

NOTARIO - Retiro del servicio / RETIRO DEL SERVICIO DE NOTARIO - Edad de retiro forzoso / EDAD DE RETIRO FORZOSO - Para los notarios la edad de 65 años / DERECHO ADQUIRIDO - Es el que se consolida con justo título, con protección de la ley, y se incorpora al patrimonio de la persona / LEY DEROGADA - Pérdida de justo título

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 la edad de retiro forzoso en los 65 años. "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". Respecto de los notarios, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3047 de 1989 "Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 960 de 1970", que en su artículo 1º, consagró la edad de 65 años de retiro forzoso. De las pruebas reportadas, es indiscutible que el actor se encontraba en carrera notarial y que próximo a cumplir los 65 años, echo mano del artículo 14 de la Ley 490 de 1998, para solicitar de manera voluntaria que se le permitiera prorrogar el ejercicio de su labor hasta los 70 años, edad que conforme a esa norma se constituía en el retiro forzoso. Esta petición fue respondida por la Superintendencia de Notariado y Registro y la Presidencia de la República, generando que el señor Montoya entendiera que podía continuar en el ejercicio del cargo, hasta cuando fue desvinculado del servicio por medio del Decreto 1294 de 2002, por haber cumplido 65 años de edad. La decisión de retiro, se sustentó en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política, artículos 181 y 182 del Decreto 960 de 1970, 5 del Decreto 2163 de 1970, 66 y 74 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983 y 10 del Decreto 3047 de 1989, que estableció como edad de retiro forzoso para los Notarios, la de 65 años, disposición que puede aplicarse de oficio o a solicitud de parte, entre otros. Si el demandante como se señaló, tuvo respaldo aparente para traspasar el límite de edad de retiro forzoso en una ley que luego fue declarada inexecutable, -no hubo derogatoria ni se creo una ley nueva-, significa, que el soporte jurídico de su derecho se diluyó, porque perdió su justo título, lo que indefectiblemente evidencia, que el tiempo restante para cumplir la edad era una mera expectativa y no un derecho adquirido. No obstante, debe advertir la Sala que en su haber si existe un derecho consolidado, que se puntualiza en el tiempo laborado desde el momento en que se declaró la inexecutable de la Ley 490 de 1998 - 1 de noviembre de 1999 - y su retiro -, o mejor aún, desde el momento en que cumplió los 65 años, hasta su desvinculación, que es intangible y no se puede lesionar o desconocer. De otro lado, es importante aclarar que la sentencia C- 644 de 1999, que declaró la inexecutable del artículo 14 la Ley 490 de 1998, tiene dos connotaciones: primero, que además de ser erga omnes, sus efectos, son hacia el futuro, porque la sentencia de la Corte Constitucional no señaló que fueran retroactivos, de manera que se aplica la regla general. Y segundo lugar, porque, revivió el Decreto 2400 de 1968 que indicaba, que la edad de retiro forzoso era de 65 años para todos los empleados, con excepción de los contemplados en el artículo 29 ídem, es decir, el Presidente de la República, ministro de despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general del ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos, entre otros, sin contemplar en tales excepciones a los notarios. De otro lado y el más importante, el Decreto 1294 de 2002 que retiró del servicio al demandante- se fundamentó entre otras disposiciones, en el Decreto 3047 de 1989 – que fue transcrito en asertos anteriores-, reglamentario del

Decreto Ley 960 de 1970, norma específica para los notarios, que también estableció la misma edad de retiro forzoso para esos sujetos pasivos, aplicable en ese momento para el actor, dado que a la fecha de su expedición como se reitera, su edad estaba superada con creces, por que contaba con casi 68 años de edad, de manera que, el decreto de retiro cuestionado estuvo ajustado a la legalidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1294 DE 2002 / DECRETO 3047 DE 1989 / DECRETO 960 DE 1970

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 1999, MP. José Gregorio Hernández.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., primero (01) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-05925-01(0899-08)

Actor: MARIO MONTOYA GOMEZ

Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la Sentencia del 16 de noviembre de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario iniciado por **MARIO MONTOYA GÓMEZ** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**.

