



## Sentencia 02126 de 2018 Consejo de Estado

NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD EN UN CARGO DE NOTARIO - retiro del titular en carrera, por haber llegado a la edad de retiro forzoso / EDAD COMO LÍMITE MÁXIMO PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL - Edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años / Formas de vinculación como notario - Propiedad, interinidad y encargo / NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD DE NOTARIO - No es causal de nulidad del acto administrativo que retiro del servicio a notario por cumplir edad de retiro forzoso

Conforme los documentos aportados al plenario, se concluye que el demandante fue retirado del cargo de notario por cuanto cumplió 65 años de edad, situación que como se vio, se constituye en una causal objetiva de retiro para los notarios. De otra parte, en relación con la designación en interinidad en el cargo que quedó vacante definitivamente, como consecuencia del retiro del señor Fernández Herrera, se observa, en primer lugar, que este no probó que su reemplazo no cumpliera los requisitos para el desempeño del cargo. En segundo lugar, sobre la motivación del nombramiento en interinidad, luego de la decisión de retiro debe señalarse que aquella está dada por la ley y consiste, precisamente, en la de dar continuidad al servicio notarial ante la vacante que se genera con ocasión del retiro definitivo del titular del cargo, pero ello no implica que al retiro de una persona que se encontraba inscrita en la carrera notarial, solamente pueda proveerse el empleo con quien superó el concurso de méritos, sino que puede acudir a las demás modalidades de vinculación, antes vistas; incluso, se podría presentar el evento descrito en el artículo 187 del Decreto 960 de 1970, que señala «Las personas retiradas forzosamente por edad, podrán desempeñar Notaría en interinidad o por encargo», de lo cual se infiere: 1. Que quien cumple la edad de retiro forzoso debe ser retirado del cargo, aunque no se hubiera adelantado un concurso de méritos para seleccionar al nuevo titular. 2. Que es viable que dicho reemplazo se surta mediante nombramientos en interinidad o por encargo y no solamente en propiedad. En este sentido, conviene invocar las consideraciones compartidas por esta Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 1999, según las cuales una situación como la descrita no conlleva la anulación del acto de retiro. (...) Con todo lo dicho, queda desvirtuado el argumento de ilegalidad contra el acto acusado, expuesto por el señor Mario Fernández Herrera. En conclusión: El nombramiento en interinidad en el cargo de notario, con ocasión del retiro del titular por haber llegado a la edad de retiro forzoso, no se configura en causal de nulidad del acto administrativo que así lo dispone.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 31 / LEY 960 DE 1970 / DECRETO 3047 DE 1989

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018) SE.091

Rad. No.: 25000-23-25-000-2006-02126-01(1784-13)

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Nación, Ministerio del Interior y de Justicia<sup>1</sup>

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Decreto 01 de 1984

#### ASUNTO

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, subsección E, Sala de Descongestión, que denegó las pretensiones de la demanda dentro del proceso iniciado por el señor Mario Fernández Herrera contra la Nación Ministerio del Interior y de Justicia.

#### ANTECEDENTES

El señor Mario Fernández Herrera por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia, hoy de Justicia y del Derecho.

#### Pretensiones

1. Declarar la nulidad del Decreto 3500 de 4 de octubre de 2005 suscrito por el presidente de la República y el ministro de Interior y de Justicia, por medio del cual se retiró del servicio al señor Mario Fernández Herrera del cargo de notario treinta del círculo de Bogotá y se hizo un nombramiento en interinidad.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro al cargo hasta cuando sea provisto en propiedad, y que se tenga que no existió solución de continuidad entre la fecha de su desvinculación y aquella en la que se ordene su restitución o en su defecto, hasta el momento en el que se efectúe el nombramiento en propiedad.
3. Que se ordene a la demandada pagar una indemnización equivalente a todos los salarios y prestaciones que dejó de recibir con ocasión de su retiro, desde el 18 de octubre de 2005 hasta el momento del reintegro o en su defecto, hasta que la plaza haya sido provista en propiedad, y de manera subsidiaria, hasta que se surta el nombramiento mediante el sistema de concurso de méritos.
4. Que las anteriores sumas sean debidamente actualizadas y ajustadas con de acuerdo al índice de precios al consumidor conforme el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo<sup>2</sup>.

#### FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El señor Mario Fernández Herrera fue nombrado como notario treinta del círculo de Bogotá en propiedad mediante Decreto 2009 del 25 de junio de 1986, luego de haber superado las etapas del concurso de méritos convocado por el Acuerdo 003 del 24 de febrero de 1986, del entonces, Consejo Superior de la Administración de Justicia para el Notariado.
2. Más adelante, fue incorporado a la carrera notarial por Resolución 007 del 19 de diciembre de 1989, del entonces Consejo Superior de Administración de Justicia. Adicionalmente, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de fecha 17 de noviembre de 2005<sup>3</sup>, ordenó que el actor junto con otros notarios del país no debían ser convocados a concurso general puesto que debía respetarse el derecho adquirido por virtud del nombramiento como consecuencia de haber superado el concurso de méritos.
3. El 4 de octubre de 2005, el Gobierno nacional expidió el Decreto 3500, por medio del cual retiró del servicio al señor Mario Fernández Herrera. Como fundamento de la decisión argumentó que el demandante había cumplido la edad de retiro forzoso de 65 años y procedió a hacer un nombramiento en interinidad, con prescindencia del concurso de méritos.

4. La decisión descrita fue comunicada por el superintendente de Notariado y Registro a través del Oficio 2005EE10601 en la cual se le ordenó además llevar a cabo la entrega del respectivo protocolo y demás archivos de la notaría a quien fue designado en su reemplazo.

#### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas el artículo 131 de la Constitución Política, así como los artículos 46, 147, 173, 178 y 185 del Decreto Ley 960 de 1970.

Como concepto de violación expuso que el acto acusado está afectado por las siguientes causales de nulidad:

Desconocimiento de las normas en que debió fundarse

El acto demandado, al efectuar una designación en interinidad, se expidió con desconocimiento de las normas que ordenan que los cargos de notario sean provistos en propiedad mediante el sistema de concurso de méritos. En efecto, se desconoció que el gobierno nacional ya no tiene la potestad discrecional de postular a los notarios, prescindiendo de un concurso y que el señor Mario Fernández Herrera tenía derecho a permanecer en el empleo hasta que fue designado el nuevo titular seleccionado de la lista de elegibles.

En este sentido, enfatizó que la administración ante el hecho de que el actor cumpliría la edad de retiro debía contar con una lista de elegibles para proveer la vacante definitiva que se ocasionaba con su separación del servicio o debía convocar a un concurso para la Notaría Treinta de Bogotá pero no alegar ausencia de norma o del ente que lo administra para dejar de hacerlo. Igualmente, cuestionó la conducta de la administración al no dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 173 del Decreto Ley 960 de 1970, según el cual se debía avisar de la ocurrencia de la vacante al Consejo del Notariado, para que enviara actualizada la lista de los candidatos aprobados en el concurso.

Además, en su sentir, se omitió el contenido del artículo 185 *ibidem* el cual define las hipótesis que dan lugar a la provisión del cargo de notario en interinidad, para impedir que se interrumpa la prestación del servicio público que prestan, tales como la interdicción judicial y llegar a estados de ceguera, mudez o sordera, el quebranto de salud que implique la disminución del rendimiento del servicio y la enfermedad por más de 180 días; eventos que no han tenido lugar en el presente asunto.

Falsa motivación y desviación de poder

Dados los anteriores argumentos, el demandante aseguró que la autoridad nominadora creó una vacante definitiva de manera ilegal con desviación de la realidad fáctica y normativa de la situación del actor, al valorar únicamente el hecho biológico de que llegó a la edad de 65 años sin tener en cuenta las posibilidades que el ordenamiento jurídico le brindaba para adoptar una decisión ajustada a derecho, de esta manera, reiteró su acusación contra la designación interina de su reemplazo, evento que, en su criterio, deja en evidencia la desviación de poder que afecta la legalidad del acto.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio del Interior y de Justicia presentó escrito de contestación a la demanda (ff. 93 a 98 C. ppal.) en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en el siguiente razonamiento:

Aclaró que en el caso del señor Mario Fernández Herrera operó la causal de retiro por haber cumplido la edad de retiro forzoso, en tal evento, al dejar de proveer inmediatamente la vacante mediante el sistema de concurso se podría generar una responsabilidad de tipo disciplinario, pero no constituiría causal de nulidad del acto de retiro, según ha dejado claro la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>4</sup>.

