

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Efectos del auto de suspensión provisional de los actos administrativos que implican la separación del cargo de un servidor público / ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO PARTICULAR - Efectos del auto que decreta la suspensión provisional

Advierte la Sala que comparte la posición jurídica de la Sección Segunda al decretar la suspensión provisional de actos administrativos que ya han se han cumplido, por dos razones de orden constitucional: la primera, que una de las finalidades de la suspensión provisional debe ser la de proteger los derechos fundamentales y por lo mismo debe dársele cabida a medidas de carácter preventivo y no solamente a las de carácter indemnizatorio, y segundo porque en la Constitución de 1991 se presenta un cambio en el papel del juez administrativo, en la medida en que debe actuar buscando mas prevenir que se causen perjuicios a las personas que reparar, mediante indemnización, los daños causados. Con base en lo anterior los efectos del auto que decreta la suspensión provisional de los actos administrativos de contenido particular, pueden sintetizarse en esta forma: 1 y 2. Por regla general, la suspensión provisional solo procede cuando los efectos del acto administrativo objeto de la medida cautelar no se hayan cumplido; La consecuencia natural de la orden judicial de suspensión provisional consiste en interrumpir la producción de los efectos que no se hayan causado; En los casos considerados por la jurisprudencia de la Sección II del Consejo de Estado en que se proceda a suspender provisionalmente un acto de retiro del servicio, además de sus efectos propios, debe estarse a lo que fije la providencia que dio la orden de suspensión; En los casos en que se suspenda provisionalmente un acto administrativo de retiro de un funcionario y el auto guarde silencio sobre la forma como ha de cumplirse la orden de suspensión, la administración debe proceder a su reintegro, el cual surte efectos a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia judicial. 3. Las actuaciones de la administración basadas en el cumplimiento de la orden judicial de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, están amparadas por la presunción de legalidad, aunque el acto cuya validez se discute en el proceso contencioso se declare nulo en la sentencia. 4. El servidor público que es vencido en el proceso contencioso, no tiene la obligación de reintegrar lo que hubiese percibido a título de contraprestación por un servicio prestado durante el período de la suspensión, pues estos fueron percibidos en cumplimiento y durante la vigencia de una orden judicial que posteriormente es revocada. 5. Como se expuso en los puntos (c) y (d) de la primera respuesta, ante todo la entidad pública debe estarse a lo decidido en el auto de suspensión provisional. Si guarda silencio sobre sus efectos, debe proceder al reintegro del funcionario, a partir de la ejecutoria del auto, profiriendo el correspondiente acto administrativo de ejecución de la orden judicial. 6. Las actuaciones de la administración basadas en el cumplimiento de la orden judicial de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, están amparadas por la presunción de legalidad, aunque el acto cuya validez se discute en el proceso contencioso se declare nulo en la sentencia. 7. El servidor público que es vencido en el proceso contencioso, no tiene la obligación de reintegrar lo que hubiese percibido a título de contraprestación por un servicio prestado durante el período de la suspensión, pues la remuneración fue percibida en cumplimiento y durante la vigencia de una orden judicial que posteriormente se revocó. 8. La suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que impuso una sanción disciplinaria ejecutoriada, no tiene como efecto la reapertura de la investigación. 9. Como se ha expuesto, ejecutoriada la decisión que decreta la suspensión provisional de los efectos de un acto que ordena la destitución, el reintegro debe hacerse a partir de la comunicación expedida por la autoridad judicial competente.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 007EE5522 de 25 de julio de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C, primero (1°) de noviembre de dos mil seis (2006)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00098-00(1779)

Actor: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

Referencia: Efectos del auto de suspensión provisional de los actos administrativos que implican la separación del cargo de un servidor público.

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Fernando Grillo Rubiano, consulta a la Sala acerca de los efectos de la suspensión provisional de los actos administrativos.

Menciona que los efectos jurídicos de la nulidad difieren de los de la suspensión provisional de los actos administrativos, teniendo en cuenta que el análisis de la validez se hace sobre los elementos existentes al momento de la expedición del acto, por lo que los efectos de la nulidad se retrotraen a ese punto en el tiempo, mientras que la suspensión del acto genera la pérdida de su fuerza ejecutoria con base en un hecho posterior a su vigencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Afirma que la jurisprudencia y la doctrina han señalado que la nulidad de los actos administrativos tiene efecto *ex tunc*, pero existe controversia sobre los efectos de la suspensión provisional de los mismos. Así, para una parte de la doctrina, los efectos de la suspensión provisional, que constituye una causal temporal de decaimiento de los actos administrativos, son *ex nunc*, es decir hacia el futuro, a partir de la fecha en que la providencia de suspensión esté en firme, dado que no es una decisión definitiva sobre la validez del acto administrativo que goza de la presunción de legalidad hasta que la nulidad sea declarada, sino una figura que *“pretende evitar que los actos que contienen vicios en su expedición continúen produciendo efectos mientras se adopta una decisión de fondo que puede confirmar la validez del acto o declarar su nulidad”*.