ANTECEDENTES

El actor por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra el Ministerio del Interior y de Justicia, para que se declarara la nulidad del artículo 1° del Decreto 1294 del 20 de junio de 2002, suscrito por el Ministro de Justicia y del Derecho, que lo retiró del servicio notarial.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la Nación a indemnizarlo por los perjuicios morales y materiales causados por privarlo de un derecho adquirido; a pagarle los ingresos y demás emolumentos dejados de percibir desde su retiro del servicio y hasta cuando se cumpla la fecha en que debería haber sido retirado efectivamente; a reconocerle y pagarle los intereses legales que se causen desde la ejecutoria de la sentencia que de fin al presente proceso y cumplir la sentencia dentro del término legal; lo anterior en el marco de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como **hechos** soporte de la acción señaló los siguientes:

Contó el actor, que con posterioridad a presentarse a un concurso abierto y público, mediante el Decreto No. 2726 de septiembre 23 de 1983, fue nombrado Notario 21 del Círculo de Bogotá, por haber obtenido el mayor puntaje en dicho concurso.

Indicó, que con la Resolución No. 007 de diciembre 19 de 1989 proferida por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, fue incorporado a la carrera notarial, lo cual le fue notificado con el Oficio No. 15366 del 21 de diciembre de 1989.

Relató, que con la expedición de la Ley 490 de 30 de diciembre de 1998, se dispuso en su artículo 14 lo siguiente: *“El artículo 31, del Decreto 2400 de 1968, quedará así: todo servidor público o empleado que sea funcionario del Estado o que ejerza funciones públicas y que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. No obstante, si por decisión libre y voluntaria del mismo, manifiesta al nominador su deseo (sic) en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años [...]”*.

Acorde con lo dispuesto en el artículo transcrito, con 64 años de

edad, elaboró 3 comunicaciones con destino al Ministro de Justicia, al Superintendente de Notariado y Registro y al nominador, que en este caso es el Presidente de la República, informándoles que atendiendo a que en agosto 21 de 1999, cumplía 65 años de edad, manifestaba su deseo de continuar en el servicio notarial hasta el año 2005 inclusive. A esta comunicación se le dio respuesta mediante el Oficio DSN 007821 de mayo 27 de 1999 suscrito por el Superintendente de Notariado y Registro, participándole que efectivamente reunía los requisitos del artículo 14 de la Ley 490 de 1998 y por ende podía continuar en el servicio hasta cumplir 70 años de edad; de este oficio se envió copia al nominador.

La sentencia C-644 de 1999 de la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 14 de la Ley 490 de 1998 por resultar violatorio del principio de unidad de materia; lo que generó que el Presidente de la República lo retirara del servicio notarial, el 20 junio de 2002 mediante Decreto 1294 publicado en el Diario oficial No. 44.846. La Superintendencia de Notariado y Registro en Oficio DSN 006767 de julio 3 de 2002, le informó la decisión tomada.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Nacional artículos 2 y 58.

Ley 490 de 1998 artículo 14.

Fundamentó la nulidad invocada en el cargo de: **Infracción de normas superiores en que debía fundarse:** Soportado, en que el acto administrativo demandado, desconoció la existencia de derechos adquiridos, subjetivos y preexistentes en virtud de la Ley 490 de 1998 en su artículo 14, aplicando en su lugar una norma impertinente a saber: Decreto 3047 de 1989, artículo 1, el cual dispone que los notarios deben ser retirados forzosamente del servicio a los 65 años.

Expresó, que su derecho adquirido surgió a partir de que libremente manifestó al nominador, querer permanecer en el cargo de Notario 21 del Círculo de Bogotá hasta cumplir los 70 años de edad, de conformidad con la Ley 490 de

1998, artículo 14.

