciones”.*

18. *“Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República”.*

19. *“Por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones”.*

20. *“Por el cual se dictan las normas del régimen específico de carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se expiden otras disposiciones en materia de administración de personal”.*

21. "Por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen La Gerencia Pública".
22. "Por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones"
23. "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos".
24. "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario".
25. "Por el cual se desarrolla parcialmente el literal h) del Artículo 116 en lo relacionado con el establecimiento, organización o reforma de las corporaciones autónomas regionales y de las corporaciones de régimen especial, creadas o transformadas por la Ley 99 de 1993'.
26. "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"
27. Tales como en los conceptos 1997 del 10 de mayo de 2013, 2142 del 3 de abril de 2013 y el 2188 del 10 de febrero de 2014.
28. "[72] Corte Constitucional. Sentencia T-294/13 (M.P. María Victoria Calle Correa)"
29. De acuerdo con los documentos que obran en el expediente del respectivo proyecto de ley, remitido por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.
30. "ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.
- El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causas previstas en la Constitución o la ley
- (...)" (Resaltamos).
31. "ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
- (...)
- La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio". (Se destaca).
32. "ARTÍCULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de Asesora...
- Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que se estable la ley. (...)" (Subrayas añadidas).
33. Publicada en la Gaceta del Congreso N° 872 del 3 de noviembre de 2015, páginas 18 a 22.
34. Representantes Margarita María Restrepo Arango, Fabio Raúl Amán, Carlos Edward Osorio, Hernán Penagos Giraldo y Rafael Eduardo Palau.
35. Comunicación suscrita por el Viceministro de Hacienda y radicada en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el 14 de marzo de 2016.
36. Contendida en las sentencias C-1040 de 2007 y SU-446 de 2011, entre otras.
37. Gaceta del Congreso N° 959, año XXV, del 2 de noviembre de 2016, páginas 1 a 9.
38. Edinson Delgado Ruiz y Antonio José Correa Jiménez.
39. 9 contra 1, para el artículo 1°, y 8 contra 1, para el artículo 2°.
40. Cada una de las cuales podrá ser entendida como una norma o "regla de derecho" distinta.

42. Corte Constitucional, sentencia C-520 del 23 de septiembre de 1998, expediente D-1990.
43. Entre ellos, el máximo de interpretación histórica.
44. Corte Constitucional, sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003, expediente D-4590.
45. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2064 del 27 de julio de 2011.
46. “[2] Del 14 de junio de 2001”.
47. “Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios fundamentales:
- Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo: irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*
- (..). (Subrayas ajenas al texto).
48. Verbigracia, en la sentencia T-832A del 14 de noviembre de 2013, expediente T- 3970752.
49. Corte Constitucional, sentencia C-863 del 25 de octubre de 2012, expediente D-9015.
50. “[4] La naturaleza jurídica y los rasgos característicos de las funciones desempeñadas por los notarios, han sido objeto de varios pronunciamientos de esta Corporación. Así en la sentencias C-1159 de 2008 y C-1212 de 20001, M.P. Jaime Araújo Rentarúa; en la sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas; sentencia C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morán Díaz”.
51. “Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial”.
52. El aparte subrayado y entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C- 741 del 2 de diciembre de 1998.
53. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de dos mil quince (2015), rad. N.º 25000-23-41-000-2015-00985-01 (ACU)A
54. “Por el cual se oficializa el servicio de notariado”.
55. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de abril de 2009, expediente No. 00151-01
56. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de marzo de 1993, expediente N.º. 5348.
57. Corte Constitucional, sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. Expedientes acumulados T-2210489, T2223133, T2257329, T-2292644, T-2386105, T-2384537, T-2368681, T-2398211, T397604.
58. “[54] ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T-494 de 2008”.
59. “[14] Ver Sentencia T-156 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. En la mencionada providencia se abordaron las consideraciones que a continuación se esbozan en relación con los derechos constitucionales fundamentales de los primeros puestos en los concursos de méritos”.
- 60 “[15] Sentencia SU-913 de 2009...”
61. “[16] Sentencia T-455 de 2000; Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio)”
62. “[18] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio)”.
63. “[19] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio)”.
64. “[20] Sentencias C-040 de 1995, T-451 de 2002 SU -086 de 1999 y T-1701 de 2000”
65. Pues el principio de favorabilidad existe en diferentes campos, como en materia penal y sancionatoria, o a favor de los niños y

Fecha y hora de creación: 2024-06-14 23:06:11