Y para referirse a la posición contraria, el Departamento Administrativo de la Función Pública cita algunos párrafos que considera son *obiter dicta* de las sentencias T-045 de 1993 y C-069 de 1995, en las que la Corte Constitucional transcribe unos apartes del concepto proferido el 24 de abril de 1981 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según el cual *“La suspensión provisional, si no implica insubsistencia del acto, es un juzgamiento provisional del mismo, mientras se profiere sentencia que decida si infringe o no las disposiciones de jerarquía superior invocadas en la demanda. **Por consiguiente, con la misma***

provisionalidad, esta medida cautelar tiene efectos ex tunc, desde cuando el acto tuvo vigencia, no idénticos, pero semejantes a los de la sentencia que declare su nulidad. Se diferencia en que, mientras ésta es definitiva, aquella es temporal o transitoria...” (Resalta el consultante).

Por otra parte, anota que el concepto de la Sala arriba mencionado fue proferido en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, y que la Corte Constitucional ha señalado que los *obiter dicta* son un criterio auxiliar de interpretación, en los términos del artículo 230 de la Constitución de 1991, citando al respecto la sentencia C-836 de 2001.

Por último, el Departamento Administrativo de la Función Pública, considerando que la jurisprudencia y la doctrina no son armónicas en la definición de los efectos de la suspensión provisional de los actos administrativos, formula a la Sala los siguientes interrogantes:

“1. *¿Los efectos de la suspensión provisional de los actos administrativos son ex nunc o ex tunc?*”

“2. *¿Si los efectos son ex tunc, las actuaciones de la administración basadas en ellos, tales como el reintegro, deben retrotraer sus efectos a la fecha de ejecutoria del acto administrativo cuya legalidad se discute?*”

“3. *¿Si los efectos son ex tunc, las actuaciones de la administración basadas en ellos pueden eventualmente resultar comprometidas en su validez si acto (sic) administrativo cuya legalidad se discute es declarado nulo?*”

“4. *¿Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa los beneficios que una persona hubiese podido derivar de esas actuaciones pierden su fundamento y la persona debe devolver lo que hubiese recibido?*”

“5. *¿Si los efectos son ex nunc, las actuaciones de la administración basadas en ellos, tales como el reintegro, deben retrotraer sus efectos a la fecha de ejecutoria de la decisión de suspensión provisional?*”

“6. *¿Si los efectos son ex nunc, las actuaciones de la administración basadas en ellos pueden eventualmente resultar comprometidas en su validez si acto (sic) administrativo cuya legalidad se discute es declarado nulo?*”

“7. *¿Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa los beneficios que una persona hubiese podido derivar de esas actuaciones pierden su fundamento y la persona debe devolver lo que hubiese recibido?*”

“8. *¿Si el acto administrativo cuya legalidad se discute y cuya suspensión provisional se decreta contiene una sanción disciplinaria, ejecutoriada la decisión de suspender los efectos de dicho acto se puede afirmar que la persona sancionada está sometida a investigación disciplinaria?*”

“9. *¿Ejecutoriada la decisión que decreta la suspensión provisional de los efectos de un acto que ordena la destitución, el reintegro debe hacerse a partir de la fecha de dicha ejecutoria?*”

1. Consideración previa

Antes de proceder a responder las preguntas formuladas por el Sr. Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, aclara la Sala que en el tema de los efectos de la decisión judicial de suspensión provisional de los actos administrativos, es necesario distinguir el contenido del acto sobre el cual recae, pues no es lo mismo la suspensión de uno de contenido general, como un reglamento, que la de otro de contenido particular, como el caso de la desvinculación de un funcionario, al que se refiere la consulta. Es generalmente aceptado que los reglamentos y los actos administrativos de contenido general poseen un efecto normativo que se prolonga en el tiempo, en tanto se integran a la norma que reglamentan o en tanto ejercen, por vía general, las atribuciones conferidas en la ley. Por el contrario, por regla general, los actos administrativos de contenido particular, en tanto aplican a una determinada situación concreta la hipótesis legal, sus efectos se agotan con su ejecución.

En vista de ésta distinción, el presente concepto tan sólo se ocupará de los aspectos generales de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos de carácter particular o concreto, y específicamente de los de desvinculación de los funcionarios públicos, pues es el tema sometido a su consideración.

Por ésta misma razón, no hará ningún comentario acerca del concepto emitido por esta Sala de fecha 24 de abril de 1981, radicado bajo el número 1.511, pues se refiere a los efectos de la suspensión provisional de un acuerdo municipal que regulaba el cobro de un impuesto local, pues como se observa, el contenido del mismo es de carácter general.

2. Marco constitucional y legal de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

El artículo 238 de la Constitución Política, consagra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

"Artículo 238.- La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

La norma transcrita, elevó a rango constitucional la institución de la suspensión provisional de los actos administrativos dejando a la ley su regulación. El artículo 152 del código contencioso administrativo estableció las reglas propias de tal figura jurídica, en estos términos:

"Artículo. 152.- Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 31. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1°) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2°) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3°) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor."

La suspensión provisional es una medida cautelar propia de los procesos contencioso-administrativos en los que se discute la validez de los actos administrativos, cuya finalidad es doble: preservar la legalidad objetiva y minimizar los perjuicios que se le puedan causar al particular afectado con la decisión manifiestamente ilegal, interrumpiendo la producción de sus efectos. La suspensión provisional inhibe o ataca la eficacia del acto jurídico, a partir de un juicio provisional de legalidad. Por ésto el artículo 66 del código contencioso administrativo la enumera dentro de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo. Como se verá mas adelante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha permitido que mediante este expediente se protejan también los derechos fundamentales de las personas que pudieren ser desconocidos por el acto particular acusado.

De la regulación transcrita se observa que la ley guarda silencio sobre la definición de los efectos que pueden ser suspendidos con esta medida cautelar, de manera que le ha correspondido a la jurisprudencia del Consejo de Estado construir una teoría sobre el particular, tema que procede la Sala a exponer.

3. La jurisprudencia general del Consejo de Estado sobre los efectos de la suspensión provisional.

En general, puede decirse que la jurisprudencia ha venido sosteniendo, que para que proceda la suspensión provisional de un acto administrativo de contenido particular, es necesario que se encuentre produciendo efectos, pues si su contenido ya se ejecutó y sus efectos se cumplieron, carece de sentido suspenderlos, en parte porque habría una especie de sustracción de materia, y en parte porque no es posible evitar el daño. Como se exponía en el acápite anterior, la finalidad de la suspensión provisional es la de evitar que, con la ejecución del acto administrativo ilegal, se produzca un daño al particular.

Como punto de partida puede afirmarse que por lo general la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sus diferentes secciones, ha señalado que esta medida resulta improcedente cuando ya se produjeron en su totalidad, pues aún en el caso de evidenciarse la violación manifiesta de normas superiores por parte de aquel, resulta imposible materializar en el mundo jurídico la orden de suspensión provisional de unos efectos que ya se agotaron¹.

Con el fin de ilustrar el anterior aserto, transcribe la Sala algunos apartes de varias providencias de las Secciones en que se compone la Sala de lo Contencioso Administrativo, en las que se expresan las anteriores ideas.

Sección Primera. Expediente 306. Auto 8 de mayo de 1992.

“(...) la Sala estima conducente una vez más hacer hincapié en que decretada la suspensión provisional la actora recobró su derecho al pago de los subsidios; y, es lógico que el no pago de los subsiguientes, no es una consecuencia de los actos acusados, ya que estos, al ser suspendidos, dejaron de producir hacia el futuro efectos nocivos”.

Sección Primera Expediente 3566. Auto 19 de diciembre de 1995.

¹ Consejo de Estado. Sección Primera: Expediente 2825. Auto del 28 de marzo de 1994. Concordancias. Expediente 1633. Auto del 4 de abril de 1991; Expediente 5722. Auto del 30 de septiembre de 1999. Sección Tercera: Expediente 9118. Auto del 10 de marzo de 1994; Expediente 10063. Auto del 30 de agosto de 2001; Expediente 28244. Auto del 2 de febrero de 2005. Sección Cuarta: Expediente 12475 del 17 de agosto de 2001.

“No es posible decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto ya consumados (...), la figura excepcional de la suspensión provisional existe para evitar que los efectos de un acto ilegal se produzcan o se continúen produciendo, sin perjuicio de que los ya producidos desaparezcan jurídica y retroactivamente si en virtud de los efectos propios de la sentencia de nulidad, ésta es favorable a las pretensiones de la demanda”.

Sección Segunda. Expediente 7894 del 20 de abril de 1993.

“La figura de la suspensión provisional como su nombre lo indica, tiene por finalidad dejar sin efectos un acto administrativo, temporalmente, mientras, se decide en definitiva sobre su legalidad.

“Por tanto, cuando el acto ha cumplido todos sus efectos no es posible suspenderlo puesto que con la suspensión no se retrotrae la actuación cumplida, al momento de la expedición el acto; la suspensión opera hacia el futuro.

“Del texto mismo de la resolución acusada se desprende que la fecha de iniciación del concurso era el 21 de octubre de 1992 y la lista de elegibles, resultado de la correspondiente evaluación, debería publicarse el 10 de noviembre de 1992.

“No pudiéndose suspender los efectos ya producidos por el acto acusado, es decir la realización del concurso en el que participaron quienes reunían los requisitos señalados en la convocatoria, carece totalmente de eficacia la suspensión provisional y no cumple en este caso la finalidad inherente a esta figura. Por esa razón no es posible acceder a esta petición”.

Sección Quinta. Expediente 2605. Auto del 13 de agosto de 2001.

“Suspendida una norma por decisión judicial en lo contencioso administrativo, no puede ser aplicada por la administración, ni exigir su cumplimiento. Desde el momento en que queda en firme el auto que la decretó”.

Sección Tercera. Expediente 27997 Auto del 27 de enero de 2005:

“...la decisión de suspensión provisional no permite retrotraer situaciones al estado inicial, efectos que solo son propios de la sentencia anulatoria, de tal manera que si el acto en relación con el cual se pretende la suspensión de sus efectos, ya los produjo, la figura resulta improcedente, a menos que se trate de efectos prolongados en el tiempo, esto es, que se van dando de manera sucesiva.

“El efecto del acto de adjudicación de un contrato, es uno solo: la suscripción del contrato. Después de celebrado el contrato, los efectos del acto de adjudicación se habrán agotado, y entonces mal puede decretarse la suspensión provisional, dado que esta figura solo permite atajar los efectos que no se han producido, para suspenderlos.”²

² Ver. Consejo de Estado. Sección Tercera. 9118. Auto del 10 de marzo de 1994. “Es un hecho público y notorio - aceptado por el propio recurrente -, que ya se produjo la adjudicación de los contratos; vale decir que el acto cuya suspensión se pide, produjo la plenitud de sus efectos y, por lo tanto, la medida cautelar es inocua y, por lo mismo, improcedente.”

Los párrafos transcritos muestran que la jurisprudencia general de la Corporación supone, como requisito de la suspensión provisional, que el acto administrativo esté produciendo efectos pues de lo contrario esta medida deviene en improcedente.

A partir de este razonamiento, y así lo presenta la solicitud de concepto elevada por el Sr. Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, se ha planteado la diferencia entre los efectos de la suspensión provisional y la nulidad del acto administrativo, pues mientras que la primera se limita a la suspensión de los efectos que se estén produciendo o que pueden llegar a producirse, con el fin de evitar que se consolide el daño al particular, la segunda elimina del mundo jurídico el acto ilegal, por lo que el fallo debe tratar de devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de su expedición. Con base en esta comparación se afirma que los efectos del auto de suspensión provisional son hacia el futuro, (*ex nunc*) mientras que los de la nulidad son hacia el pasado, es decir desde la expedición del acto anulado (*ex tunc*).

Si bien esta es la posición generalizada de casi todas las secciones de la Sala Contencioso Administrativo, en materia de insubsistencia o destitución de un funcionario, la Sección Segunda ha venido variando esta posición tradicional, por lo que es necesario proceder a estudiarla, a efectos de dar respuesta a los puntos planteados por el consultante.

4. Evolución jurisprudencial de la suspensión provisional de actos administrativos que ordenan el retiro del servicio.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se encuentra que hasta el año de 1994, se aplicó la orientación general antes anotada sobre este tema, según la cual es improcedente la suspensión provisional cuando se han cumplido los efectos del acto administrativo; sin embargo, a partir de este año se ha considerado que es procedente decretar la suspensión provisional de actos de retiro del servicio, cuando se trata de funcionarios de carrera, y recientemente se ha ampliado dicha medida cautelar a otras situaciones. Procede la Sala a ocuparse de esta evolución.

4.1. Jurisprudencia reiterada hasta 1994: no procede la suspensión provisional de actos administrativos que ordenen el retiro del servicio.

Una de las providencias más representativas de este período es el auto proferido el 7 de marzo de 1959 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en la que se sostuvo la tesis, conforme a la cual, no era dable acceder a la suspensión provisional de actos administrativos que implicaran el retiro del servicio, de acuerdo con el razonamiento expuesto en el punto anterior.

El fundamento jurídico tanto del auto citado, como el de las diferentes providencias que se analizaron para este estudio³ se puede exponer de la siguiente manera:

- La razón del amparo establecido en el Código Contencioso Administrativo, es la de evitar un perjuicio, es decir, la de suspender la vigencia de un acto en cuanto ésta pueda ocasionar daño a situaciones jurídicas subjetivas. Pero mal puede suspenderse la vigencia de un acto que ya ha producido todos sus efectos.

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto del 9 de septiembre de 1992, expediente 7142; auto del 26 de agosto de 1992, expediente 7143; auto del 27 de octubre de 1992, expediente 7147; expediente 7302, auto del 5 de octubre de 1992; Auto 9 de marzo de 1993, expediente 7726.

- En el caso de la destitución de un empleado, admitir la suspensión provisional de los efectos del acto, implicaría entrar en el problema de fondo del litigio, puesto que necesariamente habría que analizar cuestiones de hecho que solamente pueden quedar debidamente aclaradas con el debate probatorio.
- El amparo al cual tiende la suspensión provisional no opera en los casos de destitución de empleados, por cuanto el resultado final del proceso no se ve influido por la falta de la suspensión. Si el proceso desemboca en que ha habido violación legal y se anula el acto respectivo, debe restablecerse el derecho en la medida en que ello sea conducente; si no hay violación legal que dé mérito para anular, el actor no ve tampoco menoscabado su derecho. En cambio, si en el último caso hubiese habido suspensión provisional, se habría producido un desequilibrio en contra de la administración, que reintegró un funcionario habiendo sido legal la decisión de desvinculación.
- El hecho de no suspender el acto, no hace mayor el perjuicio.
- Sólo la anulación por declaración judicial tiene la virtualidad de retrotraer la situación al momento en que se produjo el quebrantamiento de la norma.
- El solo hecho del despido no prueba el perjuicio grave.
- La declaratoria de insubsistencia o la destitución del cargo de un servidor público, implican la ruptura del vínculo laboral.
- El perjuicio que con esos actos se infirió se causa desde la fecha en que el acto se ejecutorió y sólo podría cesar con la expedición de un nuevo acto que colocara al interesado nuevamente en la situación anterior. Ello únicamente puede hacerse a través de una orden de restablecimiento del derecho que no es propia de la decisión de suspensión de los efectos.
- El reintegro es materia del fallo de fondo y quien decreta la suspensión no está facultado para ordenar el restablecimiento del derecho, ni *“para volver las cosas al estado anterior”*⁴, pues para que una persona retirada del servicio por insubsistencia pueda reintegrarse *“se requiere, o un nuevo nombramiento o una orden judicial que solo puede impartirse en la sentencia después de analizar si la remoción se ajustó o no a derecho”*⁵.

Adicionalmente, la Sección Segunda, en auto del 3 de junio de 1992, expediente 6610, advierte que se puede presentar una situación de desequilibrio en contra del Estado, al manifestar:

“Por otra parte, en el evento de que se ordenara la suspensión y el proceso no concluyera con sentencia condenatoria, se favorecería a quien no le fue conculcado derecho alguno, colocándolo en una situación de privilegio, al restablecerse su derecho sub judice por todo el tiempo que dure el proceso; es decir, que el demandante lograría con la suspensión lo que al final no podría obtener mediante sentencia.”

Como se observa, la argumentación expuesta por las providencias citadas de la Sección Segunda, están en consonancia con la posición general de la jurisprudencia de las otras secciones de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Tal posición irá variando como se expone enseguida.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Expediente 7143. Auto del 26 de agosto de 1992.

⁵ *Ibidem*.

4.2. La suspensión provisional de los efectos de actos administrativos de remoción de funcionarios vinculados al régimen de carrera administrativa.

En el año de 1994, la Sección Segunda moduló el alcance de la jurisprudencia anterior para permitir la suspensión provisional de los actos administrativos de retiro de funcionarios de carrera, en aras de proteger su derecho a la estabilidad laboral.

Es así como, en el auto proferido el 11 de enero de 1994, en el expediente 8252, la Sección Segunda distinguió entre la suspensión provisional de los actos administrativos de remoción de funcionarios escalafonados en carrera, de los de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción, para concluir que:

“ (...) procede la suspensión provisional, cuando se remueve a un empleado escalafonado en carrera, mediante un acto administrativo que carece de la motivación que permita inferir razonablemente que para su expedición se observaron los procedimientos legales; lo anterior, teniendo en cuenta que la estabilidad del funcionario de carrera se presume, pues tiene su fuente en la Constitución Política, estabilidad que solamente puede ser quebrada por la ocurrencia de cualquiera de las causales de retiro del servicio previstas para esta clase de servidores, debidamente establecida conforme a derecho. Y como la estabilidad del empleado de carrera se presume, debe concluirse que suspendido el acto de remoción, readquiere vigencia el vínculo que tenía con la administración, sin necesidad de la expedición de acto administrativo que así lo disponga; contrario sensu de lo que acontece con la remoción de un funcionario no amparado por estabilidad, evento en el que precisamente por ostentar tal carácter, la mera suspensión provisional del acto administrativo que desvincula al empleado no tiene la virtualidad de incorporarlo nuevamente a su empleo anterior, requiriéndose para ello orden judicial o nueva disposición de la autoridad nominadora.”

De acuerdo con esta posición, el retiro de este tipo de empleados tiene carácter reglado y por lo tanto, es procedente ordenar la suspensión provisional de los mismos cuando la solicitud se fundamente en la falta o carencia de motivación.⁶

En relación con los efectos de la medida de suspensión observa la Sala que la Sección considera que *“debe concluirse que suspendido el acto de remoción, readquiere vigencia el vínculo que tenía con la administración, sin necesidad de la expedición de acto administrativo que así lo disponga”*, de manera que el funcionario indebidamente desvinculado restablece la relación laboral a partir de la decisión judicial de suspender los efectos del acto administrativo, dejando para el fallo la definición sobre la posible indemnización de perjuicios, o el pago de la remuneración durante del tiempo en que estuvo separado del servicio, y demás consecuencias de la posible nulidad. Se observa además, que el auto guarda silencio sobre los efectos del fallo en caso de ser absolutorio para la entidad demandada y que por lo mismo se revoque la decisión de suspensión provisional. Sobre éste tema se volverá mas adelante.

En auto del 23 de febrero de 1996, expediente 12802, la Sección Segunda reforzó la tesis, al decretar la suspensión provisional de un acto que declaró la insubsistencia de nombramiento en período de prueba, argumentando que su

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Expediente 9062. Auto del 28 de febrero de 1994; Expediente 8536. auto de 8 abril de 1994.

desvinculación estaba sometida a motivación, pues la Constitución Política le dio una gran importancia a la protección al sistema de Carrera Administrativa, como pilar de la eficiencia y profesionalización de la función pública.

4.3. Ampliación de la suspensión provisional a cualquier acto de desvinculación de un funcionario.

La Sección Segunda encargada de los asuntos laborales, a partir de 1996, ha ampliado la posición anterior a todos los actos administrativos que contengan una decisión de retiro de un funcionario, expresando en síntesis lo siguiente: que los únicos requisitos exigidos por la Constitución y la ley para decretar la suspensión provisional son la flagrante violación a las reglas a las que está sometido el acto administrativo acusado y la existencia de un perjuicio, que en los casos de retiro de un funcionario se colige, pues el funcionario deja de recibir los ingresos, luego basta con la manifiesta ilegalidad. Tácitamente está expresando que no se puede exigir que esté produciendo efectos o los vaya a producir en un futuro, pues este no es un requisito expresamente consagrado en las normas constitucionales o legales.⁷ Obviamente, si la violación de la ley no es flagrante, no procede la suspensión provisional.⁸

En relación con los efectos de la medida cautelar, se ha guardado silencio, de manera que no hay claridad sobre si esta medida restablece el vínculo laboral del funcionario al que se le suspendió el acto administrativo de retiro del servicio, sobre lo que sucede con el período intermedio entre el retiro y la suspensión provisional, y sobretodo, cuál es el efecto de la medida si la sentencia definitiva le es desfavorable al actor y por lo mismo si la vinculación surgida a partir del auto de suspensión, deviene en ilegal.

Las tesis y los vacíos doctrinarios anteriormente expuestos, fueron sostenidas en providencia del 11 de abril de 1996 y en auto del 12 de septiembre de 2002, expediente 3685-02, al resolver una solicitud de suspensión de la insubsistencia del nombramiento del gerente de un hospital, que había sido decretada por un alcalde abiertamente incompetente,⁹ decisión en la que la Sección Segunda, sostuvo:

“El artículo 152 del C.C.A. señala como requisito para la procedencia de la medida provisoria la demostración así sea sumaria del perjuicio que la ejecución del acto causa o podría causar al demandante, exigencia que, en este caso, dada la naturaleza del negocio resulta inoperante.

“En efecto, el acto acusado retiró del servicio a un empleado público y con ello, obviamente lo privó de la oportunidad de seguir devengando sus salarios y prestaciones sociales. Así las cosas del contenido del acto se colige el perjuicio.

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Expediente 3168 auto del 6 de septiembre de 2001, al acceder a la suspensión provisional en un caso de insubsistencia, la Sección Segunda afirmó que *“ni la C. P. ni la ley establecieron excepciones para que la medida de suspensión provisional de los actos administrativos no proceda, basta pues que sean susceptibles de impugnación por vía judicial...”*

⁸ Consejo de Estado Sección Segunda. Auto del 12 de septiembre de 2002. Exp. 3685 – 02.

⁹ La Sección segunda de esta Corporación, mediante providencia del 11 de abril de 1996, expediente 13236, al respecto manifestó: *“Los actos cuya suspensión provisional se solicita no solamente dispusieron la destitución del accionante, sino que lo inhabilitaron por el término de un año para el ejercicio de funciones públicas, decisión que si tiene efectos que se prolongan en el tiempo. Ello significa que frente a esta decisión cabría la figura de la suspensión provisional, en el evento de que se dieran los requisitos legales”.*

“Esta Corporación ha reconocido que en el caso de las insubsistencias se causa un perjuicio inmediato con la ejecución del acto lo que haría impracticable la suspensión. Esta jurisprudencia ha sido matizada indicándose que finalmente es procedente la suspensión porque ni la Constitución ni la ley la limitan.

“Adicionalmente el perjuicio sufrido por el demandante aparece demostrado indiciariamente, conforme a lo autorizado por los artículos 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por remisión del artículo 168 del C.C.A., porque de la declaratoria de insubsistencia se colige la suspensión de la percepción de dineros para su manutención y la de su grupo familiar”.

Recientemente, la misma Sección Segunda, Subsección B, mediante auto del 7 de abril de 2006, considerando que había prescrito la acción disciplinaria, ordenó suspender los efectos de un acto administrativo en el cual se impuso a un servidor una sanción de destitución del cargo con la inhabilidad consecuente, proferida en un proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación.

En este auto, se efectuaron algunas consideraciones sobre la finalidad de esta medida cautelar para salvaguardar los derechos del accionante y los de la entidad pública demandada, en estos términos:

“(…) la institución de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, como medida preventiva cuando a ello hay lugar, fuera de buscar la salvaguarda previa de derechos fundamentales por su violación y por el quebrantamiento de normas relevantes, también evitan en lo posible perjuicios al servidor público afectado y a la vez, indirectamente, evitan mayores consecuencias económicas desfavorables a la Entidad Pública Demandada, en caso que llegaran a prosperar las pretensiones de la demanda en la Sentencia, cuando sus efectos en virtud del tiempo se han incrementado notablemente.