Afirmó, que la declaración de inexecutable del artículo 14 de la Ley 490 de 1998 no podía afectar su derecho adquirido y que en virtud del principio de legalidad se exige un control de los actos administrativos, los cuales deben estudiarse a la luz de la norma aplicable al caso; de lo que se extrae, que su situación jurídica es de carácter particular y concreto, donde los efectos ya producidos se rigen por la ley preexistente. Señala, que lo anterior está contenido en el artículo 58 constitucional que dispone: *“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores [...]”*.

Finalmente, estima que el acto demandado no atiende a los fines esenciales del Estado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepción la ineptitud sustancial, recalando que el fundamento jurídico del libelo es una norma inexistente en el ordenamiento jurídico, a saber: el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, el cual fue declarado inexecutable por la Sentencia C-644 de 1999.

Replicó, que el Decreto 3047 de 1989 es una norma especial, que en su artículo 1° aborda el retiro forzoso de los notarios y dispone que éste debe efectuarse cuando los mismos cumplan 65 años de edad. Sostuvo, que la norma en mención es precisamente el fundamento de la decisión de la administración y no desconoció como insiste el demandante, el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, que cabe resaltar no se encontraba vigente al momento de la expedición del acto administrativo que ordenó el retiro del servicio.

Añadió, que el Legislador cuenta con el poder de configuración en

virtud del cual puede establecer causales adicionales a las previstas en la Constitución política para terminar la relación laboral de los servidores públicos, dentro de los límites fijados por la Ley 793 de 2003 artículo 9. En efecto, la Corte Constitucional¹ ha hecho énfasis en que la fijación de un término de duración de las personas en un cargo de la administración, no constituye un menoscabo a sus derechos de acceso al trabajo y mínimo vital, entre otros.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, notificó el auto admisorio de la demanda a la señora Adriana Cuellar Arango, notaria nombrada en interinidad en el cargo ocupado por el demandante, por considerar que le asistía interés en el proceso y por tanto debía integrar la parte demandada. Por lo anterior, se hizo parte a través de apoderado judicial oponiéndose a cada una de las pretensiones.

Partió de la base que los Decretos 3047 de 1989 y 2400 de 1968, consagran el régimen de edad de retiro forzoso para servidores públicos, el cual se efectúa a los 65 años de edad; sin embargo, afirmó que en virtud de la vigencia del artículo 14 de la Ley 490 de 1998, se estableció una excepción a dicho régimen, norma que posteriormente fue declarada inexecutable por medio de la sentencia C-644 de 1999. Como consecuencia de lo anterior, no puede afirmarse que una vez aconteció la declaratoria de inexecutable, se crearon derechos adquiridos para las personas que se acogieron a tal excepción, pues al acaecer la inconstitucionalidad de la disposición, no se deriva efecto jurídico alguno; de lo que se concluye, que la demanda incoada carece de fundamento jurídico.

Recalcó que el acto administrativo demandado, estuvo acorde a la normatividad vigente y su aplicación se realizó con efectos hacia el futuro, pues pese a ordenar el retiro del demandante, respetó sus derechos adquiridos, como fueron los ingresos dinerarios que ingresaron a su haber desde sus 65 años de edad hasta los 67 y no se le ordenó reintegrarlos. Explicó, que al demandante le quedaba una mera expectativa de trabajar al servicio de la fe pública, que quedó desvanecida con la inexecutable de la norma, por lo que recuerda que la Ley 153 de 1887 establece que: *“las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule ó cercene”*.

Finalmente, advirtió que no procede por ningún motivo el reintegro del actor al cargo y que si llega a prosperar la demanda, no puede tener efectos sobre

¹ Sentencia C-644 de 1999, C-1073 de 2003 y 351 de 1995

su nombramiento, que fue efectuado por un acto independiente al de remoción.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimó las pretensiones de la demanda.

Consideró, que siendo un hecho que el demandante se acogió a la excepción al régimen de retiro forzoso, consagrada en el artículo 14 de la Ley 490 de 1998 y que cumplió con los requisitos para continuar en el servicio notarial hasta los 70 años de edad según lo dispuesto en dicha norma, también es cierto, que cuando se declaró inexecutable tal disposición, aun no había producido todos sus efectos a la luz del artículo 149 Constitucional, que estipula que las leyes que hayan sido aprobadas por el Congreso que no se circunscriban a la Constitución Política carecen de validez; lo que arroja como resultado que las manifestaciones voluntarias con miras a la permanencia en el servicio notarial hasta los 70 años que se realizaron para evitar el retiro forzoso, en virtud de la aludida norma, carecen de validez desde la entrada en vigencia de dicha disposición, por tanto, no hay lugar a la configuración de derechos subjetivos.

Afirmó, que la Corte Constitucional ha sostenido que los efectos de la declaratoria de inexecutable no siempre son hacia futuro, pues cabe la posibilidad de que tenga algunos hacia el pasado, si la norma expulsada del ordenamiento jurídico era contraria a la Constitución; en estos casos la disyuntiva tiene solución en una ponderación frente al caso concreto, entre los principios de supremacía constitucional y seguridad jurídica.

Finalmente, expuso que la función notarial está regida por normas especiales para tal fin, por lo que se presentan dos situaciones generadas por el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, que el demandante invoca como aplicable a su caso y afirma que fue desconocido por el acto administrativo que lo retiró del servicio y son: primera, no aplica al servicio notarial por no ser una norma especial que regule dicho campo y segunda, fue declarado inexecutable. Por este motivo concluye, que la administración actuó de acuerdo a las normas superiores y que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

LA APELACIÓN

En su debida oportunidad procesal, la parte demandante interpuso recurso de apelación.

En aras de que se revoque la sentencia, el apelante argumentó que el fallo recurrido centra su motivación, de acuerdo con el artículo 149 de la C.P., en que el artículo 14 de la Ley 490 de 1998 desde su entrada en vigencia se encontraba viciado de nulidad, por lo que no producía efecto alguno, esto independientemente de la declaratoria de inexecutable. Sin embargo, advierte que yerra el Tribunal en atención a que el artículo 149 constitucional, no guarda relación con los efectos que han de tener las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, al contrario, hace referencia al funcionamiento de la Rama Legislativa.

Aseveró, que el razonamiento del a quo es precario y desconoce la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996, que en su artículo 41 dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones, tienen efectos hacia el futuro, con excepción de que la misma Corporación resuelva lo contrario. En el sub lite, la sentencia C-644 de 1999 pese a declarar la inexecutable del artículo 14 de la Ley 490 de 1998, guarda silencio sobre los efectos de dicha providencia, por lo que no hay lugar a que se entienda que sus efectos son retroactivos, como lo afirmó el tribunal.

Agregó, que el fallo apelado confunde los conceptos de nulidad e inexecutable; además aseguró, que la disposición declarada inexecutable existió, fue válida jurídicamente y mientras estuvo vigente cobijó la creación de situaciones jurídicas que deben ser preservadas, en virtud de los principios de buena fe y confianza legítima.

ALEGATOS

Del demandante

La parte demandante, reiteró lo expresado en el recurso de apelación, y añadió que en el presente caso, el Gobierno Nacional no contó con su aprobación, ni tramitó la acción de lesividad a la que había lugar, frente a su propio acto administrativo, vulnerando así sus derechos y situaciones jurídicas particulares.

Agregó, que la facultad consagrada en el artículo 189, ord. 13, no le permite al Presidente de la República desvincularlo de la carrera notarial, pues accedió a su cargo mediante concurso. Además, que el a quo, hizo una indebida interpretación de la aplicación del artículo 149 de la C.N., confundió los conceptos de inexecuibilidad y nulidad y no aplicó el principio de la buena fe y la confianza legítima.

De Adriana Cuellar Arango

Insistió en los argumentos expuestos en anteriores oportunidades procesales, para solicitar que se desestimen las pretensiones. Expresó, que en caso de una eventual prosperidad de la demanda, se advierta que no se afectan sus derechos, habida cuenta que ella ingresó a la notaría por concurso, que se encuentra en propiedad y de ningún modo procede el reintegro.

Concepto del Ministerio Público

Luego de hacer un recuento de las normas que soportan la controversia y un análisis sobre las mismas, la agencia fiscal solicitó que se confirme la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda.

Agotado el trámite procesal y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Acto demandado:

Corresponde al artículo primero del Decreto 1294 de 20 de junio de 2002 “*Por el cual se retira del servicio a un Notario y se efectúa un nombramiento en*

interinidad”, que en su parte resolutive dispone “**ARTÍCULO PRIMERO. Retirar del servicio al doctor MARIO MONTOYA GÓMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 150.010 expedida en Bogotá, Notario 21 del Círculo de Bogotá, D.C.**”

Problema jurídico

Debe resolver la Sala, si al expedirse el acto demandado se desconoció el derecho adquirido del doctor Mario Montoya Gómez, Notario 21 del Círculo de Bogotá, a permanecer en el cargo hasta los 70 años, dado que se había acogido voluntariamente a lo dispuesto por la Ley 490 de 1998, que estableció una excepción a la edad de retiro forzoso.

Para decidir la controversia se revisará el marco jurídico del caso *sub examine*, las comunicaciones “que soportan” el derecho adquirido de Mario Montoya Gómez, remitidas por la Presidencia de la República y la Superintendencia de Notariado y Registro, las pruebas allegadas al proceso y el concepto de derecho adquirido.

Marco jurídico:

1. 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 la edad de retiro forzoso en los 65 años.

“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).

2. Respecto de los notarios, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3047 de 1989 "Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 960 de 1970²", que en su artículo 1°, consagró la edad de 65 años de retiro forzoso así:

"ARTICULO 1°. <Aparte subrayado NULO> **Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años³.** 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 curso⁴". (Resaltado no es del original).

3. Luego se profirió el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, "Por la cual se transforma la Caja Nacional de Previsión Social de Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado y se dictan otras disposiciones", al cual se acogió el actor y que estableció:

"Artículo 14. Todo servidor público o empleado que sea funcionario del Estado o que ejerza funciones públicas y que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. No obstante, si por decisión libre y voluntaria del mismo, manifiesta al nominador su deseo de en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años.

Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

La remuneración y la pensión serán incompatibles para quienes se acojan a esta norma".

4. El artículo precedente, fue declarado inexecutable⁵ por violación al principio de unidad de materia, en atención a que:

"La Corte debe subrayar aquí como inadmisibile, desde el punto de

² Estatuto de Notariado y Registro

³ Demanda de nulidad contra el aparte resaltado. Negada. Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente No. 00151-01 de 30 de abril de 2009, Consejero Ponente Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁴ Aparte tachado declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda mediante Sentencia de 23 de marzo de 1993, Expediente No. 5348, Consejero Ponente Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

⁵ Sentencia C-644 de 1 de Septiembre de 1999 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

vista constitucional, que, a propósito del ejercicio de las atribuciones propias del Congreso, se aproveche el número considerable de artículos integrantes de un proyecto para introducir en él, de manera subrepticia, reglas cuyo contenido, por ser enteramente extraño a la esencia del mismo, distorsionan sus alcances, rompen su armonía y, de paso, modifican antitécnicamente normas pertenecientes a leyes en vigor, dislocándolas también, sin ponderación ni juicio. En criterio de la Corte, resulta imperativa la observancia exacta de los mandatos contenidos en los artículos 158 y 169 de la Constitución. Resulta ostensible -sin que pueda afirmarse en contra, ni siquiera en gracia de la discusión, que existe un hilo conductor entre el tema general que domina la Ley 490 de 1998 y la del precepto enjuiciado- que mientras aquélla hace referencia a la reestructuración de la Caja Nacional de Previsión Social y a las consecuencias que ella comporta, la disposición demandada modifica el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, norma de carácter general que fija la edad de retiro forzoso para los servidores públicos y que no tiene relación de ninguna clase con la señalada reestructuración, único objeto del conjunto normativo del cual hace parte. (...)

