



Concepto 373501 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000373501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000373501

Fecha: 12/10/2021 02:15:42 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ACTO ADMINISTRATIVO. Suspensión. Efectos de la suspensión y de la nulidad de un acto de nombramiento. RAD. 20212060617922 del 9 de septiembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, declaró la nulidad del acto administrativo mediante el cual el Concejo Municipal de San Luis de Gaceno (Boyacá) eligió al señor Juan Manuel Castañeda González como personero municipal de esa localidad para el período constitucional 2020-2024, y como consecuencia de lo anterior, el Concejo Municipal deberá realizar nuevamente, en su totalidad, el concurso de méritos para la elección del personero de dicho ente territorial para el período constitucional 2020-2024. Con base en la información precedente, consulta si la Personería Municipal debe liquidar a quien fungió como Personero Municipal y sobre quien recayó el nombramiento declarado nulo desde el día 26 de noviembre de 2020 hasta el 10 de marzo de 2021.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre la posibilidad de presentar recursos contra los actos administrativos, indica:

“ARTÍCULO 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.” (Se subraya).

“ARTÍCULO 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.”

Sobre la figura de la suspensión provisional del acto administrativo, la Corte Constitucional, en su Sentencia No. C-069 del 23 de febrero de 1995, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, indicó lo siguiente:

“Así pues, la suspensión provisional es una declaración judicial atribuida por la Constitución Política a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si al demandarse la nulidad de un acto administrativo, el actor solicita la suspensión provisional, por considerarlo contrario al ordenamiento jurídico superior al cual debe sujetarse, y el juez de lo contencioso administrativo la decreta, aquel, pierde su fuerza ejecutoria en forma temporal hasta tanto haya un pronunciamiento definitivo sobre la legalidad o ilegalidad del mismo, es decir, que los efectos no rigen, en forma tal que la Administración no puede aplicarlos, ni son oponibles.

La doctrina de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, ha expresado, en cuanto a los efectos jurídicos de la suspensión provisional, lo siguiente:

<<Considerada en abstracto, la suspensión provisional dice relación a la inaplicabilidad del acto, por cuanto al quedar desvirtuada su presunción de legalidad, se hizo posible la orden de no darle efectividad.

...

Es cierto que la sentencia definitiva puede absorber los efectos de la suspensión provisional, pero también hacer cesar tales efectos, en cuanto no prospere la acción de nulidad; se entiende que la inaplicabilidad del acto suspendido sólo puede ser transitoria, mientras no sea anulado o declarado válido definitivamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Cuando se produce la decisión definitiva cesa la situación de provisionalidad creada por el auto de suspensión, de manera que si el acto acusado no se anula recobra su eficacia temporalmente suspendida y si, por el contrario, se declara nulo, definitivamente desaparece.(subrayado fuera del texto)

...

La suspensión provisional, si no implica inexistencia 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...>>⁸

Esta Corporación considera que la suspensión provisional del acto administrativo, en los términos del Artículo 66 del decreto 01 de 1984 (C.C.A), acusado, que consagra la suspensión provisional de los actos administrativos por pérdida de su fuerza ejecutoria, está en consonancia con el precepto constitucional

(Artículo 238), según el cual 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", en forma directa." (El sombreado es nuestro).

De acuerdo con el citado fallo, como consecuencia de la decisión de un juez, el acto administrativo pierde su fuerza ejecutoria en forma temporal hasta tanto haya un pronunciamiento definitivo sobre la legalidad o ilegalidad del mismo, es decir, que los efectos no rigen, en forma tal que la Administración no puede aplicarlos, ni son oponibles. Si el acto acusado no se anula, el acto administrativo recobra su eficacia temporalmente suspendida y si, por el contrario, se declara nulo, definitivamente desaparece.

Ahora bien, de acuerdo con el citado fallo, la medida cautelar tiene efectos *ex tunc*, desde cuando el acto tuvo vigencia. Sobre el particular, la Corte Constitucional en su Sentencia T-121 del 8 de marzo de 2016, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló lo siguiente:

"2.2.11. En ilación con lo expuesto, los fallos de nulidad proferidos por el Consejo de Estado tienen efectos *ex tunc*, es decir, retrotraen la situación a como se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado, sin afectar las situaciones jurídicas que se consolidaron, las cuales, conforme la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, son aquellas que han quedado en firme, o han sido objeto de pronunciamiento judicial, es decir, que han hecho tránsito a cosa juzgada, por tanto, no son susceptibles de debatirse ni jurídica ni administrativamente. Frente a situaciones jurídicas consolidadas, en materia laboral, deben respetarse los derechos adquiridos, como quiera que se parte del hecho de que un derecho adquirido es una situación que se ha consolidado en vigencia de la disposición que consagra el derecho. (...)"

Así, el fallo de nulidad retrotrae la situación a como estaba antes del fallo, pero no afecta las situaciones jurídicas consolidadas, como en el caso de las situaciones en materia laboral, en las que deben respetarse los derechos adquiridos.

Según la documentación que se adjuntó a la consulta, los antecedentes del nombramiento del Personero son:

- El 27 de noviembre de 2020, la Mesa Directiva del Concejo Municipal emite la Resolución mediante la cual se protocoliza la elección del personero municipal para el período constitucional 2020-2024.

- El 30 de noviembre, el designado toma posesión del cargo de Personero.

- El 22 de febrero de 2021, el Juzgado Segundo Administrativo decretar la suspensión provisional de los efectos del acta de sesión ordinaria en la cual se declaró la elección del Personero.

- El 10 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo Administrativo declara la nulidad del acto administrativo mediante el cual el Concejo Municipal designa al Personero Municipal de esa localidad para el periodo constitucional 2020 - 2024, y ordena realizar nuevamente, el concurso de méritos.

Conforme a lo señalado, el acto administrativo de designación y la protocolización del nombramiento del Personero, perdieron obligatoriedad a

partir de que la decisión de suspensión del juzgado administrativo quedó en firme. En otras palabras, el acto administrativo de nombramiento del Personero perdió su fuerza ejecutoria en forma temporal y finalmente el acto fue declarado nulo.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la Personería deberá reconocer los salarios y las prestaciones del Personero designado y sobre el cual fue declarada la nulidad, a partir de su fecha de posesión y hasta la fecha en que quedó en firme la suspensión del acto administrativo pues, aun cuando la nulidad tiene efectos *ex tunc*, (retrotrae la situación a como se encontraba antes), no se pueden afectar situaciones jurídicas que se consolidaron, como lo son las acaecidas en materia laboral.

Adicionalmente, se deben reconocer los salarios y las prestaciones del Personero sobre quien recayó la nulidad, en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa, pues la administración se benefició de la labor realizada por el servidor antes de la suspensión del acto administrativo y de no hacerlo, se configuraría el enriquecimiento sin causa.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:14:10