



**Función Pública**

## Sentencia 03582 de 2004 Consejo de Estado

ACTO ADMINISTRATIVO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil cuatro (2004)

Rad. No.: 25000-23-25-000-1999-03582-01(5041-03)

Actor: GERMAN GARCIA GARCIA

Demandado: LOTERIA LA NUEVE MILLONARIA DE LA NUEVA COLOMBIA LIMITADA

Referencia: AUTORIDADES DEPARTAMENTALES - APELACION SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del 25 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A" en el proceso instaurado por GERMAN GARCIA GARCIA contra la LOTERIA LA NUEVE MILLONARIA DE LA NUEVA COLOMBIA y las gobernaciones de los departamentos de AMAZONAS, CASANARE, GUAVIARE, PUTUMAYO, SAN ANDRES Y PROVIDENCIA, VAUPES Y VICHADA.

### ANTECEDENTES

GERMAN GARCIA GARCIA por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instauró demanda contra la LOTERIA LA NUEVE MILLONARIA DE LA NUEVA COLOMBIA y las gobernaciones de los departamentos de AMAZONAS, CASANARE, GUAVIARE, PUTUMAYO, SAN ANDRES Y PROVIDENCIA, VAUPES Y VICHADA, para que se declare la nulidad parcial del Acta No. 295 del 16 de diciembre de 1998 de la Junta Directiva de la primera de las demandadas, en cuanto lo separó del cargo de Gerente.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se condene al reintegro al cargo que ocupaba con el pago indexado de los salarios prestaciones y demás derechos dejados de percibir desde el retiro hasta cuando opere efectivamente tal reintegro, que se declare que no ha existido solución de continuidad en el servicio y que se ajuste la condena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Aduce que estuvo vinculado con la Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia como Gerente desde el 5 de junio de 1998 hasta el 16 de diciembre del mismo año, fecha ésta última en que se dispuso su retiro por insubsistencia discrecional. Considera que se infringieron normas Constitucionales y legales por que sin agotar previamente el trámite disciplinario pertinente, se ordenó el retiro del servicio antes que hubiera culminado el período estatuario de dos años para el cual fue nombrado.

La Lotería y el Departamento del Putumayo contestaron en la oportunidad procesal la demanda y se opusieron a las pretensiones. Consideran que el período estatuario no impide el ejercicio de la facultad discrecional que la entidad utilizó, habida cuenta de la condición de empleado de libre nombramiento y remoción del actor.

Informan que el nombramiento del actor fue irregular porque en el momento en que se produjo faltó la mayoría estatutaria requerida.

#### LA SENTENCIA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda. Considera que se desconoció el artículo 20 de los estatutos de la entidad “...*pues el demandante fue removido como funcionario de libre nombramiento y remoción, siendo de período; y de otra parte, se le vulneró el derecho a un debido proceso, ya que quedó calificado como inepto, sin mediación de juicio alguno...*”

#### LA APELACION

La Lotería demandada presentó oportunamente recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones. Considera que la contradicción existente en el artículo 20 de los estatutos que en la parte inicial señala al Gerente el carácter de empleado de libre nombramiento y en la parte final le asignan un período de dos años, debe resolverse acudiendo a las normas legales en las cuales el citado funcionario es de libre nombramiento y remoción.

#### ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, solicita a la Sala revocar la sentencia impugnada y negar las pretensiones de la demanda.

Considera que el Tribunal interpretó inadecuadamente los estatutos de la entidad pues dicha norma contiene tres proposiciones independientes de las cuales no puede colegirse que la última de ellas prime sobre la primera. Agrega que “...*la más acertada vía de interpretación es la sistemática, sin despreciar la lógica histórica que ilustra el decurso evolutivo de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado...*”

#### CONSIDERACIONES

El problema jurídico plantado consiste en definir si el actor -quien ocupaba el cargo de Gerente de una Empresa Industrial y Comercial del Estado en el orden departamental-, tenía o no período fijo para el cumplimiento de sus funciones. De ello depende la legalidad de la decisión de junta directiva que lo retiró del servicio en ejercicio de la facultad discrecional y sin que hubiera culminado el pretendido período estatutario.

Obra en el expediente que la entidad demandada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado. El régimen laboral de sus funcionarios será entonces el señalado en el artículo 5 del decreto-ley 3135 de 1968 que asigna en términos generales el carácter de trabajadores oficiales a sus servidores y excepcionalmente faculta a los entes colegiados de dirección competentes (Juntas Directivas) para señalar en los estatutos, que cargos serán ocupados por empleados públicos.

Sobre esta facultad la Corte Constitucional al analizar la norma, señaló que en las Empresas Industriales del Estado existe competencia limitada

en la entidad siempre y cuando los cargos definidos para empleados públicos tengan funciones de dirección y confianza (Sentencia C-484 de 1995 Ponente Dr. Fabio Morón Díaz).

En este contexto, la competencia de la Empresa se encuentra definida por la Constitución y la ley dentro de unos precisos límites que no pueden ser rebasados sin invadir la órbita de competencias que solo a la ley corresponde.

