

**CONFIRMACION DE NOMBRAMIENTO - Concepto. Acto que hace parte del nombramiento. Debe ser demandado con el nombramiento / CONFIRMACION DE NOMBRAMIENTO - Conteo de caducidad de la acción electoral / NOMBRAMIENTO - Confirmación: Concepto. Conteo de caducidad de la acción electoral**

“Designar es “...señalar o destinar una persona o cosa para determinado fin...” lo que en el ámbito de la función pública se equipara al nombramiento o elección.- En cambio, la confirmación es otro acto administrativo en virtud del cual, por estimar reunidos los requisitos para el ejercicio del cargo, se ratifica la designación revalidando lo ya aprobado.” (...) En los casos que el nombramiento requiere de la confirmación, que es un acto que hace parte del nombramiento o elección y que de igual forma debe ser demandado junto con el nombramiento, entonces la caducidad se cuenta desde la notificación o comunicación del acto de confirmación, que para el caso concreto fue el 9 de marzo de 2009.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de confirmación de nombramiento, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 18 de febrero de 1994, Rad. 1084.

**ASIGNACION DE RETIRO - No puede asimilarse a pensión de jubilación para efectos de inhabilidades / PENSION DE JUBILACION - No puede asimilarse a asignación de retiro para efectos de inhabilidades**

La sala llama la atención sobre el hecho de que dicha asimilación jurisprudencial es solamente para efectos laborales administrativos en la medida que se refiere a las características de la prestación y las condiciones para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, asimilación que no puede trasladarse a la interpretación del régimen de inhabilidades en materia electoral, que es restrictiva, como se explicará más adelante.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la asimilación de la asignación de retiro a la pensión de jubilación o vejez, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 14 de febrero de 2007, Rad. 1240-04.

**INHABILIDADES ELECTORALES - Restricciones de derechos políticos. Interpretación restrictiva**

Las causales de inhabilidad constituyen limitaciones al derecho constitucional fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizado por el artículo 40 de la Constitución, y la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado ha establecido que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de la manera que garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos, deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre, con la finalidad enunciada, en forma restrictiva.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio pro libertate, Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1998.

**NOTARIO - Inhabilidad por devengar pensión de jubilación: No se configura por asignación de retiro / ASIGNACION DE RETIRO - No inhabilita para ser notario / PENSION DE JUBILACION - Causal de inhabilidad para ser notario**

La inhabilidad para ser nombrado notario en propiedad por devengar una pensión de jubilación no puede por interpretación extensiva o analógica aplicarse a quienes perciban una asignación de retiro de las fuerzas militares o de la Policía Nacional.

Porque además subsiste el ante citado artículo 19 de la ley marco de 1992 que permite a quienes gozan de sueldo de retiro acceder a otra remuneración del tesoro público sin que se hubiere eximido los cargos de la función notarial.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la inhabilidad para ser notario por devengar pensión de jubilación, Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2008.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 960 DE 1970 - ARTICULO 137

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: **MAURICIO TORRES CUERVO**

**Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010)**

**Proceso No 17001233100020090007701**

**Demandante: Daniel Londoño Carvajal**

**Demandada: Oscar Pérez Ruiz**

**Referencia: Electoral – Fallo – Única instancia**

**Electoral. Apelación.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. Demanda.**

#### **1.1.1. Pretensiones.**

El señor Daniel Londoño Carvajal ejerció la acción de nulidad electoral y solicitó que se declare la nulidad de las Resoluciones 005 del 5 de enero de 2009 y 0689 del 2 de marzo de 2009 proferidas por el Gobernador y el Secretario General con funciones de Gobernador del Departamento de Caldas, respectivamente, y de la comunicación del día 9 de marzo de 2009 que remitió fotocopia de la Resolución 689 del 2 de marzo de 2009, *“por medio de la cual se confirman unos nombramientos y actas de posesión de unos notarios en propiedad”*.

Como consecuencia de la nulidad también solicitó que se ordene la remoción del señor Oscar Pérez Ruiz del cargo de Notario Único del Círculo de Aguadas.

#### **1.1.2. Los Hechos.**

El demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

1. Mediante Resolución número 005 del 5 de enero de 2009, el Gobernador del departamento de Caldas nombró Notario Único del Círculo de Aguadas-Caldas, al señor Oscar Pérez Ruiz.
2. Mediante Resolución número 689 del 2 de marzo de 2009, el Secretario General con funciones de Gobernador del departamento de Caldas confirmó el señalado nombramiento.
3. El señor Pérez Ruiz accedió al empleo de notario por haber participado en el concurso público y abierto convocado por el Consejo Superior de la Carrera Notarial en el Acuerdo 1 de 2006.
4. El Decreto 960 de 1970 *“Por el cual se expide el Estatuto del Notariado”* en su artículo 137 dispone que no podrán ser designados notarios en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso y quienes estén devengando pensión de jubilación.
5. El señor Oscar Pérez Ruiz en la actualidad e incluso para el momento de presentarse al concurso de méritos para el ingreso a la carrera notarial, ostenta la calidad de pensionado, tal como se acredita mediante Resolución número 1257 del 19 de abril de 1980, que le reconoció una asignación de retiro por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.
6. Mediante comunicación del 9 de marzo de 2009, el Departamento de Caldas le comunicó al señor Oscar Pérez Ruiz la confirmación de su nombramiento dispuesto en la Resolución 0689 del 2 de marzo de 2009.

### **1.1.3. Las normas violadas y el concepto de violación.**

El demandante aduce que el señor Oscar Pérez Ruiz ostenta la calidad de pensionado, circunstancia que encuentra acreditada con la Resolución 1257 de 1980 por medio de la cual se le reconoció una asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, razón por la cual se encuentra inhabilitado para ser nombrado Notario.

Considera vulnerados los artículos: 1, 2, 13 y 243 de la Constitución Política; el artículo 137 del Decreto 960 de 1970 y el Decreto 3454 de 2006.

Explica que los actos acusados han infringido lo dispuesto por el Decreto 3454 de 2006 y el artículo 137 del Decreto 960 de 1970, normas que regulan lo relativo al régimen laboral y legal de los notarios y el ingreso a la carrera notarial.

Agrega que para el caso concreto debe aplicarse el contenido y ratio decidendi de la Sentencia C-258 del 11 de marzo de 2008, en la que la Corte Constitucional declaró

exequible el artículo 137 del Decreto 960 de 1970, y cuyos apartes de interés se transcriben en la demanda.

## 1.2. Contestación de la demanda.

### Departamento de Caldas.

El apoderado judicial consideró que las pretensiones son improcedentes y carentes de justificación, por lo que solicitó que se desestimen en su totalidad.

Además propuso las siguientes excepciones:

- Caducidad de la acción electoral y extemporaneidad de la demanda:

Adujo que la Resolución No. 0689 por la cual se confirmó el nombramiento fue expedida el 2 de marzo de 2009 y que si se cuentan los 20 días de caducidad “*estipulados*” en el numeral 11 del artículo 136 del C.C.A., se concluye que la demanda es extemporánea, pues se tenía plazo hasta el 31 de marzo de 2009, y ésta fue presentada el 3 de abril.

- La legislación no da igual tratamiento a la pensión de jubilación y a la asignación de retiro de la Policía Nacional:

Explicó que no es lo mismo la asignación de retiro de que trata el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, que la pensión de jubilación a la que se refiere el artículo el artículo 137 del Decreto 960 de 1970 y el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 con las modificaciones introducidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Agregó que los miembros de la Policía Nacional adquieren el derecho a la asignación de retiro con 20 años de servicio sin importar la edad, mientras que, para la pensión de jubilación se requiere de dos requisitos: 20 años de servicio y la edad de 55 o 60 años de edad según sea el caso, y es aquí donde radica la gran diferencia entre una y otra.

- Las Normas Jurídicas que sirvieron de base para la expedición de las normas cuya nulidad se solicita, gozan de la presunción de legalidad y tienen fuerza ejecutoria:

Sostuvo que de conformidad con el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, salvo norma expresa en contrario, los actos quedan en firme al concluir el procedimiento administrativo y podrán ser ejecutados por la Administración.

- Inexistencia de causales de nulidad de las resoluciones dictadas por el Departamento de Caldas:

Manifestó que dentro de las excepciones contempladas por el legislador en cuanto a la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, se encuentra la relacionada en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, respecto de las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial, como es el caso del señor Oscar Pérez Ruiz.