“Así las cosas, como quiera que, en principio, de la confrontación directa entre los actos acusados y las normas superiores que se invocan como quebrantadas, al tenor de la suspensión provisional, emerge con meridiana claridad la violación alegada en la solicitud de la medida preventiva según los análisis realizados, por lo que es viable acceder a la misma. En consecuencia, se revocará el proveído recurrido que negó la suspensión provisional y en su lugar, se decretará la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados en cuanto a las sanciones impuestas al actual recurrente, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia; y se ordenarán las comunicaciones del caso por la Secretaría de esta Corporación.”

No obstante lo anterior, observa la Sala que en veces se encuentran en los últimos años, providencias de la misma Sección Segunda, que no admiten la suspensión provisional de los actos administrativos de retiro, como por ejemplo el auto del 8 de noviembre de 2001, que acogió la tesis inicialmente aceptada en el sentido de que no es posible aplicar la figura de la suspensión provisional frente a actos de retiro del servicio, *“por cuanto no existe objeto sobre el que pudiera caer tal medida; sería inane declarar suspendidos los efectos de un acto ya consumado, pues el perjuicio que con él se infirió ya se causó y sólo podría cesar con la expedición de una nueva decisión administrativa que colocara al actor*

*nuevamente en la situación anterior, y ello únicamente puede hacerse a través de una orden de restablecimiento del derecho, no propia de una decisión cautelar.*¹⁰

Retomando el tema de la consulta, cual es el de los efectos de la decisión judicial de suspensión provisional de un acto administrativo de desvinculación de un funcionario, salvo el párrafo transcrito en el punto 4.2 sobre funcionarios de carrera en el que se sostiene que se debe restablecer el vínculo laboral, los demás autos estudiados guardan silencio sobre el particular, e incluso, en la parte resolutive se limitan a ordenar que “por la secretaría de la Sección 2ª del H. Consejo de Estado, una vez ejecutoriada esta providencia, remítanse sendas comunicaciones y copias de esta decisión judicial al Sr. Procurador General de la Nación, Presidencia de la República, Dirección General de la Policía Nacional, para lo de su cargo” como se lee en el más reciente de los autos citados, el de 7 de abril de 2006.

5. Análisis del caso sometido a estudio.

El recuento de la jurisprudencia de esta Corporación, permite a la Sala formular estos planteamientos: que por regla general, la suspensión provisional solo procede cuando los efectos del acto administrativo objeto de la medida cautelar no se hayan cumplido, que la consecuencia natural de la orden judicial consiste en interrumpir la producción de los efectos que no se hayan causado; que en los casos considerados por la jurisprudencia de la Sección II del Consejo de Estado en que se proceda a suspender provisionalmente un acto de retiro del servicio, debe estarse a lo que fije la providencia que dio la orden de suspensión.

En el caso consultado a la Sala, se relata que existe un acto administrativo de retiro de un funcionario el cual terminó, por sí mismo el vínculo laboral, por lo que había producido sus efectos antes de expedirse la medida cautelar de suspensión provisional. En éste auto se guardó silencio sobre la forma como se debía cumplir la orden de suspensión. Como la ley no define cómo ha de procederse en caso de suspensión provisional, ni la jurisprudencia analizada contiene una teoría sobre este particular, procede la Sala a recomendarle a la entidad consultante la forma de actuar en ésta situación.

Al definir la suspensión provisional expresaba esta Sala, que es una medida cautelar que se basa en un juicio provisional y previo de legalidad del acto demandado, pero que por sí misma ataca la eficacia del acto mas no su validez, de manera que el acto administrativo continúa siendo válido hasta la sentencia definitiva que lo anule, pero no puede seguir siendo ejecutado ni por la misma administración ni por ninguna de las partes interesadas en la decisión suspendida. La finalidad de tal medida cautelar es la de mantener en lo posible el estado de cosas anterior al acto administrativo suspendido para evitar que éste sea alterado con la ejecución del acto demandado, protegiendo la legalidad objetiva y evitando que se consolide o se cause un perjuicio.

A partir de estas premisas, encuentra la Sala que el efecto del auto de suspensión provisional es el de procurar mantener el estado de cosas anterior, por lo que la administración debe limitarse a restablecer el vínculo laboral interrumpido hasta que se produzca la sentencia definitiva. La decisión judicial de suspender los efectos del acto de retiro, conlleva entonces a la necesidad del reintegro temporal del funcionario, el cual se fundamenta en la orden judicial de suspensión provisional, que a su vez se ha basado en el juicio provisional de legalidad. Esta decisión no conlleva el pago de ninguna indemnización ni tampoco de los salarios

¹⁰ Consejo de Estado Sección Segunda, auto del 8 de noviembre de 2001. Expediente 2996-01.

intermedios entre el retiro y el reintegro, pues estas determinaciones son claramente condenatorias, que escapan a los efectos de una medida cautelar.