No encuentra la Sala relación alguna entre la norma acusada, que, como bien lo señalan el demandante y el Procurador, pretende desarrollar la atribución legislativa señalada en el artículo 150, numeral 7, de la Carta Política, y el resto del articulado de la Ley 490 de 1998, destinado a modificar las disposiciones legales que venían rigiendo en una materia extraña a ese propósito esencial del estatuto, cual es la edad de retiro forzoso de los servidores públicos”.

En cuanto al aspecto probatorio.

Se tienen los siguientes escritos que prueban el trámite adelantado por el actor ante las diferentes entidades con respecto al objeto del litigio:

El Dr. Mario Montoya Gómez, manifestó al Ministro de Justicia, al Superintendente de Notariado y Registro y al Presidente de la República, su deseo de permanecer en el cargo hasta cumplir 70 años de edad, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 490 de 1998 (fls.30 – 32).

El Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, con oficio de 5 de marzo de 1999, contestó al Dr. Mario Montoya Gómez (fl. 33).

El Superintendente de Notariado y Registro, a través del oficio de 27 de mayo de 1999, respondió la solicitud de prórroga (fl. 34).

Partida eclesiástica que demuestra que el Dr. Mario Montoya Gómez, que nació el 21 de agosto de 1934 (fl. 2)

Oficio 15366 de diciembre 20 de 1989, en donde le comunican que fue incorporado a la carrera notarial (fl. 13).

Finalmente, se encuentra el Decreto No. 1294 del 20 de junio de 2002, por el cual se retiró del servicio al Dr. Mario Montoya Gómez y se efectuó un nombramiento en interinidad (fl. 35).

De las pruebas reportadas, es indiscutible que el actor se encontraba en carrera notarial y que próximo a cumplir los 65 años, echo mano del artículo 14 de la Ley 490 de 1998, para solicitar de manera voluntaria que se le permitiera prorrogar el ejercicio de su labor hasta los 70 años, edad que conforme a esa norma se constituía en el retiro forzoso. Esta petición fue respondida por la Superintendencia de Notariado y Registro y la Presidencia de la República, generando que el señor Montoya entendiera que podía continuar en el ejercicio del cargo, hasta cuando fue desvinculado del servicio por medio del Decreto 1294 de 2002, por haber cumplido 65 años de edad.

La decisión de retiro, se sustentó en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política, artículos 181 y 182 del Decreto 960 de 1970, 5 del Decreto 2163 de 1970, 66 y 74 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983 y 10 del Decreto 3047 de 1989, que estableció como edad de retiro forzoso para los Notarios, la de 65 años, disposición que puede aplicarse de oficio o a solicitud de parte, entre otros.

Considera el demandante, que la actuación del Gobierno Nacional debe ser declarada nula, porque se violó un derecho adquirido y reconocido en virtud de la Ley 490 de 1988, que para la época de su petición se encontraba vigente y que le concedió prórroga hasta los 70 años.

En el caso concreto, el Notario 21 del Circulo de Bogotá continuó en el ejercicio de su función fedataria, con base en citada ley, que fue el fundamento de su petición, sin embargo, encuentra la Sala que la comunicación del Secretario Jurídico de la Presidencia (fl. 33) y del Superintendente de Notariado y Registro (fl. 34), no son claras en tal autorización o por lo menos, no hay una comunicación del **nominador**, que es el **Presidente de la República**, que acepte en las condiciones

depreciadas por el demandante, la continuidad de la función notarial hasta los 70 años.

Veamos las **comunicaciones respondidas al notario conforme a su solicitud**:

El 5 de marzo de 1999, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República de Colombia le respondió mediante oficio 4948 lo siguiente (fl. 33):

“Respetado doctor Montoya:

Por instrucciones del señor Presidente de la República, con toda atención me permito acusar recibo de su comunicación radicada en este Despacho el día 1 de marzo de 1999, mediante la cual expresa su voluntad de permanecer en el cargo de Notario Veintiuno del Círculo de Bogotá, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 490 de 1998.