De la misma forma, precisó que el «retiro forzoso» es una de las causales que señala el artículo 71 del Decreto 148 de 1983, de ahí derivó que el gobierno Nacional está facultado para hacer el nombramiento en interinidad ante la falta absoluta del titular, como en efecto lo hizo, según lo

previsto por el numeral 2, literal c) del artículo 66 *ibidem* y en este sentido, discrepó de lo manifestado por el actor, en el sentido de que no es que la administración esté obligada a mantener en servicio a quien cumplió la edad de retiro hasta que pueda suplir la vacante con quien hubiera superado el concurso, sino que se trata de un mandato perentorio para quien se ve incurso en tal causal de dar aviso tan pronto ello ocurra, según el artículo 182 del Decreto Ley 960 de 1970.

Adicionalmente, sostuvo que no se configura ninguna de las causales de nulidad alegadas en el demanda, por cuanto el Gobierno Nacional actuó dentro del ámbito de la competencia legalmente asignada para retirar a un notario que llegó a la edad de retiro forzoso, dentro del mes siguiente a que ello ocurriera y señaló que el retiro no se produjo como un «castigo» para el notario retirado ni desconoce sus servicios prestados o su estado de salud, por el contrario, fue consecuencia del cumplimiento de un imperativo legal vigente y resaltó que la estabilidad en dichos cargos ejercidos en propiedad se extiende hasta la edad de retiro forzoso.

Además, propuso la excepción que denominó «falta de causa legal para demandar» basado en que el acto acusado se expidió en estricto cumplimiento de las normas aplicables.

En escrito que obra en los folios 187 a 191 del cuaderno principal manifestó que la medida también atiende el artículo 7 de la Ley 588 de 2000 y que el retiro por edad es un mecanismo razonable de renovación de los cargos públicos y con ello se promueven las oportunidades laborales de las personas.

El señor Cesar Negret Mosquera<sup>5</sup> intervino en esta oportunidad (ff. 108 a 110 C.Ppal.) para advertir en primer lugar, que quien debió ser vinculado al proceso era la persona que había sido designado en reemplazo del demandante en interinidad por el acto acusado, esto es, Andrés González Angulo, y aclaró que a través del Decreto 2625 de 2006 le fue aceptada la renuncia a este último para nombrarlo a él en las mismas condiciones, acto que no ha sido controvertido en sede judicial<sup>6</sup>.

#### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

- Mario Fernández Herrera (ff. 300 a 309 C. Ppal.)

El accionante reiteró que se desempeñó como notario 30 del círculo de Bogotá en virtud de un concurso de méritos adelantado en el año 1986 y fue confirmado en el mismo cargo por el Decreto 254 de 1990, hasta que mediante el Decreto 3500 del 4 de octubre de 2005 fue separado del cargo por haber llegado a la edad de retiro forzoso y en su reemplazo se designó a una persona en interinidad, el doctor Andrés González Angulo, decisión que, en su criterio, desconoció todas las normas sobre carrera administrativa, dado que podía permanecer en el empleo hasta que se designara al nuevo titular seleccionado mediante el sistema de concurso, lo cual sucedió solo hasta la expedición del Decreto 5041 del 29 de diciembre de 2009, fecha hasta la cual el demandante consideró que se debía ordenar reestablecer su derecho.

Igualmente, agregó que se hace más evidente la desviación de poder con la que se expidió el acto de retiro, pues para el año 2005, el entonces presidente de la República, se encontraba en campaña para la aprobación de la reelección, por ello, necesitaba nombrar notarios, pese a que se incumplieran normas de rango superior.

La parte demandada no intervino en esta etapa procesal, como se verifica en el informe que obra en el folio 360 del expediente.