Pregunta el Director del Departamento Administrativo consultante por la oportunidad para expedir el acto de reintegro en caso de que ésta fuera la recomendación por la que se inclinara la Sala de Consulta y Servicio Civil, a lo que se responde teniendo como sustento el artículo 153 del código contencioso administrativo según el cual “*el auto de suspensión se comunicará y ejecutará previa ejecutoria*” de manera que la administración debe proceder a expedir el reintegro una vez le sea comunicada la orden por la autoridad judicial competente.

Advierte la Sala que este reintegro no genera en absoluto un fuero de inamovilidad del funcionario, de manera que continúa sometido al régimen laboral que le sea aplicable, y podrá ser retirado posteriormente por causas diferentes de las que dieron lugar al acto administrativo suspendido, con arreglo a las normas que rijan la vinculación del servidor público.

En el evento en que se presente un fallo adverso, pues puede ocurrir que lo que parece ilegal a primera vista no sea confirmado en la sentencia, opina la Sala que no habría lugar a la devolución de los salarios y demás prestaciones, porque corresponden a una contraprestación de los servicios prestados efectivamente a la entidad, en virtud de una relación laboral que se reestableció temporalmente con fundamento en una orden judicial.

Para concluir, advierte la Sala que comparte la posición jurídica de la Sección Segunda al decretar la suspensión provisional de actos administrativos que ya han se han cumplido, por dos razones de orden constitucional: la primera, que una de las finalidades de la suspensión provisional debe ser la de proteger los derechos fundamentales y por lo mismo debe dársele cabida a medidas de carácter preventivo y no solamente a las de carácter indemnizatorio, y segundo porque en la Constitución de 1991 se presenta un cambio en el papel del juez administrativo, en la medida en que debe actuar buscando mas prevenir que se causen perjuicios a las personas que reparar, mediante indemnización, los daños causados. Es evidente que se crea alguna confusión a partir de decisiones como las que se han reseñado, pues los poderes del juez contencioso administrativo contemplados en el código están dirigidos a restablecer los derechos o a indemnizar los perjuicios causados, mas no para adoptar las órdenes y medidas necesarias para prevenir los daños. Una reforma al código se impone sobre este particular.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

1. **y** 2. Los efectos del auto que decreta la suspensión provisional de los actos administrativos de contenido particular, pueden sintetizarse en esta forma:
 - a. Por regla general, la suspensión provisional solo procede cuando los efectos del acto administrativo objeto de la medida cautelar no se hayan cumplido;
 - b. La consecuencia natural de la orden judicial de suspensión provisional consiste en interrumpir la producción de los efectos que no se hayan causado;
 - c. En los casos considerados por la jurisprudencia de la Sección II del Consejo de Estado en que se proceda a suspender provisionalmente un

acto de retiro del servicio, además de sus efectos propios, debe estarse a lo que fije la providencia que dio la orden de suspensión;

- d. En los casos en que se suspenda provisionalmente un acto administrativo de retiro de un funcionario y el auto guarde silencio sobre la forma como ha de cumplirse la orden de suspensión, la administración debe proceder a su reintegro, el cual surte efectos a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia judicial.
3. Las actuaciones de la administración basadas en el cumplimiento de la orden judicial de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, están amparadas por la presunción de legalidad, aunque el acto cuya validez se discute en el proceso contencioso se declare nulo en la sentencia.
4. El servidor público que es vencido en el proceso contencioso, no tiene la obligación de reintegrar lo que hubiese percibido a título de contraprestación por un servicio prestado durante el período de la suspensión, pues estos fueron percibidos en cumplimiento y durante la vigencia de una orden judicial que posteriormente es revocada.
5. Como se expuso en los puntos (c) y (d) de la primera respuesta, ante todo la entidad pública debe estarse a lo decidido en el auto de suspensión provisional. Si guarda silencio sobre sus efectos, debe proceder al reintegro del funcionario, a partir de la ejecutoria del auto, profiriendo el correspondiente acto administrativo de ejecución de la orden judicial.
6. Las actuaciones de la administración basadas en el cumplimiento de la orden judicial de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, están amparadas por la presunción de legalidad, aunque el acto cuya validez se discute en el proceso contencioso se declare nulo en la sentencia.
7. El servidor público que es vencido en el proceso contencioso, no tiene la obligación de reintegrar lo que hubiese percibido a título de contraprestación por un servicio prestado durante el período de la suspensión, pues la remuneración fue percibida en cumplimiento y durante la vigencia de una orden judicial que posteriormente se revocó.
8. La suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que impuso una sanción disciplinaria ejecutoriada, no tiene como efecto la reapertura de la investigación.
9. Como se ha expuesto, ejecutoriada la decisión que decreta la suspensión provisional de los efectos de un acto que ordena la destitución, el reintegro debe hacerse a partir de la comunicación expedida por la autoridad judicial competente.

Transcríbase al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala