

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO – Finalidad / REINTEGRO AL CARGO DE EMPLEADO SUSPENDIDO POR ORDEN JUDICIAL – Efectos / SUSPENSION EN EL CARGO POR ORDEN JUDICIAL - No implica el rompimiento de la relación laboral / REINTEGRO AL CARGO DE EMPLEADO SUSPENDIDO POR ORDEN JUDICIAL – No exonera del reconocimiento de salarios a la entidad empleadora**

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige no sólo a obtener la nulidad del acto administrativo que quebranta el ordenamiento jurídico, sino que, como consecuencia de ello, surgen tres posibilidades para aquel a quien le han sido conculcados sus derechos con la ilicitud del acto: la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño. Ha de entenderse que la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, retrotraer las cosas a su estado anterior al hacer cesar los efectos del acto nocivo; de manera que cuando el fallo judicial ordena a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo de quien fuera suspendido en el ejercicio del cargo, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo transcurrido entre la suspensión y el reintegro, está devolviendo en el tiempo los efectos del acto que anuló y en esa medida crea la ficción jurídica de que el servidor nunca fue retirado del servicio, con todo lo que ello implica; ese es el motivo por el cual se declara que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. De manera que en eventos como el de autos, en el que la funcionaria suspendida no fue condenada, debe ser restablecida en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privada durante dicha etapa, retro trayéndose la situación al momento en que fue suspendida del cargo, es decir como si nunca hubiera sido separada del servicio, y por ende las resoluciones 2301 de 24 de diciembre de 2004 y 0188 de 25 de febrero de 2005, mediante las cuales se ordenó a la demandante el reintegro de las sumas de dinero recibidas por concepto de salarios y prestaciones dejadas de percibir durante la suspensión no estuvo ajustada a derecho, pues se repite la remisión que se hace a los salarios dejados de percibir corresponden a la indemnización del daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se suspendió. Ahora bien, la decisión judicial de suspender el pago de los salarios y prestaciones, no implica el rompimiento de la relación laboral porque la orden de suspensión contiene una condición resolutoria consistente en el futuro incierto del proceso, luego como el acto de suspensión no conlleva extinguir el vínculo laboral, es apenas comprensible que desaparecida la condición suspensiva que pesaba sobre el derecho a la remuneración, se retrotraigan plenamente los efectos de tal suceso, recayendo sobre el nominador la obligación del reintegrar las sumas de dinero dejadas de pagar. De lo anterior es claro que para radicar en el nominador el deber de pagar los salarios y prestaciones en la hipótesis contemplada, no se requiere de un precepto normativo que establezca dicha obligación, pues es de elemental justicia que habiendo sido privada la empleada de su medio vital de subsistencia por causa de una medida que no implica extinción de la relación laboral, una vez esta sea revocada lo pertinente es permitir que se retrotraiga plenamente en sus efectos, volviendo las cosas a su estado inicial. Establecido lo anterior debe precisarse que si bien es cierto que la suspensión de la actora no fue iniciativa del ente territorial con el que esta vinculado laboralmente, tal circunstancia no lo releva de su condición de empleador y por ende no lo exonera del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión.

**ACCION DE REPETICION - Puede interponerse por la entidad empleadora para obtener el pago de los salarios y prestaciones contra la autoridad judicial que ordeno la suspensión en el cargo**

En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual esta vinculada la peticionaria es la que debe asumir tal carga como consecuencia de que por la orden judicial se retrotrae la situación al estado anterior, como si la funcionaria jamás hubiera sido separada del servicio, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir. Otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Fiscalía General de la Nación en obediencia de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión (ver folio 30 del expediente), esto en atención a que, como es sabido, en los casos de suspensión disciplinaria el pago de las acreencias laborales le corresponde al nominador aunque la orden haya sido proferida en acatamiento de lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación, en consideración con lo preceptuado en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008).-

**Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05593-01(1922-07)**

**Actor: EDNA RUTH OVALLE SUAZA**

**Demandado: CONTRALORIA DE BOGOTA D.C.**

Referencia: Apelación Sentencia – Autoridades Distritales.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA ACCIÓN**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 7 de junio de 2007, proferida por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por la señora Edna Ruth Ovalle Suaza contra la Contraloría de Bogotá.

## 2. PRETENSIONES

1.- Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la señora Edna Ruth Ovalle Suaza acudió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

**“En forma principal”**, solicitó la nulidad de la Resolución N° 2301 del 24 de diciembre de 2004, expedida por el Contralor de Bogotá D.C., por medio de la cual se ordenó el reintegro de una suma de dinero por parte de la funcionaria Edna Ruth Ovalle Suaza, y de la Resolución N° 0188 de 25 de febrero de 2005, expedida por el Contralor de Bogotá D.C., en virtud de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior.