Ministerio Público<sup>7</sup>

La Procuraduría Cincuenta y Cinco Judicial Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca presentó concepto en el que solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda.

En sustento de lo anterior, manifestó que la figura de retiro forzoso, prevista por el artículo 1 del Decreto 3047 de 1989, no se constituye en una forma de desproteger a la persona a la que se le aplica, sino que está dirigida a la protección de la seguridad social con el fin de que obtenga la pensión de jubilación; además, busca velar por el desarrollo del servicio público integrado por nuevas generaciones y generar nuevas

oportunidades laborales. También, sostuvo que en este caso, al presentarse una vacante definitiva de cargo, la entidad nominadora debía proveerlo de manera transitoria, mientras el órgano competente adelantaba el respectivo concurso.

#### SENTENCIA APELADA<sup>8</sup>

Mediante sentencia proferida el 27 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, denegó las pretensiones de la demanda.

Para dilucidar el problema jurídico planteado, identificó la normativa que rige la función notarial y la administración del personal que presta este servicio. En relación con el caso concreto, consideró que no se vulneraron las normas invocadas por la parte demandante, puesto que la aplicación de la causal de retiro bajo estudio está debidamente sustentada y no riñe con las normas que le sirvieron de base para adoptar tal determinación.

En relación con este aspecto, indicó que pese a que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 la selección de los notarios es mediante concurso, ello no impide las designaciones en interinidad, si para el momento en que surge la vacancia no se está adelantando concurso alguno de méritos, salvo que con ello se trate de emplear esta figura para desconocer la obligación de adelantar los respectivos concursos, situación que no se demostró en el plenario.

Seguidamente, consideró que la estabilidad del notario no es absoluta, pues de acuerdo con el artículo 147 del Decreto 690 de 1970, solamente podrá desempeñar el empleo hasta el retiro forzoso, lo cual efectivamente sucedió. Igualmente, precisó que la validez de la causal de retiro aplicada al actor no se comprueba con el nombramiento que posteriormente se hizo en la vacante que surgió, sino con el cumplimiento de los supuestos contenidos en los artículos 71 del Decreto 2148 de 1983 y 1 del Decreto 3047 de 1989, y finalmente, transcribió apartes de la sentencia C-351 de 1995 de la Corte Constitucional en la cual se explica la razón de ser de la existencia de una edad máxima para prestar servicios en la función pública.

#### ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN<sup>9</sup>

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado del señor Mario Fernández Herrera formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual sustentó en lo siguiente:

En primer lugar, describió las normas que rigen la carrera notarial a partir del Decreto 960 de 1970, luego, lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-421 de 2006, sobre el Consejo Superior como ente administrador de dichos concursos y continuó refiriéndose a las normas concordantes y jurisprudencia relevante al tema.

En relación con la vacancia por retiro forzoso, insistió en que solamente puede ser cubierta por un notario en propiedad que haya superado el concurso y el nombramiento en interinidad procede cuando se declare desierto el concurso o cuando no se realice por no haberse presentado el número de aspirantes requerido o el único aspirante no haya aprobado el examen.

Más adelante, expuso que el nombramiento del notario en propiedad por haber superado un concurso le otorga la estabilidad y que la interinidad es solo excepcional. En este sentido, señaló que el entendimiento que debe darse al artículo 147 del Decreto 960 de 1970, que dispone «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», quiere decir, que cuando se presenta una vacante absoluta de notario, debe convocarse al concurso de méritos para hacer la designación en propiedad.

De acuerdo con la anterior interpretación, concluyó que el razonamiento del juez de primera instancia resulta equivocado al admitir que es viable suplir la vacante en interinidad. Además, puso de presente que el artículo 84 del Decreto 2148 de 1983 prevé: «El nombramiento de notario en propiedad no procede sino mediante concurso. La Superintendencia de Notariado y Registro en los casos de notarios de círculos de la primera categoría y la autoridad nominadora en los demás, comunicarán de inmediato al consejo superior de la administración de justicia la necesidad de proveer la vacante por falta absoluta del notario.» (Destacado del texto del recurso).