Sobre el particular quiero informarle que se dispuso traslado del oficio citado al Ministerio de la Justicia y del Derecho y a la Superintendencia de Notariado y Registro, para que dichas entidades tengan en cuenta su petición, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo”. (Resaltado fuera del texto)

A su vez, el Superintendente de Notariado y Registro, José Esmeral Barros, mediante oficio 007821 de 27 de mayo de 1999, le respondió:

“Respetado doctor Montoya Gómez:

La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República dio traslado a esta entidad de la copia de la comunicación dirigida por usted al señor Presidente, mediante la cual manifiesta su deseo de seguir en el ejercicio de las funciones que viene desempeñando, hasta cumplir la edad de setenta (70) años.

Habiendo constatado en su partida de bautismo, que el próximo veintiuno (21) de agosto del presente año, cumplirá la edad de sesenta y cinco (65) y manifestado al señor Presidente de la República, como nominador del cargo, su decisión libre y voluntaria de continuar en el ejercicio de éste, se estableció que reúne los presupuestos consagrados en el artículo 14 de la Ley 490 de 1998 para poder continuar en el mismo, hasta cumplir la edad de setenta (70) años.

Su deseo de continuar en el cargo que desempeña, es motivo de orgullo para el Gobierno Nacional, para la Superintendencia y para el Notariado Colombiano, pues sus dotes sapienciales y de maestrías propios de la amplitud de

su ejercicio fedatario en el tiempo, se constituyen en prenda de garantía de la majestad, dignidad y eficacia que orientan la actividad que usted regenta.

Finalmente, le informo que copia de esta comunicación será remitida al señor Presidente de la República, como nominador del cargo que desempeña.” (fl. 34)

Es indudable, que el Superintendente de Notariado y Registro no era el funcionario competente para decidir si se daba aplicación a la Ley 490 de 1998, porque tal decisión era de la órbita del nominador, quien debía aceptar o rechazar la pretensión, para dejar expresa su voluntad por medio de un acto administrativo, que respetara el debido proceso conforme a lo dispuesto en el artículo 50 del C.C.A.

De la comunicación del Superintendente se puede derivar el alcance de la respuesta, esto es, que a manera de concepto señaló que el Notario 21 del Círculo de Bogotá, reunía los requisitos de la norma citada, y que por tanto, le enviaba al **nominador**, es decir, **al Presidente de la República** copia de la misma. No podía hacer otra cosa, porque no se demostró delegación para que la Superintendencia decidiera el tema en calidad de nominador, solo se le trasladó el escrito para que respondiera conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del C.C.A.

En lo que hace parte del acervo probatorio no se demostró que tal acto se hubiera producido, ni tampoco fue citado en el acápite de los hechos por el actor, de manera que la Sala no tiene otra opción que entender que ese acto no se profirió.

En conclusión, dado que no hay un acto que permitió la continuidad del demandante en su cargo hasta los 70 años, el Decreto 1294 de 2002 que ordenó el retiro del Dr. Mario Montoya Gómez, no adolece de nulidad, porque está soportado en las normas especiales que disponen que la edad de retiro forzoso para los notarios es a los 65 años y él, tal y como así lo acepta y como se deriva de los documentos allegados al expediente, ya los había cumplido para ese momento, argumento suficiente para confirmar la decisión del a quo.

No obstante, si en gracia de discusión se acepta que el Gobierno Nacional admitió su continuidad por un acto presunto, dado que continuó en el ejercicio del cargo por más tiempo, debe señalar la Sala, que tampoco tenía el actor un derecho adquirido conforme a las siguientes reflexiones.

Derecho adquirido.

Si bien es discutible si la Ley 490 de 1998 era o no aplicable a los notarios por tener este régimen especial, no encuentra la Sala pertinente resolver tal cuestionamiento porque no es este el punto central de la controversia, sino como ya se expuso, es la existencia no un derecho adquirido.

El artículo 58 Superior garantiza "...los derechos adquiridos con arreglo a las leyes...". La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado ampliamente de este concepto.

Por ejemplo, los hermanos Mazeaud encuentran justificada la diferencia hecha por la doctrina clásica entre derecho adquirido y expectativa. Para ellos, es derecho adquirido aquél "*que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente*" y, expectativa, "*es una esperanza no realizada todavía*"; por tanto, "*los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva: ésta no podría privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo, a la inversa, las simples expectativas ceden ante la ley nueva, que puede atentar contra ellas y dejarlas sin efecto*", y advierten que "*la necesidad de seguridad está suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado, y las simples expectativas deben ceder ante una ley que se supone más justa*"⁶.

Lo anterior se concreta, en que los derechos adquiridos que se protegen, son aquellos que se han consolidado con justo título y con protección de la ley y que se ha incorporado al patrimonio de la persona. Es decir, que los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, dado que una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior, con la excepción contemplada en nuestra Constitución al principio de la irretroactividad de la ley, al consagrar la favorabilidad de las normas penales, en el artículo 29, así: "*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*".

⁶ Lecciones de Derecho Civil. Tomo I.

Si el demandante como se señaló, tuvo respaldo aparente para traspasar el límite de edad de retiro forzoso en una ley que luego fue declarada inexecutable, -no hubo derogatoria ni se creó una ley nueva-, significa, que el soporte jurídico de su derecho se diluyó, porque perdió su justo título, lo que indefectiblemente evidencia, que el tiempo restante para cumplir la edad era una mera expectativa y no un derecho adquirido. No obstante, debe advertir la Sala que en su haber **si** existe un derecho consolidado, que se puntualiza en el tiempo laborado desde el momento en que se declaró la inexecutable de la Ley 490 de 1998 - 1 de noviembre de 1999 - y su retiro -, o mejor aún, desde el momento en que cumplió los 65 años, hasta su desvinculación, que es intangible y no se puede lesionar o desconocer.

De otro lado, es importante aclarar que la sentencia C- 644 de 1999, que declaró la inexecutable del artículo 14 de la Ley 490 de 1998, tiene dos connotaciones: primero, que además de ser erga omnes, sus efectos, son hacia el futuro, porque la sentencia de la Corte Constitucional no señaló que fueran retroactivos, de manera que se aplica la regla general. Y segundo lugar, porque, revivió el Decreto 2400 de 1968 que indicaba, que la edad de retiro forzoso era de 65 años para todos los empleados, con excepción de los contemplados en el artículo 29 ídem, es decir, el Presidente de la República, ministro de despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general del ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos, entre otros, sin contemplar en tales excepciones a los notarios.

De otro lado y el más importante, el Decreto 1294 de 2002 que retiró del servicio al demandante- se fundamentó entre otras disposiciones, en el Decreto 3047 de 1989 – que fue transcrito en asertos anteriores-, reglamentario del Decreto Ley 960 de 1970, norma específica para los notarios, que también estableció la misma edad de retiro forzoso para esos sujetos pasivos, aplicable en ese momento para el actor, dado que a la fecha de su expedición como se reitera, su edad estaba superada con creces, por que contaba con casi 68 años de edad, de manera que, el decreto de retiro cuestionado estuvo ajustado a la legalidad.

Dentro del último contexto analizado debe agregarse, que no se violó el principio de confianza legítima porque el Estado no alteró las condiciones, ni las reglas de juego que regulaban la relación laboral; el cambio sobrevino como es

conocido por el actor, de una declaratoria de inexequibilidad que desapareció del ordenamiento jurídico la norma que le concedió según su entender, una prórroga en el ejercicio laboral.

En este orden de ideas, la Sala considera que las razones expuestas son suficientes para confirmar el fallo del Tribunal de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de dieciséis (16) de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso iniciado por el señor MARIO MONTOYA GÓMEZ, que negó las pretensiones de la demanda.

Devuélvase al Tribunal de origen.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Impedido

ALFONSO VARGAS RINCÓN