**“En forma subsidiaria”** pidió la anulación del Acto de mandamiento de pago proferido en contra Edna Ruth Ovalle Suaza, dentro del proceso de Jurisdicción Coactiva para el cobro del dinero que se le ordenó reintegrar mediante las resoluciones acusadas.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Contraloría de Bogotá a reembolsar debidamente indexados los dineros de sus salarios y prestaciones sociales embargados y retenidos a través del proceso de Jurisdicción Coactiva; que se dejen sin efectos las resoluciones acusadas y el acto de Mandamiento Ejecutivo y que se reconozcan los intereses moratorios conforme a lo consagrado

en el artículo 177 del C.C.A, a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha de su pago efectivo.

### **3. FUNDAMENTOS FACTICOS.**

Los hechos que fundamentan las pretensiones de la actora, se contraen en lo siguiente:

El Contralor de Bogotá D.C., mediante la Resolución N° 3474 de 28 de diciembre de 2001, resolvió suspender a la peticionaria en el ejercicio de sus funciones, en cumplimiento de la orden impartida por la Fiscalía General de la Nación, dentro del proceso penal que se adelantaba en contra de la actora por la presunta comisión del delito de concusión.

A través de sentencia de 27 de febrero de 2004, el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, absolvió a la peticionaria de la imputación formulada; dicha decisión fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Afirmó que el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1° de junio de 2004, tuteló los derechos fundamentales de la demandante y ordenó su reintegro al cargo que ocupaba en la Contraloría de Bogotá. En cumplimiento de la orden de tutela, el Contralor expidió la Resolución N° 1094 de 8 de junio de 2004.

Como consecuencia de lo anterior, la Contraloría de Bogotá D.C., a través del Director de Talento Humano, expidió la Resolución N° 1696 de 16 de septiembre de 2004, por medio de la cual reconoció y ordenó pagar a la actora los

salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, durante el tiempo comprendido entre la suspensión y su reintegro al cargo.

Que posteriormente y en forma sorpresiva, el Contralor de Bogotá expidió la Resolución N° 2301 de 24 de diciembre de 2004, mediante la cual ordenó a la peticionaria reintegrar a la Contraloría los dineros que se le habían reconocido y pagado a través de la Resolución N° 1696 de 16 de septiembre de 2004.

Que ante tal acontecimiento la señora Ovalle Suaza interpuso recurso de reposición contra la resolución 2301, el que fue resuelto desfavorablemente a través de la Resolución N° 0188 de 25 de febrero de 2005.

Con fundamento en lo anterior, la Contraloría de Bogotá inició proceso de responsabilidad fiscal en contra de la actora, para el cobro coactivo de los dineros que le habían sido reconocidos y pagados con fundamento en la resolución de la Contraloría N° 1696 del 16 de septiembre de 2004 y a partir del mes de mayo de 2005, le embargó una parte de su salario.

#### **4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Citó como normas violadas el artículo 58 de la Constitución Política, y los artículos 14, 28, 29, 34, 35 y 73 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de la violación, indicó que a la demandante le fue quebrantado el derecho fundamental al debido proceso, pues la resolución 2301 fue expedida de oficio por la administración, infringiéndose el artículo 28 del C.C.A.; no se le cito en forma previa a la expedición, ni se le permitió hacer valer

sus derechos, pedir pruebas, allegar informaciones y expresar sus opiniones, de donde se concluye que la administración apreció y decidió la situación de oficio afectando en forma personal a la demandante a quien se le ordenó reembolsar el dinero cancelado en virtud de la resolución N°.1696, con lo que vulneró lo estipulado en el artículo 73 del C.C.A., pues la administración no solicitó el consentimiento de la demandante y en consecuencia no obtuvo el mismo para la expedición de la resolución impugnada.

Arguyó que los actos enjuiciados desconocieron un derecho adquirido a través de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, y que por lo tanto no podía ser revocado sin el consentimiento expreso de su titular.

Agregó que el proceder de la administración, contraría lo señalado por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la sentencia de 6 de marzo de 1997.

## **5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Enterada del trámite de la acción, la parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, en extenso escrito obrante a folios 145 a 164 del plenario.

Señaló que la Contraloría de Bogotá a través del Comité de Conciliación y de la Dirección de Talento Humano, en primer lugar, realizó el análisis interno para determinar la viabilidad de obtener el reembolso de los dineros cancelados a la demandante por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el período de suspensión ordenado por la Fiscalía y en

un segundo lugar, expidió la Resolución 2301 del 24 de diciembre de 2004, ordenando la devolución de la suma cancelada por dichos conceptos, acto administrativo que una vez proferido fue dado a conocer inmediatamente a la peticionaria, informándole que contra dicha providencia procedía el recurso de reposición que podía interponer por escrito dentro de los cinco días siguientes ante el despacho del Contralor; que fue el 24 de diciembre cuando nació el acto administrativo y una vez notificado comenzó a surtir efectos frente a la interesada, pero antes de esa fecha no había actuación administrativa que fuera necesario comunicar.