- El Gobernador actuó conforme a derecho:

Anotó que la expedición de la Resolución No. 005 del 5 de enero de 2009 se dio en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura del Departamento de Caldas, el cual era obligatorio conforme a lo establecido en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

### **Oscar Pérez Ruíz.**

Contestó la demanda extemporáneamente.

### **1.3. Alegatos de conclusión.**

1.3.1. El demandante concluyó que no existe razón legal que permita establecer diferencia entre la asignación de retiro y la pensión de jubilación.

Anotó que con la demanda interpuesta no se discute si el señor Oscar Pérez Ruiz puede o no, en su condición de ex miembro de la fuerza pública que goza de pensión, desempeñar otro cargo o recibir otra asignación del tesoro público, sino que el tema se circunscribe a que está inmerso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 137 del Decreto 960 de 1970.

Finalmente, sobre la excepción de caducidad de la acción, sostuvo que no está llamada a prosperar, toda vez que al no haberse publicado el acto de nombramiento acusado no existe una fecha exacta a partir de la cual pueda contarse.

1.3.2. El apoderado del departamento de Caldas insistió en la totalidad de los argumentos planteados en la contestación de la demanda.

### **1.4. Concepto del Ministerio Público en primera instancia.**

La Procuradora 28 Judicial II Administrativa concluyó que el acto de confirmación del nombramiento del señor Oscar Pérez Ruiz como Notario del Municipio de Aguadas se profirió el día 2 de marzo de 2009, y por ende a partir de tal fecha debe contarse el término de caducidad, por lo que el tiempo para accionar se extendía hasta el 31 de marzo de 2009.

Sostuvo que la demanda fue presentada el 3 de abril, es decir por fuera del término legal, por lo que solicitó declarar la prosperidad de la excepción de caducidad de la acción.

### 1.5. Sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2009, declaró infundada la excepción de caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda, previas las siguientes consideraciones:

Respecto del Oficio G.G.A. del 2 de marzo de 2009, el Tribunal se inhibió para decidir

ya que consideró que no contiene una manifestación de voluntad administrativa y es una simple comunicación, por cuanto se limitó a remitir al señor Oscar Pérez Ruiz la copia de la Resolución No. 0689 del 2 de marzo de 2009 *“Por medio de la cual se confirman los nombramientos y actas de posesión de unos notarios”*.

Respecto la caducidad de la acción, estimó que los actos de nombramiento de las autoridades del orden nacional, no obstante que contemplan situaciones subjetivas, requieren publicación en el Diario Oficial, lo que para los efectos de la caducidad de la acción electoral implica que el término de veinte (20) días comienza a contarse a partir del día siguiente en que se surta la publicación del acto administrativo. Para el caso, encontró que a folio 40 del cuaderno principal es visible una constancia suscrita por el Secretario Jurídico de la Gobernación de Caldas, donde se informa que la Resolución 689 de 2009 *“no se ha publicado en la gaceta departamental o en otro medio oficial destinado para el efecto”*, por lo que concluyó que la presentación de la demanda no fue extemporánea, ya que en ausencia de ese requisito el término de caducidad no había comenzado a correr.

En lo atinente a la inhabilidad prevista en el artículo 137 del Decreto 960 de 1970, con respaldo en la Sentencia C 941 de 2003 proferida por la Corte Constitucional, concluye que no existe duda en el sentido de que la asignación de retiro establecida para los miembros de la fuerza pública difiere sustancialmente de la pensión de jubilación consagrada en la Ley 100 de 1993 y en normas anteriores, en la medida que ésta última se adquiere sólo en aquellos casos en los que se cumple con los requisitos de edad, tiempo de servicio y semanas cotizadas, a diferencia de la primera, que no requiere el cumplimiento de una edad para tener derecho a su reconocimiento.

Llamó la atención sobre que el régimen de inhabilidades tiene como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar a un empleo público y que dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa al tiempo que su interpretación estricta, por lo que no es admisible su aplicación analógica, lo cual quiere decir que siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador.

Estimó que una interpretación, como la pretendida por el accionante, implicaría el desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a cargos y funciones públicas del señor Oscar Pérez Ruiz, pues se tendría que hacer extensiva su condición de beneficiario de asignación de retiro para encuadrarla en la

causal de inhabilidad mencionada, situación que no tiene aplicación en materia de régimen de inhabilidades.

