



## Concepto 1391 de 2017 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20176000001391\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20176000001391

Fecha: 03/01/2017 05:43:31 p.m.

Bogotá, D.C.

Ref.: Consulta sobre el alcance y aplicación de la Ley 1821 de 2016 “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta sobre el alcance y aplicación de la Ley 1821 de 2016 “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, es necesario abordar el análisis de los siguientes temas:

(i) *Campo de aplicación de la Ley 1821 de 2016*

Con la Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016 se amplía a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, en consecuencia, esta ley aplica a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, en los órganos autónomos e independientes (universidades, corporaciones autónomas, Banco de la República, Comisión Nacional del Servicio Civil), órganos de control (Contralorías, Procuraduría, Defensoría, Personerías) y de las demás entidades o agencias públicas.

Así mismo, aplica a los particulares que cumplen funciones públicas, como los notarios, curadores, miembros de las cámaras de comercio, por cuanto la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas o funciones públicas judiciales.

El artículo 131 Constitucional dispone que le 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. Así mismo, precisa que el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso, y que al Gobierno le compete la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro

El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena

autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante el notario a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece.

Con respecto al servicio notarial como función pública, la Corte Constitucional en sentencia C-741 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, afirmó:

“El servicio notarial implica, conforme lo señala una de las disposiciones acusadas, el ejercicio de la fe notarial, por cuanto el notario otorga autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y da plena fe de los hechos que él ha podido percibir en el ejercicio de sus atribuciones.

Esta finalidad básica del servicio notarial pone en evidencia que los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la "función fedante", la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general.

Esta función es en principio estatal, ya que el notario puede atribuir autenticidad a determinados documentos y dar fe de ciertos hechos con plenos efectos legales únicamente porque ha sido investido por el Estado de la autoridad para desarrollar esa función. Esto significa que una persona que no ha sido designada formalmente por las autoridades públicas como notario o escribano, según la terminología de otros ordenamientos, no puede dar oficialmente fe de unos hechos o conferir autenticidad a unos documentos, por más de que sea la persona más respetada de la comunidad. En efecto, las aseveraciones de un particular que no es notario tienen el valor de un testimonio, que es más o menos creíble, según el valor que las autoridades le otorguen, pero tales aseveraciones no confieren, con efectos legales, autenticidad al documento, por cuanto no desarrollan la función fedante que, dentro del llamado sistema latino, se desarrolla bajo la égida del Estado y por delegación de éste.

(...)

4- Conforme a lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, coinciden en afirmar que la función notarial, en los países que han acogido el llamado sistema latino, no constituye únicamente un servicio público sino que configura una función pública. Así, en el derecho comparado, la conferencia permanente de los notariados de la comunidad Europea, en sesión del 23 de marzo de 1991, caracterizó la actividad notarial como "una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva". En nuestro país, la doctrina y la jurisprudencia han calificado de manera uniforme el servicio notarial como el ejercicio de una función pública. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, mientras ejercía la guarda de la Constitución, no sólo señaló que la función fedante era pública sino que los notarios eran, por tal razón, funcionarios públicos.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que la citada Ley le es aplicable a los notarios al tener la función notarial un carácter público, y estar concebida como un servicio público que se presta por aquellos e implica el ejercicio de una función pública.

(ii) *Interpretación de las leyes*

Según lo dispuesto por el Consejo de Estado en Auto 2015-00006 del 3 de febrero de 2015, señaló respecto de la interpretación de las leyes lo siguiente:

“Las reglas de interpretación de la ley.

En el capítulo IV del título preliminar, el Código Civil consagra el conjunto de reglas que orientan la interpretación de la ley en nuestro ordenamiento jurídico.

Conforme al artículo 26 del código en cita, la interpretación doctrinal que corresponde hacer a los jueces y a los funcionarios públicos para aplicar la ley en los casos particulares y en los negocios administrativos, puede servirse de la interpretación gramatical y de la interpretación por contexto, además de contar con unos criterios subsidiarios de interpretación.

(i) Sobre la interpretación gramatical dispone el artículo 27 *ibídem*:

“ART. 27. — Interpretación gramatical. 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”.

Hace notar la Sala que la interpretación gramatical subsume la literalidad del texto legal como el elemento que determina en primer término su interpretación bajo el supuesto de que dicho tenor literal “sea claro”.

Ante la carencia de la claridad exigida a la literalidad del texto, es factible acudir a la intención o espíritu del mismo y, por supuesto, a la historia de su adopción.

El artículo 27 en cita se complementa con los artículos 28 y 29, pues estos explican que la lectura del texto debe considerar si las palabras que lo componen son de uso común o corresponden a expresiones propias de conocimientos especializados o a definiciones hechas por el mismo legislador. A partir de la identificación del sentido o significado de las palabras del respectivo texto podrá entonces, conforme a las reglas en estudio, llegarse a la mayor precisión en la labor interpretativa del texto legal:

“ART. 28. —Significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

“ART. 29. —Palabras técnicas. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso”.

(ii) La interpretación por contexto se define en el artículo 30 *ibídem*, así:

“ART. 30. — Interpretación por contexto. 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”.

Interesa entonces revisar los incisos primero y segundo del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, a la luz de las reglas de los transcritos artículos 27, 28 y 29 del Código Civil.

Al respecto, el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016 consagra que “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”; por lo anterior, la Ley aplica a las personas que a la vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) tenían 65 años y continuaban en el ejercicio de funciones públicas. Siempre y cuando no exista acto administrativo en firme retirándolas del servicio, así el acto de retiro este sujeto a un plazo, circunstancia que es clara y no da lugar a interpretaciones conforme a la literalidad de la norma.

En este sentido, aplicando la citada jurisprudencia, cuando el significado de las palabras no se encuentre definido en la ley, debe acudir a la literalidad de la norma. Así, se entiende que la norma aplica a todas aquellas personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 1821 de 2016 se encontraban en ejercicio de funciones públicas, salvo para aquellas que hayan sido retiradas mediante acto administrativo en firme, al momento de la entrada en vigencia de la citada Ley.

(iii) *El principio de favorabilidad en la interpretación de normas laborales*

La Constitución Política en su artículo 53 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, señalan que las circunstancias que generen mayor favorabilidad a los trabajadores en la aplicación de normas laborales deben ser aplicadas al trabajador.

En este punto, la Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1995 y reiterada en varias ocasiones, acerca de la condición más beneficiosa para el trabajador, señaló:

“De otra parte, considera la Corte que la 'condición más beneficiosa' para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: 'situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho', precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

“De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

“El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: 'En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad'; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del 'in dubio pro operario', según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador.

“En este orden de ideas, no le asiste razón al demandante, pues la reiteración que hace el Constituyente en el artículo 53 de que no se menoscaben derechos de los trabajadores, no tiene el alcance que arguye el actor, sino el de proteger los derechos adquiridos de los trabajadores, mas no las simples expectativas.”

Bajo esas consideraciones, un conflicto en la interpretación existe cuando no hay certeza sobre cuál es la norma aplicable, y la norma en cuestión admite más de una interpretación. De igual modo, cuando la discusión involucra los derechos de los trabajadores, por mandato constitucional, se debe elegir entre dos o más interpretaciones posibles de una norma aquella que favorece al trabajador y no la que lo perjudica.

Adicionalmente, es claro que la intención del Legislador con la entrada en vigencia de la Ley, tendía como objetivo favorecer a las personas que contaban con amplia experiencia y conocimientos para darles la oportunidad de permanecer en el ejercicio de sus funciones por 5 años más.

En ese orden de ideas, dando aplicación a este principio y acogiendo la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esta Dirección considera que el nuevo régimen que concibe la edad de retiro forzoso a partir de los 70 años de edad, cobra vigencia desde el 30 de diciembre de 2016, y es aplicable a quienes accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas, es decir, si la persona antes de la entrada en vigencia de la citada Ley cumplió 65 años de edad y no había sido retirada mediante acto administrativo que se encontrará en firme antes de entrar en vigor la Ley 1821 de 2016, podrá decir si continua en el cargo o si se retira del servicio.

*(iv) Protección constitucional a personas próximas a pensionarse*

La Corte Constitucional en sentencia T- 012 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil, referente al retiro del empleado que cumple la edad de retiro forzoso, preceptuó:

“Es por ello que la Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud.

Muestra de este propósito de protección del Estado a los trabajadores, es la expedición de normas por parte del legislador para proteger a personas que se encuentran en circunstancias similares a las del accionante en esta tutela, y garantizar sus derechos fundamentales.

Tal es el caso del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual es indicativo de la protección que el Estado brinda a los trabajadores que culminan su vida laboral. El citado precepto establece como causal de terminación, con justa causa por parte del empleador, de las relaciones laborales o legales reglamentarias, el cumplimiento de los requisitos para pensionarse. Sin embargo, su aplicación sólo es posible hasta tanto al trabajador le ha sido reconocido el derecho a la pensión y se le ha incluido en nómina para su pago. Norma que, si bien no es aplicable a este caso concreto, demuestra la intensión del legislador de proteger a los trabajadores, en tanto solamente es posible aplicarla, cuando no vulnere derechos fundamentales de los trabajadores y responda a una valoración de las circunstancias particulares del caso. Al respecto la Corte indicó en la Sentencia C-1043 de 2003<sup>[14]</sup> que “el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas de pensionados correspondiente.”

“Conforme con las consideraciones generales de esta providencia la fijación legal de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, siempre que responda a criterios objetivos y razonables, constituye una medida constitucionalmente válida gracias a la cual el Estado redistribuye un recurso escaso, como lo es el empleo público, con el propósito de que todos los ciudadanos tengan acceso a este en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades. Sin embargo tal y como se expresó previamente, la aplicación de este tipo de normas por parte de la administración debe ser razonable, de tal manera que sea el resultado de una valoración de las condiciones particulares del trabajador en cada caso concreto. Ello para garantizar el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, toda vez que se trata de personas que han llegado a la tercera edad, 65 años, y que por tanto merecen especial protección por parte del Estado.

Así, dimensionada la situación del accionante de manera integral, estima la Sala que la administración pública, vista en su conjunto, le ha infringido una vulneración grave de sus derechos. Por una parte, incumpliendo las normas en la materia, guarda silencio por un periodo superior a un año con respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación elevada por el actor. Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.” (negrilla fuera de texto)

Conforme a lo anterior, la decisión de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado la edad de retiro forzoso no opera de manera automática, le corresponde a la autoridad nominadora hacer una valoración de sus circunstancias particulares del trabajador en cada caso concreto. Esto para garantizar los derechos fundamentales del trabajador, toda vez que se trata de personas que han llegado a la tercera edad, y por tanto merecen especial protección por parte del Estado.

En aplicación de las directrices impartidas por las Altas Cortes en sus decisiones, puede suceder que a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, haya servidores o personas que cumplen una función pública, que a pesar de encontrarse en la causal de retiro por llegar a la edad de 65 años, el retiro no se haya efectuado por estar sujeto a un plazo cierto, como es el ser incluido en nómina de pensionados o pendientes de que llegue su remplazó, en cumplimiento de las normas disciplinarias.

En consonancia con lo anterior, me permito dar respuesta puntualmente a las preguntas formuladas en la consulta:

*1. ¿En los términos del artículo segundo 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, (ii) a la fecha no se les ha definido su situación laboral mediante acto administrativo de retiro y (iii) continúan ejerciendo funciones públicas?*

Como se señaló anteriormente, el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016 consagra que “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”. Por lo anterior, la ley aplica a las personas que a la vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) tenían 65 años y continuaban en el ejercicio de funciones públicas, siempre y cuando no exista acto administrativo en firme retirándolas del servicio, así el acto de retiro este sujeto a un plazo.

*2. ¿En los términos del artículo segundo 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 y (ii) su situación laboral está definida mediante acto administrativo de retiro, pero continúan ejerciendo funciones públicas por razones de necesidades del servicio o a la espera de su inclusión en nómina?*

En el caso en concreto, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron 65 años de edad y sus situación laboral estaba definida mediante acto administrativo de retiro en firme, pero sujeto a un plazo por necesidad del servicio o a la espera de la inclusión en la nómina de pensionados, se considera que no se encontrarían dentro del campo de aplicación de la citada Ley, en razón a que la misma no tiene efectos retroactivos para situaciones debidamente consolidadas.

Se debe precisar que en nuestro ordenamiento jurídico el principio de irretroactividad de la Ley, debe entenderse en el sentido que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de constituirse esos vínculos, lo anterior en virtud del principio de confianza legítima, por cuanto la decisión del retiro pudo generar derechos para las mismas personas que ejercen la función pública o para otros ciudadanos.

Por lo tanto, se considera que no puede aplicarse válidamente hacia el pasado normas jurídicas posteriores para resolver situaciones consolidadas y definidas con la normativa vigente al momento de producir los actos administrativos.

De manera que, si la situación del servidor o de la persona que ejerce funciones públicas estaba definida antes del 30 de diciembre de 2016 fecha en la cual entró en vigencia la Ley 1821, estas personas no podrán entrar a decidir voluntariamente si continúan en el ejercicio de funciones públicas hasta la edad de 70 años, por cuanto su situación de permanencia en la administración o en el cumplimiento de funciones públicas ya estaba definida, con un plazo cierto.

*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?*

De conformidad con lo señalado en el artículo 3 de la Ley 588 de 2000 los notarios serán nombrados por el Gobierno, de la lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial, la cual tiene una vigencia de dos años. La lista tiene como finalidad proveer, en estricto orden de mérito, las vacantes definitivas que se presenten en las notarías por cualquiera de las causales señaladas en la normativa vigente (muerte, renuncia aceptada, destitución, declaratoria de abandono o porque su titular fue retirado por llegar a la edad de retiro forzoso).

En consecuencia, con la expedición de la Ley 1821 de 2016 el alcance de la lista sigue siendo el mismo dado en la Ley 588 de 2000, es decir que se deberá utilizar para proveer las vacancias de las notarías generadas por que su titular fue retirado por haber llegado a la edad de retiro forzoso y cuyo acto administrativo se encontraba en firme antes del 30 de diciembre de 2016.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

MFPR/CPHL

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 00:02:54*