Manifestó que con el acto demandado, se buscó proteger el patrimonio público, encontrando como forma de garantizarlo la exigencia de devolución de dineros pagados indebidamente a fin de evitar un enriquecimiento injustificado de un tercero y por ende un detrimento al patrimonio de la contraloría.

## **6. EL FALLO RECURRIDO**

Mediante sentencia de 7 de junio de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de las resoluciones demandadas y se inhibió para estudiar el auto de mandamiento ejecutivo señalado en la demanda.

Luego de hacer un recuento del caudal probatorio que reposa en el plenario, el Tribunal consideró que la demandante al no ser declarada responsable penalmente por el delito respecto del cual se estaba investigando y por haber quedado en firme la decisión que la absolvió de los cargos que se le habían imputado, adquiere de manera automática el derecho a ser reintegrada a su cargo, por haber desaparecido la causa que originó su suspensión y además se originó a su favor el derecho a recibir los salarios y prestaciones sociales que dejó de

percibir durante el periodo de la suspensión en el cargo, pues la prestación del servicio no se dejó de prestar por voluntad de la demandante, sino por la orden de una autoridad que dispuso su separación en el ejercicio del cargo, de modo que este reconocimiento salarial y prestacional no es otra cosa que el derecho que tiene a percibir los dineros que dejó de recibir por un factor ajeno a su voluntad, generándose una ficción como si ésta hubiera prestado sus servicios durante el tiempo en que estuvo suspendida en el ejercicio del cargo, lo que le da derecho a la percepción de los salarios y prestaciones que se hubieren causado durante ese periodo, el cual debe ser cancelado por la entidad empleadora.

Como fundamento de la decisión, el Tribunal citó la sentencia de 25 de enero de 2007, proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda de esta Corporación, dentro del proceso radicado bajo el N° 1998-00883-01 (1618-03) M.P. Dra Bertha Lucía Ramírez de Páez, en la que la Sala Plena del Consejo de Estado acogió los planteamientos expresados en el salvamento de voto presentado por el Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado en la Jurisprudencia IJ - 004.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, el Tribunal se declaró inhibido para pronunciarse respecto de la declaratoria de nulidad del mandamiento de pago proferido en el proceso de jurisdicción coactiva adelantado con ocasión de los pagos ordenados, como quiera que no es la Sección Segunda la competente para pronunciarse en relación con la nulidad del mismo.

## **7. DE LA APELACION**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada apeló el fallo del Tribunal.



Afirmó que en las sentencias proferidas por la Jurisdicción Penal, no se consignó expresamente la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el período de suspensión de la demandante, en el ejercicio de sus funciones.

Alegó que la decisión adoptada por el *a quo* desconoce la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en las sentencias proferidas en los procesos radicados bajo los números 1991-06898-01 y 1996-13147-01, las cuales dan pleno respaldo al proceder de la Contraloría de Bogotá.

Aseveró que una vez definida la situación penal de la funcionaria suspendida, la Entidad demandada se encuentra ante la terminación de una situación administrativa que no acarrea el pago de salarios por un servicio no prestado, sin intervención de la empleadora sino en atención a una orden impartida por una autoridad competente. En tal virtud, afirmó que es a la Fiscalía General de la Nación a quien corresponde cancelar los perjuicios ocasionados con ocasión de la suspensión de su cargo.

Agregó, en síntesis, que bajo ninguna circunstancia es posible hacer surgir obligaciones de carácter salarial y prestacional que no han sido causadas.

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

## **II. CONSIDERACIONES**

La señora Edna Ruth Ovalle Suaza, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo solicita:

**“En forma principal”**, la nulidad de la Resolución N° 2301 del 24 de diciembre de 2004, expedida por el Contralor de Bogotá D.C., por medio de la cual se ordenó el reintegro de una suma de dinero por parte de la funcionaria Edna Ruth Ovalle Suaza, y de la Resolución N° 0188 de 25 de febrero de 2005, expedida por el Contralor de Bogotá D.C., en virtud de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior.

**“En forma subsidiaria”** la anulación del Acto de mandamiento de pago proferido en contra Edna Ruth Ovalle Suaza, dentro del proceso de Jurisdicción Coactiva para el cobro del dinero que se le ordenó reintegrar mediante las resoluciones acusadas.

De lo anterior la Sala limitara su análisis a determinar si hay o no lugar a la devolución de las sumas de dinero que la Contraloría de Bogotá reconoció a la demandante por concepto de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir durante el tiempo en que fue suspendida en el ejercicio de su cargo.