### **1.6. Apelación.**

En su escrito de sustentación, el demandante sostuvo que la Sentencia C 941 de 2003 de la Corte Constitucional sobre la cual se apoya el Tribunal para considerar que la asignación de retiro no es asimilable a la pensión de jubilación, se refiere a una materia diferente a la de la inhabilidad prevista por el artículo 137 del Decreto 960 de

1970, ya que versa sobre la inaplicabilidad del régimen de la Ley 100 de 1993 a los oficiales y suboficiales de la fuerza pública con asignación de retiro.

Anotó que la Corte Constitucional en Sentencia C-258 de 2008 señaló que la finalidad de la inhabilidad consagrada por el artículo 137 del Decreto 960 de 1970 es la de permitir un relevo generacional.

Afirmó que es evidente que la inhabilidad del artículo 137 ibídem se configura en el caso del señor Oscar Pérez Ruiz, quien tiene asegurada una renta mensual vitalicia que ampara las contingencias propias de la vejez, y que el status de pensionado fue adquirido como miembro de la fuerza pública, parte integrante de la Administración Pública Nacional.

### **1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.**

Durante el término del traslado a las partes para alegar, sólo el apoderado de la parte demandante presentó memorial de sustentación y a la vez alegatos de conclusión.

Sostuvo que la interpretación literal del a quo desconoce la finalidad del Decreto Ley 960 de 1970 y confiere un trato discriminatorio y desigual que excluye de la aplicación de la inhabilidad o prohibición para acceder a los cargos de notario a los miembros de la fuerza pública que perciben una asignación de retiro.

Anotó que no existe diferencia sustancial entre la pensión de jubilación y la asignación de retiro pues con ellas se asegura las contingencias propias de la vejez con un ingreso estable y permanente dentro del sistema de seguridad social, independientemente de que el amparo se haya obtenido a una edad temprana.

Finalmente insistió en que la interpretación de la sentencia de primer grado “*va en contravía de la constitucionalidad del artículo 136 del Decreto 960 de 1970*” definida por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2008.

### **1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia.**

El Procurador no solicitó el traslado especial.

### **1.9. Trámite en la segunda instancia.**

En auto para mejor proveer, la Sala dispuso que por Secretaría se solicitara al Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional copia autenticada de la Resolución 1257 de 1980, “*Por la cual se reconoce asignación de retiro*” al señor Oscar Pérez Ruíz y certificación sobre si para el cinco (5) de enero de dos mil nueve (2009) el demandado se encontraba devengando asignación de retiro.

El Subdirector de Prestaciones Sociales mediante Oficio 2159 del 8 de marzo de 2010 remitió copia autenticada de la Resolución 1257 de 1980, y en Oficio 2189 del 18 de marzo informó que “*el señor CT (r) OSCAR PEREZ RUIZ, C.C. 17.170.325, devenga asignación de retiro a partir del 15 de marzo de 1980, quien figura actualmente en nómina devengando dicha prestación, en forma continua desde la fecha de su reconocimiento*” (Folios 219 a 222)

La Secretaría informó que durante el término de tres (3) días se puso en conocimiento de las partes la respuesta del Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y éstas guardaron silencio.

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia.

De acuerdo con el artículo 129 del C.C.A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 de la Sala Plena de la Corporación, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

### 2.2. Objeto de la apelación.

Consiste en determinar si el hecho de percibir una asignación de retiro de la Policía Nacional configura la inhabilidad prevista en el artículo 137 del Decreto Ley 960 de 1970 que dispone:

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

### 2.3. Caducidad de la acción.



Si bien el tema de la caducidad que resolvió el tribunal no fue objeto de apelación, ésta puede ser declarada de oficio aun en segunda instancia<sup>1</sup>, por lo que la Sala considera pertinente estudiar esta excepción.

Para el efecto, se precisa que el Decreto 2148 de 1983 dispone en los artículos 58, 60 y 61 que los notarios en propiedad requieren ser confirmados, previo el cumplimiento de los requisitos legales, y para ello, cuando se trata de notarios de segunda y tercera categoría faculta a los gobernadores.