Así las cosas, expuso que el problema no fue señalar que el retiro del actor operaba dado que había cumplido la edad de retiro, sino haber procedido a realizar un nombramiento en interinidad, pues lo procedente era dar cumplimiento a los artículos 131 de la Constitución Política, 146, 147, 173, 178 y 185 del Decreto 960, de ahí derivó el vicio de falsa motivación del acto acusado, en cuanto la interinidad designada desconoció las normas en que debía fundarse y no señaló las razones de la decisión.

#### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- El Ministerio de Justicia y del Derecho ratificó todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en defensa de la legalidad del acto acusado, en relación con la procedencia del retiro de notarios por cumplimiento de la edad de retiro forzoso y la posibilidad de hacer designaciones en interinidad, ante una vacante definitiva<sup>10</sup>.

- El señor Mario Fernández Herrera insistió en los cargos formulados contra el Decreto 3500 de 2005 y agregó que el *a quo* no valoró la totalidad del material probatorio aportado al plenario<sup>11</sup>.

#### Ministerio Público

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado se pronunció en esta etapa procesal, para solicitar que se confirme la sentencia de primera instancia. En sustento de su concepto, señaló que la autoridad estaba habilitada para disponer el retiro del actor por cumplimiento de la edad de retiro forzoso y si bien se dispone que aquellos empleos deben proveerse a través de concurso de méritos, ello no quiere decir que se encuentran deslegitimadas las figuras del encargo y la interinidad, puesto que el Decreto 960 de 1970 y la Ley 588 de 2000 lo permiten<sup>12</sup>.

#### CONSIDERACIONES

##### Problema jurídico

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿El nombramiento en interinidad de una persona en el cargo de notario, en el cual se ha generado una vacante definitiva dado el retiro de su titular en carrera, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, se configura en causal de nulidad del acto administrativo que así lo decretó?

De ser positiva la respuesta a la anterior, será necesario definir:

2. ¿Cuál es el lapso que debe abarcar la condena de contenido económico en el presente asunto?

3.

##### Primer problema jurídico

¿El nombramiento en interinidad de una persona en el cargo de notario, en el cual se ha generado una vacante definitiva dado el retiro de su titular en carrera, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, se configura en causal de nulidad del acto administrativo que así lo decretó?

##### La edad para los notarios

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 588 del 6 de julio de 2000<sup>13</sup> el notariado es un servicio público que implica el ejercicio de la fe pública, cuyo ejercicio está delimitado de manera objetiva por la ley, por unos rangos mínimos y máximos de edad previstos por ley.

En efecto, en cuanto a la edad como exigencia mínima, el Decreto ley 960 de 1970, indica que para ser notario se debe contar, por lo menos con 30 años, aspecto que ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia.

En efecto, con la finalidad de establecer si el exigir una determinada edad para acceder a cargos públicos vulnera el derecho a la igualdad por ser una medida discriminatoria, la Corte Constitucional admitió que la edad no es tenida como un criterio sospechoso de discriminación<sup>14</sup>, cuando se trata de un requisito mínimo para acceder a un cargo, pero no sucede lo mismo cuando se impone como requisito máximo, ello por cuanto en el primer caso se trata de una situación que todas las personas eventualmente alcanzarán, mientras que en el segundo, se torna en

un rasgo permanente que le impedirá a la persona el ejercicio de determinada labor y adicionalmente porque *«las evidencias sociológicas tienden a mostrar que las prácticas discriminatorias contemporáneas tienden a recaer primariamente sobre aquellas personas que han superado un cierto umbral cronológico»*<sup>15</sup>.

Igualmente, analizó este tópico frente a los fines de la función pública<sup>16</sup> y concluyó que es legítimo buscar personal altamente calificado para desempeñar cargos de alto rango en la estructura del poder público, en ese orden, la edad, además de otros requisitos, es una medida adecuada para determinar si una persona es idónea para ostentar ese tipo de dignidades<sup>17</sup>.

De otra parte, al revisar los antecedentes normativos de la Ley 931 de 2004<sup>18</sup>, se advierte que aquella fue promovida como una medida para contrarrestar prácticas discriminatorias a la población que excede de 30 años, toda vez que las empresas estaban exigiendo dicha edad como rango máximo para su incorporación a empleos a proveer<sup>19</sup>.

Precisamente, fueron estos los aspectos que atendió esta Corporación a través de la Sección Segunda, en la sentencia del 6 de octubre de 2016<sup>20</sup>, para admitir que el requisito en cuestión busca la selección del personal más calificado para desempeñar la función de notario, y el hecho de requerir una edad mínima es una forma de asegurar cierto grado de madurez para asumir la responsabilidad de desarrollar la función pública de dar fe de las actuaciones que se tramitan y se acuerdan ante él<sup>21</sup> que conlleva un innegable interés general<sup>22</sup>, en ese sentido resulta razonable y proporcional al fin que persigue.

Por otra parte, en lo relevante a la edad como límite máximo para el ejercicio de la función notarial, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones», dispuso que los servidores públicos serían retirados del servicio a la edad de 65 años, con el siguiente tenor literal:

ARTICULO 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será 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. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º. del artículo 29 de este Decreto. (Resaltado fuera del texto).

En lo relativo a los notarios, específicamente, el artículo 147 del Estatuto del Notariado, Decreto 960 de 1970, le brinda la garantía de estabilidad a las personas que están nombradas en propiedad hasta su retiro forzoso, dentro de las condiciones de la carrera.

En línea con lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3047 de 1989 «Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 960 de 1970<sup>23</sup>», que en el artículo 1.º, consagró la edad de 65 años de retiro forzoso así:

ARTICULO 1º. Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>. (Resaltado fuera del original).

Ahora, cuando el notario llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso el artículo 182 del Decreto 960 de 1970 ordena que se lo manifieste a la autoridad nominadora, tan pronto como ello ocurra, caso en el cual la separación del servicio se producirá dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal.

En este apartado es conveniente indicar que esta Corporación en el trámite de acciones de cumplimiento que buscaron que se ordenara el retiro de notarios designados en interinidad por haber cumplido la edad de 65 años, consideró que tal causal de separación del cargo opera solamente para quienes se encuentran vinculados al cargo en propiedad, tal y como se desprende de las sentencias del 18 de abril de 2013<sup>26</sup> y del 27 de marzo de 2014<sup>27</sup>.

Formas de vinculación como notario

Las normas específicas que rigen la materia prevén que el nombramiento en el cargo de notario podrá hacerse en propiedad, en interinidad y en encargo, formas de vinculación que, en criterio de la Corte Constitucional, son mecanismos razonables para asegurar la continuidad de dicha función (C-741 de 1998), modalidades que pasan a explicarse:

- En propiedad: El artículo 2 de la Ley 588 de 2000 ordena que el cargo de notario sea provisto mediante el concurso de méritos. Según

el artículo 146 del Decreto 960 de 1970, para desempeñar el cargo en propiedad es necesario acreditar todos los requisitos legales para la correspondiente categoría y haber sido seleccionado mediante concurso.

Esta vinculación implica que la persona, así designada, tenga derecho a no ser suspendida ni destituida sino en los casos y con las formalidades definidas por aquel decreto. Además, como antes se mencionó, el artículo 147 del Decreto 960 de 1970 le confiere garantía de estabilidad en el cargo hasta que opere una causal de retiro forzoso.

- En interinidad: Esta modalidad de vinculación, según lo dispone el artículo 148 del Decreto 960 de 1970, tiene lugar cuando el concurso es declarado desierto, mientras se hace el nombramiento en propiedad y si la causa que motiva el encargo se prolonga más de tres meses, mientras ella subsista o se hace la correspondiente designación en propiedad.

En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley 588 de 200, admite que esta forma de vinculación tiene lugar cuando existe una vacante definitiva y no hay lista de elegibles, mientras se realiza el concurso o cuando este fuere declarado desierto.

- Encargo (art. 145 del Decreto 960 de 1970): Esta figura opera mientras se realiza un nombramiento en interinidad o en propiedad, en los términos del artículo 151 del Decreto 960 de 1970.