El artículo 85 del C.C.A., dispone:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige no sólo a obtener la nulidad del acto administrativo que quebranta el ordenamiento jurídico, sino que, como consecuencia de ello, surgen tres posibilidades para aquel

a quien le han sido conculcados sus derechos con la ilicitud del acto: la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

Ha de entenderse que la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, retrotraer las cosas a su estado anterior al hacer cesar los efectos del acto nocivo; de manera que cuando el fallo judicial ordena a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo de quien fuera suspendido en el ejercicio del cargo, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo transcurrido entre la suspensión y el reintegro, está devolviendo en el tiempo los efectos del acto que anuló y en esa medida crea la ficción jurídica de que el servidor nunca fue retirado del servicio, con todo lo que ello implica; ese es el motivo por el cual se declara que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

De lo anterior es claro que la consecuencia jurídica de la declaratoria de nulidad dentro del ámbito de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituye un elemento de diferenciación entre el contencioso objetivo de anulación (acción de simple nulidad) y el contencioso subjetivo de nulidad (acción de plena jurisdicción, hoy de restablecimiento del derecho). Pero además instituye un componente que permite distinguirla de la reparación, que impone un resarcimiento de los perjuicios causados al empleado y que si bien está contemplada en el artículo 85 del C.C.A. como una figura adicional que bien puede ser pretendida por quien instaura la acción, ello no significa que una y otra puedan equipararse y decretarse indistintamente.

Para que proceda la reparación consagrada en la norma precitada se requiere que la interesada pruebe la ocurrencia del perjuicio que alega como

causa de la reparación pretendida y en este evento, el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

De manera que en eventos como el de autos, en el que la funcionaria suspendida no fue condenada, debe ser restablecida en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privada durante dicha etapa, retrotrayéndose la situación al momento en que fue suspendida del cargo, es decir como si nunca hubiera sido separada del servicio, y por ende las resoluciones 2301 de 24 de diciembre de 2004 y 0188 de 25 de febrero de 2005, mediante las cuales se ordenó a la demandante el reintegro de las sumas de dinero recibidas por concepto de salarios y prestaciones dejadas de percibir durante la suspensión no estuvo ajustada a derecho, pues se repite la remisión que se hace a los salarios dejados de percibir corresponden a la indemnización del daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se suspendió.

Ahora bien, la decisión judicial de suspender el pago de los salarios y prestaciones, no implica el rompimiento de la relación laboral porque la orden de suspensión contiene una condición resolutoria consistente en el futuro incierto del proceso, luego como el acto de suspensión no conlleva extinguir el vínculo laboral, es apenas comprensible que desaparecida la condición suspensiva que pesaba sobre el derecho a la remuneración, se retrotraigan plenamente los efectos de tal suceso, recayendo sobre el nominador la obligación del reintegrar las sumas de dinero dejadas de pagar.

De lo anterior es claro que para radicar en el nominador el deber de pagar los salarios y prestaciones en la hipótesis contemplada, no se requiere de un precepto normativo que establezca dicha obligación, pues es de elemental justicia que habiendo sido privada la empleada de su medio vital de subsistencia por causa de una medida que no implica extinción de la relación laboral, una vez esta sea revocada lo pertinente es permitir que se retrotraiga plenamente en sus efectos, volviendo las cosas a su estado inicial.

Establecido lo anterior debe precisarse que si bien es cierto que la suspensión de la actora no fue iniciativa del ente territorial con el que esta vinculado laboralmente, tal circunstancia no lo releva de su condición de empleador y por ende no lo exonera del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión.

En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual esta vinculada la peticionaria es la que debe asumir tal carga como consecuencia de que por la orden judicial se retrotrae la situación al estado anterior, como si la funcionaria jamás hubiera sido separada del servicio, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir. Otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Fiscalía General de la Nación en obediencia de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión (ver folio 30 del expediente), esto en atención a que, como es sabido, en los casos de suspensión disciplinaria el pago de las acreencias laborales le corresponde al nominador aunque la orden haya sido proferida en acatamiento de lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación, en consideración con lo preceptuado en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996.

Por último debe precisarse que de existir alguna duda respecto de la situación de la demandante deben aplicarse los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, conforme a los cuales debe acudirse a la "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", pues si bien es cierto el nominador no profirió la orden de suspensión que afectó al trabajador, este tampoco tiene que correr con la carga que por la decisión de la autoridad afectó su situación laboral.

En estas condiciones como se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, procede su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho tal como lo ordenó el a quo, decisión que será confirmada por esta Corporación.

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

## **FALLA**

**CONFIRMÁSE** la providencia del 7 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por la señora Edna Ruth Ovalle Suaza contra la Contraloría de Bogotá.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE PÚBLIQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

**JAIME MORENO GARCÍA**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

Rad. 25000 23 25 000 2005 05593 01 (1922-07) Actor: EDNA RUTH OVALLE SUAZA