La confirmación impone la verificación de que efectivamente se cumplen los requisitos legales para el desempeño del cargo, y es un acto posterior al del nombramiento. Al respecto, la Sala en auto del 18 de febrero de 1994<sup>2</sup> anotó:

*“Designar es “...señalar o destinar una persona o cosa para determinado fin...” lo que en el ámbito de la función pública se equipara al nombramiento o elección.- En cambio, la confirmación es otro acto administrativo en virtud del cual, por estimar reunidos los requisitos para el ejercicio del cargo, se ratifica la designación revalidando lo ya aprobado.”*

El Gobernador de Caldas expidió la Resolución 689 del 2 de marzo de 2009, por la cual confirmó el nombramiento del demandado como Notario único de Aguadas.

En los casos que el nombramiento requiere de la confirmación, que es un acto que hace parte del nombramiento o elección y que de igual forma debe ser demandado junto con el nombramiento, entonces la caducidad se cuenta desde la notificación o comunicación del acto de confirmación, que para el caso concreto fue el 9 de marzo de 2009.

Así las cosas, contado el término de caducidad de 20 días desde el día siguiente de la comunicación, se precisa que se extendía hasta el 6 de abril de 2009, y como la presentación de la demanda fue el 3 de abril del 2009, se concluye que no operó el fenómeno de la caducidad de la acción.

## **2.4. Caso Concreto.**

El problema por resolver estriba en determinar si el hecho de que se perciba una asignación de retiro de la Policía Nacional configura la inhabilidad prevista en el artículo 137 del Decreto Ley 960 de 1970.

### **2.4.1. Naturaleza jurídica de la asignación de retiro y la pensión de jubilación.**

---

<sup>1</sup> Ver: sentencia de la Sección Quinta del 23 de septiembre de 2007, radicación 08001-23-31-000-2003-02687-01(4041); 08001-23-31-000-200302991; 08001-23-31-000-20030-2993-01; 08001-23-31-000-2003-02994-01; 08001-23-31-000-2003-02995-01; 08001-23-31-000-2003-03001-01; 08001-23-31-000-2003-03029-01

<sup>2</sup> Radicación 1084.

Aduce el recurrente que tanto la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han asimilado la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional con la pensión de jubilación o vejez.

En efecto, el Consejo de Estado ha señalado<sup>3</sup>:

*“Indudablemente se constituye en un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48<sup>4</sup> y 53<sup>5</sup> de la Constitución Política.”*

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C – 432 de 2004, que declaró inexecutable el Decreto Ley 2070 de 2003 *“Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”*, sostuvo:

*“Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.”*

No obstante la sala llama la atención sobre el hecho de que dicha asimilación jurisprudencial es solamente para efectos laborales administrativos en la medida que se refiere a las características de la prestación y las condiciones para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, asimilación que no puede trasladarse a la interpretación del régimen de inhabilidades en materia electoral, que es restrictiva, como se explicará más adelante.

#### **2.4.2. Interpretación del régimen de inhabilidades.**

Las causales de inhabilidad constituyen limitaciones al derecho constitucional fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizado por el artículo 40 de la Constitución, y la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado ha establecido que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de la manera que garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos, deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre, con la finalidad enunciada, en forma

<sup>3</sup> Sección Segunda. Sentencia del 14 de febrero de 2007, radicación 1240-04, M.P. Alberto Arango Mantilla.

<sup>4</sup> “(...) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”

<sup>5</sup> En el inciso segundo de esta disposición, se consagran principios mínimos fundamentales, el de la “(...) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. (...)”.

restrictiva. Es el principio *pro libertatis*<sup>6</sup> al que la Corte Constitucional se refirió en la sentencia C-147 de 1998, en los siguientes términos:

*“No se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del*

*principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.”*

No sobra señalar que el imperativo de interpretar restrictivamente las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado Liberal de Derecho establecido en el artículo 6º de la Constitución, según el cual *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”* que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, de donde se infiere, como regla general, que todos los ciudadanos pueden acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y que, excepcionalmente, no podrán hacerlo aquellos a quienes se los prohíbe expresamente la ley.<sup>7</sup>

De allí que en esta materia se ha adoptado el principio legal de *“capacidad electoral”* según el cual *“las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida”*<sup>8</sup>

#### **2.4.3. La asignación de retiro como causal de inhabilidad para ser designado notario.**

El Decreto Ley 960 de 1970 en su artículo 137 establece:

*“No podrán ser designados Notarios en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso, sea en el Notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público, y quienes estén deveniendo pensión de jubilación.”*

La Corte Constitucional en sentencia C 258 de 2008, al estudiar la constitucionalidad de la norma transcrita señaló:

<sup>6</sup> Este tema puede consultarse en las sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 16 de julio de 1998, expediente 175; de 17 de agosto de 2000, expediente 2342; de 19 de mayo de 2005, expediente 3688; de 15 de junio de 2006, expediente 3921 y; la sentencia C-147 de 22 de abril de 1998 dictada por la Corte Constitucional, entre otras.

<sup>7</sup> Ver sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 26 de febrero de 2009, radicación interna 2007-1107.

<sup>8</sup> Código Electoral, artículo 1º numeral 4º del Código Electoral.

*“De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la Sala encuentra que la disposición acusada tiene una finalidad constitucionalmente legítima, basada en los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, por una parte, y del principio de solidaridad social, por otra<sup>9</sup>, que de suyo no comporta un trato discriminatorio (una presunción de incapacidad como dice el accionante) ni representa tampoco un sacrificio mayor para las personas pensionadas. Estas no se encuentran desprotegidas, sino que, por el contrario, tienen un ingreso permanente y atención en salud por parte del sistema de seguridad social, cuya*

*satisfacción no depende del ofrecimiento por parte del Estado de una nueva oportunidad laboral.*

*En ese sentido, el artículo 137 del Decreto 960 de 1970<sup>10</sup>, regula una situación de relevo generacional, bien por llegar a la edad de retiro forzoso, bien por el hecho de tener asegurado un retiro remunerado mediante una pensión de jubilación. Tal disposición es extensión de los límites que en ese mismo sentido se encuentran previstos para el régimen general de la Administración Pública en el Decreto 2400 de 1968<sup>11</sup>, los cuales fueron declarados exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-124 de 1996<sup>12</sup>.*

*En el Estado Social de Derecho existe un compromiso con la igualdad material, que va más allá de simples garantías de igualdad formal ante la ley; de esa forma, frente a una diferencia relevante y constitucionalmente legítima es*

---

<sup>9</sup> Un problema similar fue revisado por la Corte al estudiar la constitucionalidad de la edad de retiro forzoso como límite para el ejercicio de cargos públicos (Decreto 2400 de 1968), la Corte señaló que no se trataba de una medida discriminatoria, en tanto que garantizada para esas personas un ingreso mínimo a través de la pensión, es legítimo que el legislador opte por brindar oportunidades laborales a otras personas. La función pública, dijo la Corte, es de interés general y la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia para su desarrollo, de manera que una medida de ese tipo debe entenderse “no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.”

<sup>10</sup> “Artículo 137. No podrán ser designados Notarios en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso, sea en el Notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público, y quienes estén devengando pensión de jubilación”.

<sup>11</sup> Decreto 2400 de 1968. Artículo 29. *El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio. La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y Secretarios Privados de los Despachos de los funcionarios de que trata este artículo.* (lo subrayado corresponde a la parte demandada y declarada exequible por la Corte)

<sup>12</sup> M.P. Hernando Herrera Vergara: “Una de las causales legales de cesación definitiva de funciones del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, es el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, pues de acuerdo con la Carta Fundamental, artículo 125, el retiro del servidor público se hará ‘por las demás causales previstas en la Constitución o la ley’.

Dada la naturaleza del servicio público, éste adquiere un límite temporal preciso, en cuya virtud, al llegar la persona a la edad de retiro forzoso o por cumplir con los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación, habrá de producirse el retiro del empleado, sin que pueda ser en principio reintegrado al servicio, salvo las excepciones previstas en la misma ley.”

*posible dar un trato distinto, con el fin de que quienes están en una posición de desigualdad puedan alcanzar la igualdad material que exige la Constitución.*

*Siendo la oferta pública de empleos un bien escaso que no puede garantizarse a todos por igual sino que exige procesos de selección entre muchos aspirantes, es razonable entonces que el legislador opte porque en la competencia para su distribución, no participen aquéllas personas a quienes, ya les fue garantizado el acceso a un trabajo digno a lo largo de su vida laboral, a tal punto que, precisamente, gozan de una pensión de jubilación.*

*Además, la limitación atacada no es absoluta, en tanto que como advierten los intervinientes, el pensionado no tiene restricciones para desarrollar actividades privadas de lucro o buscar otras formas para complementar sus ingresos, lo que no solamente se logra a través de los empleos que puede proveer el Estado para satisfacer una demanda sustancialmente mayor de oportunidades*