Conviene resaltar, que estas últimas formas de designación se constituyen en mecanismos para asegurar la continuidad del servicio notarial, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C- 741 de 1998<sup>28</sup>, al considerar:

«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.»

El caso concreto

En el presente asunto se encuentra demostrado que el señor Mario Fernández Herrera nació el 1 de octubre de 1940 (ff. 83 y 85 C.1) y que se desempeñó como notario 30 del círculo de Bogotá, por virtud del nombramiento efectuado mediante Decreto 2009 del 25 de junio de 1986, del cual tomó posesión el 15 de agosto de esa anualidad (ff. 7-8 C.1).

El presidente de la República confirmó su nombramiento para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, mediante Decreto 254 del 25 de enero de 1990 (ff. 229 a 233 C.1).

Por Resolución 007 del 19 de diciembre de 1989 del Consejo Superior de la Administración de Justicia fue incorporado a la carrera notarial y su nombramiento fue confirmado mediante el Decreto 254 del 25 de enero de 1990 (f. 13 y 240 - 246 C.1).

A través del Decreto 3500 del 4 de octubre de 2005 el Gobierno Nacional dispuso su retiro del cargo de notario y en el artículo segundo nombró en interinidad en aquel cargo al señor Andrés González Angulo (f. 24 C.1).

En el Decreto 2625 del 4 de agosto de 2006 el Ministerio del Interior y Justicia le aceptó la renuncia al señor Andrés González Angulo al cargo de notario 30 de Bogotá y nombró al señor César Negret Mosquera (ff. 111 y 112 C. 1)

Conforme los documentos aportados al plenario, se concluye que el demandante fue retirado del cargo de notario por cuanto cumplió 65 años de edad, situación que como se vio, se constituye en una causal objetiva de retiro para los notarios.

De otra parte, en relación con la designación en interinidad en el cargo que quedó vacante definitivamente, como consecuencia del retiro del señor Fernández Herrera, se observa, en primer lugar, que este no probó que su reemplazo no cumpliera los requisitos para el desempeño del cargo.

En segundo lugar, sobre la motivación del nombramiento en interinidad, luego de la decisión de retiro debe señalarse que aquella está dada por la ley y consiste, precisamente, en la de dar continuidad al servicio notarial ante la vacante que se genera con ocasión del retiro definitivo del titular del cargo, pero ello no implica que al retiro de una persona que se encontraba inscrita en la carrera notarial, solamente pueda proveerse el empleo con quien superó el concurso de méritos, sino que puede acudirse a las demás modalidades de vinculación, antes vistas; incluso, se podría presentar el evento descrito en el artículo 187 del Decreto 960 de 1970, que señala «Las personas retiradas forzosamente por edad, podrán desempeñar Notaría en interinidad o por encargo», de lo cual se infiere:

1. Que quien cumple la edad de retiro forzoso debe ser retirado del cargo, aunque no se hubiera adelantado un concurso de méritos para seleccionar al nuevo titular.

2. Que es viable que dicho reemplazo se surta mediante nombramientos en interinidad o por encargo y no solamente en propiedad.



En este sentido, conviene invocar las consideraciones compartidas por esta Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 1999<sup>29</sup>, según las cuales una situación como la descrita no conlleva la anulación del acto de retiro, en los siguientes términos:

«El dejar de convocar a concurso, para hacer la provisión del cargo en propiedad, que era obligación de la Administración, podría generar una responsabilidad de tipo disciplinario, pero de ninguna manera constituir causal de anulación del acto del nombramiento del reemplazo del actor, pues obvio es entender, que como debía ser retirado del servicio por haber llegado a la edad retiro forzoso. El Gobierno Nacional debía designar su reemplazo en interinidad, mientras se efectuaba el concurso indispensable para hacer el nombramiento en propiedad.»

Con todo lo dicho, queda desvirtuado el argumento de ilegalidad contra el acto acusado, expuesto por el señor Mario Fernández Herrera.

En conclusión: El nombramiento en interinidad en el cargo de notario, con ocasión del retiro del titular por haber llegado a la edad de retiro forzoso, no se configura en causal de nulidad del acto administrativo que así lo dispone.

Decisión de segunda instancia

Establecido como está, que no se configura la nulidad del acto administrativo demandado, la Subsección no estudiará el segundo problema jurídico planteado, toda vez que está relacionado con un eventual restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto la Subsección considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 27 de noviembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por Mario Fernández Herrera contra la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia.

Reconocimiento de personería

Se reconocerá personería a la doctora Ligia Patricia Aguirre Cubides, identificada con c.c. 52.027.521 y tarjeta profesional 114521 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Nación, Ministerio de Justicia y del Derecho, conforme el poder conferido visible en el folio 406 del cuaderno principal.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFÍRMESE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión el día 27 de noviembre de 2012, que denegó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Mario Fernández Herrera en contra de la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia.

Segundo: Reconocer personería a la doctora Ligia Patricia Aguirre Cubides, identificada con c.c. 52.027.521 y tarjeta profesional 114521 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Nación, Ministerio de Justicia y del Derecho, conforme el poder conferido visible en el folio 406 del cuaderno principal.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ    RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por medio de la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011 se escindió el Ministerio de Interior y de Justicia y se reorganizó el Ministerio del Interior (art. 2.º) y se creó el Ministerio de Justicia y del Derecho.

2 Ver corrección de demanda que obra en los folios 116 a 137 del cuaderno principal admitida en auto del 19 de junio de 2007 (f. 171 C. Ppal.)

3 Dentro del radicado interno 3340-2001.

4 En sustento de su afirmación citó apartes de la sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de mayo de 1999, radicación: 17205, actor: Joaquín Caro Escallon.

5 Notario Treinta del Círculo de Bogotá.

6 En relación con la calidad en la que interviene el señor Cesar Negret Mosquera al proceso se aclara que en auto del 6 de agosto de 2007 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, le reconoció la calidad de tercero que puede resultar afectado con la sentencia, quien interviene de manera voluntaria y no de demandado.

7 Folios 355 a 359.

8 Folios 366 a 383.

9 Folios 385 a 397.

10 Folios 411 a 415.

11 Folios 416 a 436.

12 Folios 488 a 444.

13 Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

14 En la sentencia C-481 de 1998, se establecieron como criterios sospechosos los siguientes: «[...] (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales [...]»

15 C-093 de 2001.

16 Artículo 209 de la Constitución Política.

17 Sentencia C-452 de 2005.

18 Gaceta del Congreso N.º 412 del 19 de agosto de 2003. Proyecto de ley n.º 68 de 2003 Senado.

19 Gaceta del Congreso N.º 470 del 15 de septiembre de 2003.

20 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de octubre de 2016 Radicado: 110010325000201100286 00 (1070-2011), Actor: Ermides Rafael Fontalvo Díaz.

21 El Decreto 2163 del 9 de noviembre de 1970, por el cual se oficializó el servicio de notariado, dispone: «ARTÍCULO 1o El notariado es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para fines y con los efectos consagrados en las leyes. El notariado forma parte de la Rama Ejecutiva, y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el Notario y 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.»

22 Sentencia C-177 de 2009

23 Estatuto de Notariado y Registro

24 Demanda de nulidad contra el aparte resaltado. Negada. Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente No. 00151-01 de 30 de abril de 2009.

25 Aparte tachado declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda mediante Sentencia de 23 de marzo de 1993, Expediente No. 5348.

26 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de abril de 2013, Radicación: 25000-23-41-000-2012-00075-01(ACU), Actor: Geofredo Julca Cevallos.

27 Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 27 de marzo de 2014, Radicación: 25000-23-41-000-2012-00583-01(ACU), Actor: Jeimmy Lorena Silva Fiaga y sentencia de la misma fecha, radicación: 25000-23-41-000-2012-00494-01(ACU), Actor: Humberto Antonio Sanchez Carrasquilla.

28 En esta providencia la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 1 de la Ley 29 de 1973, 145, 147, 161 y 164 del Decreto 960 de 1970.

29 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de mayo de 1000, radicación: 17205, actor: Joaquín Caro Escallón.

Relatoria JORM

---

*Fecha y hora de creación: 2025-01-02 23:19:30*