En el caso presente, la competencia que ejerció la Junta Directiva para asignar al Gerente el rango de empleado público resultó ajustada a derecho porque tal empleo conforma con la Junta Directiva, el órgano rector de la empresa (dirección y confianza); no obstante, la decisión de asignarle período estatutario de funciones no resulta ajustada al ordenamiento jurídico.

En efecto, según lo estipula la Constitución Nacional, el empleo público puede revestir distintas categorías en oposición al criterio general de “carrera administrativa” que el artículo 125 de la Constitución contempla. No son, por excepción, de carrera administrativa los empleos de libre nombramiento y remoción, los empleos de elección popular y los empleos de período fijo.

“Constitución Nacional

ARTÍCULO 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.* Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley... “

Para esta última subcategoría (empleos de período fijo) que es la pertinente al asunto que se dilucida, la propia Constitución definió a la ley la competencia para crearlos como exceptuados del régimen común de carrera administrativa. Ello se deduce del contenido del artículo 125 que aunque no los mencionó expresamente, asignó a la ley la facultad de crear nuevas categorías de excepción.

Para corroborar lo anterior, las normas legales que han desarrollado el precepto Constitucional reiteran la interpretación que la Sala acoge: Tanto la ley 27 de 1992, vigente cuando se expidieron los estatutos de la entidad que al respecto estipula lo siguiente:

“LEY 27 de 1992.

ARTÍCULO 6°. *DE LOS EMPLEOS DE PERÍODO FIJO.* Son empleos de período fijo los que según la Constitución y la ley o las ordenanzas y los acuerdos debidamente autorizados por la ley, deban ser provistos para un tiempo determinado.” (subraya fuera de texto)

Como la ley 443 de 1998 vigente en el momento en que se la Junta Directiva decidió el retiro del servicio del actor que al respecto prescribe:

“LEY 443 de 1998.

ARTÍCULO 5°. *DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS.* Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y la ley, aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales. “(subraya fuera de texto)

Por ello en el ordenamiento jurídico aplicable al caso presente, solo la Constitución o la ley podían asignar al cargo de Gerente la naturaleza y el carácter de un empleo público de período fijo.

Se observa del expediente que los estatutos de la entidad asignan período fijo de funciones al Gerente:

**“ESTATUTOS**

ARTICULO VIGESIMO. *GERENTE*: La entidad tendrá un Gerente de libre nombramiento y remoción de la Junta General de Socios. En sus faltas absolutas, temporales o accidentales será reemplazado por el Secretario General. El Gerente tendrá un período de dos años.

La representación legadle la sociedad llevará implícita la facultad de usar la firma social y de celebrar todas las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios sociales.”

Ello resulta inadecuado al ordenamiento jurídico en los términos de esta providencia, lo que impone inaplicar para el efecto y en lo pertinente el artículo 20 de los estatutos de la entidad.

Se trata entonces de un empleado público sin periodo fijo porque la ley no le asignó dicho carácter, en consecuencia para su retiro del servicio bien pudo la Junta Directiva de la entidad ejercer, como en efecto lo hizo, la facultad discrecional que consagra el artículo 107 del decreto 1950 de 1973, porque dicha facultad es una forma legítima de romper el vínculo laboral de los empleados que no tienen derechos de carrera administrativa, que no son elección popular o que no tienen período fijo de funciones:

**“DECRETO 1950 DE 1973.**

ARTÍCULO 107. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados. En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña. “

El demandante se queja de que el acto que dispuso el retiro del servicio fue proferido sin adelantar un proceso disciplinario y con desconocimiento del derecho de defensa. Al respecto encuentra la Sala que el ejercicio de la facultad discrecional no impone tales formalidades habida cuenta del carácter de empleado de dirección y confianza que tenía el actor.

No se allegaron al expediente pruebas relacionadas con desviación del poder del nominador. Por el contrario las que aparecen en el acta de la junta directiva, reiteran la presunción de legalidad del acto acusado pues de ellas se observa que la entidad consideró razones del servicio para tomar su determinación.

Es sabido que los actos de la administración están revestidos de la presunción de legalidad; por ello, quien invoque el desvío de poder debe allegar las pruebas contundentes que demuestren que la administración obró con móviles torcidos y contrarios al buen servicio, cuestión que no aconteció en este caso.

Las anteriores consideraciones son suficientes para mantener la legalidad del acto acusado, lo que impone revocar la sentencia del Tribunal que accedió a las súplicas de la demanda.

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**

REVOCASE la sentencia del veinticinco (25) de julio de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor GERMAN GARCIA GARCIA contra La

LOTERIA LA NUEVA MILLONARIA DE LA NUEVA COLOMBIA LTDA. y y (sic) las gobernaciones de los departamentos de AMAZONAS, CASANARE, GUAVIARE, PUTUMAYO, SAN ANDRES Y PROVIDENCIA, VAUPES Y VICHADA.

En su lugar se dispone:

NIEGANSE las súplicas de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada, aprobada por la Sala en sesión de la fecha y ordenada su publicación.

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

ALBERTO ARANGO MANTILLA

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

MYRIAM VIRACACHA SANDOVAL

Secretaria Ad-hoc

---

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:38:26