*laborales. Y si, como señala el accionante, se trata de pensiones obtenidas a una edad temprana en virtud de regímenes excepcionales, con mayor razón el*

*principio de solidaridad permite exigir de sus beneficiarios una deferencia mayor para que otras personas no privilegiadas accedan a la oferta pública de empleos y puedan lograr también en algún momento de su vida la protección para la vejez.*

*Por tanto, la disposición acusada no contiene una medida discriminatoria o de exclusión social de los pensionados (art. 13 C.P.) o que vulnere su derecho al trabajo (art. 25 C.P.) o el acceso a cargos públicos (Art. 40-7 C.P.). Dichas personas, por su condición, han tenido garantía suficiente de esos derechos y están integrados al sistema de seguridad social que la sociedad le otorga a las personas que pasan a hacer uso de su retiro, de manera que lo dispuesto en la norma acusada no resulta inconstitucional.”(Subraya fuera del texto)*

En este punto observa la sala que el análisis efectuado por la Corte Constitucional se circunscribió a las pensiones de jubilación y ninguna consideración efectuó frente a las asignaciones de retiro que se reconocen a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional.

Así las cosas -contrario a lo manifestado por el apelante- las razones de la Corte para declarar la constitucionalidad del artículo 137 del Decreto Ley 960 de 1970 no permiten concluir que sea evidente que la inhabilidad del artículo 137 ibídem se configura en el caso de quienes gozan de una asignación de retiro de la Policía Nacional.

Además, como se explicó en el acápite anterior, no se puede desconocer los precisos términos en que está redactado el artículo 137 del Decreto Ley 960 de 1970, so pena de vulnerar el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos del demandado.

Finalmente, es pertinente precisar que la asignación de retiro es tan especial frente a las pensiones de jubilación, que el artículo 19 literal b) de la Ley 4 de 1992, que desarrolla el artículo 128 de la Constitución Política *“exceptuó de la prohibición genérica de percibir una doble asignación del tesoro público, los dineros provenientes de asignaciones de retiro o de pensión militar o policial de la Fuerza Pública”*<sup>13</sup>.

Por lo anterior, la inhabilidad para ser nombrado notario en propiedad por devengar una pensión de jubilación no puede por interpretación extensiva o analógica aplicarse a quienes perciban una asignación de retiro de las fuerzas militares o de la Policía Nacional. Porque además subsiste el ante citado artículo 19 de la ley marco de 1992 que permite a quienes gozan de sueldo de retiro acceder a otra remuneración del tesoro público sin que se hubiere eximido los cargos de la función notarial.

#### **2.4.4. Situación del señor Oscar Pérez Ruíz**

Se encuentra probado que: i) mediante Resolución 1257 de 1980, el Gerente de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció asignación de retiro al señor Oscar Pérez Ruíz. (folios 220 y 221 del cuaderno No 2), ii) mediante Resolución 0005 del 5 de enero de 2009, el Gobernador de Caldas nombró al señor Oscar Pérez Ruíz en el cargo de Notario Único del Circulo de Aguadas. (folio 24 del cuaderno No 2), iii) mediante Resolución 689 de 2009 se confirmó el nombramiento del señor Pérez Ruíz como notario. (folios 25 al 30 del cuaderno 2), y iv) según Oficio 2189/SDP del 18 de marzo de 2010, suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el señor Oscar Pérez Ruíz ha venido devengando asignación mensual de retiro en forma continua desde el 15 de marzo de 1980. (folio 222 del cuaderno No 2).

Así las cosas, en el sub lite no se configuran los supuestos fácticos previstos en el artículo 137 del Decreto Ley 960 de 1970, porque a pesar de estar demostrado que el señor Oscar Pérez Ruíz fue designado notario en propiedad del Circulo de Aguadas – Caldas y que al momento de la designación devengaba una asignación de retiro de la Policía Nacional, no está acreditado que percibiera una pensión de jubilación.

Por la tanto, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas,

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

**FALLA**

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación 25000-2325000-2001-02366-01(2131-07)

**PRIMERO. CONFÍRMASE** la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Caldas que negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO.** En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MAURICIO TORRES CUERVO**  
Presidente

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

**FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA**  
PINZÓN

**MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ**