



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RADICADO: 70-001-33-33-002-2015-00115-01
DEMANDANTE: MEDARDO ENRIQUE PERÉZ GÓMEZ
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia proferida el 11 de mayo de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El **MEDARDO ENRIQUE PERÉZ GÓMEZ**, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho, solicitando se declare:

- La nulidad del artículo 2 y parágrafo único de la Resolución 5954 del 05 de Diciembre de 2014, por la cual se ordenó pagar a partir del 12 de noviembre de 2011, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional la pensión reconocida en el artículo 1 y se declara

¹ Folio 1-11

prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 12 de noviembre de 2011;

- La nulidad de la Resolución No 0151 del 09 de enero de 2015, por medio de la cual se confirma la resolución anterior.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Que se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, al pago de mesadas pensionales comprendidas entre 25 de mayo de 2004 hasta el 12 de noviembre de 2011;
- Se ordene pagar la indexación o corrección monetaria de los valores que resulten de la liquidación de los conceptos adeudados a la actora desde el momento en que se debió cancelar cada suma hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones, así como los intereses moratorios de las sumas adeudadas.

Como **fundamentos fácticos** de la demanda, la P. Actora afirmó:

El señor MEDARDO ENRIQUE PÉREZ GÓMEZ se desempeñó como infante de Marina Regular (IMR) de la Armada Nacional y mediante Acta de Junta Medico Laboral No. 058 de 29 de marzo de 2006, se le determinó una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje del cincuenta y dos punto cero por ciento (52.0%), siendo su último lugar de prestación de servicios en el Batallón de Fusileros de IM No.4 de Corozal.

Mediante Resolución No 5954 de 05 de diciembre de 2014 expedida por la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales, se le reconoció al ex infante de marina regular de la Armada Nacional, MEDARDO ENRIQUE PÉREZ GÓMEZ, una pensión mensual de invalidez a partir del 25 de mayo de 2004, seguidamente se declararon prescritas el pago de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 12 de Noviembre de 2011, esto es, las comprendidas entre 25 de mayo de 2004 hasta el 12 de Noviembre de 2011.

Dentro del término legal para ello se interpuso el recurso de reposición contra el artículo 2 y párrafo único de la Resolución No 5954 del 05 de Diciembre de 2014; toda vez que el derecho a pensión, que se había dejado de reconocer en virtud del Decreto 4433 de 2004, surgió solamente en el momento en que se declara la nulidad del mismo y queda debidamente

ejecutoriada la sentencia que así lo indica, esto es, la Sentencia del H. Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, bajo el radicado 110010325000200700061-00, pues cuando se mantuvo privado este derecho, no podía reclamar su derecho por no cumplir los requisitos para obtener una pensión de invalidez .

En el acápite **de normas violadas**, la parte actora invocó los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, el artículo 2 de la Ley 4 de 1992 y el numeral 3-5 del artículo 3 de la ley 923 de 2004.

En el **concepto de violación**, se esgrimió que en la declaratoria de nulidad del artículo 30 del decreto 4433 de 2004, se debe entender que los efectos de dicha sentencia son retroactivos, es decir, que dejó la situación jurídica en el estado en que se encontraba antes de la expedición del acto declarado nulo, pues no se trataba de ninguna de las tres excepciones que consagra el legislador de las sentencias de nulidad de los actos administrativos que rigen hacia el futuro. En tal sentido, partiendo de los efectos retroactivos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales, es claro que las acreencias laborales pretendidas en el presente asunto no se encuentran prescritas, porque la misma se debió contar desde la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La entidad accionada contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones de la misma y solicitando que las mismas sean negadas.

Para el efecto, argumentó que de acuerdo a la prueba documental aportada en los hechos de la demanda, era claro que aunque el H. Consejo de Estado haya realizado el pronunciamiento contentivo en la Sentencia del 28 de febrero de 2013, solo hasta el 10 de noviembre de 2014, el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que anterior a ello el Ministerio de Defensa , se encontraba cumpliendo lo establecido en el art 30 del Decreto 4433, y no se había declarado nulidad del acto administrativo, ya que los mismos se presumen legales, así contrario a lo señalado por el demandante, el Ministerio de Defensa aplicó la prescripción de las mesadas de acuerdo a lo establecido en la ley.

² Folio 57-73

Aduce, si bien el Consejo de Estado considero la nulidad del artículo 30 del derecho 4433 de 2004, no puede obviar el legislador la prescripción de las mesadas y que con anterioridad el derecho a recibir su pensión no se encontraba concretado, es decir no podía el ministerio de Defensa reconocer las mesadas pensionales desde el 25 de mayo de 2004, tal como pretende en el acápite de las pretensiones de la demanda, porque el demandante no tenía la calidad aun de pensionado y el derecho a reconocer la pensión no había sido reconocido.

En las razones de su defensa trajo a colación el principio de irretroactividad de la Ley y la restrospectividad, así como la figura de la prescripción de mesadas pensionales en el régimen prestacional de las fuerzas militares.

Por último, formuló la excepción que denominó legalidad del acto administrativo demandado.

1.3 PROVIDENCIA IMPUGNADA³.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en sentencia del 11 de mayo de 2017, negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Expresó que debía aplicar la prescripción extintiva del derecho contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la cual es trienal desde el momento en que se hizo exigible, es decir, desde el 29 de marzo de 2006 y por ende, al presentarse la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez solo hasta el 12 de noviembre de 2014, el acto demandado aplicó la norma en comento en debida forma, ya que no la aplicó desde la solitud del apoderado del demandante, sino desde la fecha en que la unidad médico laboral realizó el reconocimiento del estado de la disminución de la capacidad laboral que genero posteriormente al otorgamiento de la pensión de invalidez lo cual sucedió el 05 de noviembre de 2014.

Por lo tanto, expuso que la prescripción de las mesadas anteriores al 12 de noviembre de 2011, estaba ajustada a derecho. De la misma forma, condenó en costas a la parte demandante.

³ Folio 146-153

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia presentó Recurso de Apelación solicitando su revocatoria y en su defecto se accedan a las pretensiones de la demanda, en el sentido de no aplicar la prescripción de mesadas pensionales.

Para el efecto, expresó que si bien el actor tenía derecho a disfrutar de su pensión de invalidez desde el 25 de mayo de 2004, fecha de su retiro de la institución, el mismo hasta el momento era un derecho incierto y discutible, debido a la coexistencia de la ley 923 y el Decreto 4433 de ambos de 2004, y que solo con la declaratoria de nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, el derecho a reclamar una pensión de invalidez se hizo exigible.

Adujo que el día 07 de noviembre de 2014 el señor MEDARDO PÉREZ GÓMEZ, presentó la petición ante la entidad demandada solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez, fecha para lo cual no habían transcurrido los 3 años previstos en el artículo 43 del decreto 4433 de 2004, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, esto es, la ejecutoria de la sentencia del 28 de febrero de 2013 proferida por el Consejo de Estado, para que opere la prescripción.

Expresó que aun cuando al accionante, se le reconoció pensión de invalidez a partir del 25 de mayo de 2014, de acuerdo con lo señalado en la Ley 923 de 2004, mal puede hablarse de prescripción de mesadas pensionales por la discusión en la que se encontraba el derecho con anterioridad la declaratoria de nulidad del artículo 30 del Decreto 4433, situación que solo se resolvió en el año 2013.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.⁵

Admitido el recurso de apelación por el Tribunal, en auto posterior se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos por escrito y concepto del Ministerio Público, oportunidad procesal en que ambos extremos de la Litis se pronunciaron, así:

⁴ Folio 159-162

⁵ C. Apelación folios 1- 28.

La parte demandante, insiste en la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en la concesión de las pretensiones de la demanda, reiterando que no se podía aplicar prescripción de las mesadas pensionales causadas entre el 25 de mayo de 2004 al 11 de diciembre de 2011, porque el derecho solo se podía hacer exigible desde la declaratoria de nulidad del artículo 30 del decreto 4433 por parte de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, pues antes el derecho no era exigible, agregando además, que los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo general es *ex tunc*, esto es, retroactivos.

A su vez, **la parte demandada**, en su memorial de alegatos, se reitera plenamente en los argumentos expresados en la contestación de la demanda, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, pues era evidente la carencia de derecho y la prescripción de las mesadas.

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación, no emitió concepto alguno.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

La parte actora pretende que se deje sin efecto la declaración de prescripción de las mesadas pensionales que por invalidez le fueron reconocidos por el Ministerio de Defensa Armada Nacional y causadas antes del 12 de noviembre de 2011, considerando que solo en virtud de la declaratoria de nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 por parte del Consejo de Estado, se activó para el actor la posibilidad de pedir la pensión de invalidez y por tanto, se le ordene el pago de mesadas desde el 25 de mayo de 2004.

A su turno, la entidad demandada estima que ello, no es posible, porque la ley es Irretroactiva y no se puede aplicar retrospectivamente, y que la prescripción trienal aplica en el caso, desde la fecha en que se realizó por la parte actora la solicitud de reconocimiento pensional.

El a quo, consideró que debía aplicar la prescripción extintiva del derecho, contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la cual es trienal desde el momento en que se hizo exigible el derecho, el 29 de marzo de 2006 y por ende, al presentarse la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez solo hasta el año 12 de noviembre de 2014, el acto demandado aplicó la norma en comento en debida forma.

La parte actora recurrente, inconforme con la sentencia de primera instancia, presentó recurso de apelación, bajo la consideración, como se delimitó previamente, en que no hay lugar a la prescripción de las mesadas pensionales, en virtud a que para dichas fechas no era exigible el derecho, lo cual solo se da con la sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado que declaró la nulidad del artículo 30 del decreto 4433 de 2004 y en virtud de los efectos *ex tunc*, de dicha providencia.

Vistas las posturas de las partes y en especial el reparo con el cual se confronta la decisión de primera instancia, debe el Tribunal, establecer, ***si para el caso concreto, se encuentran prescritas las mesadas pensionales de invalidez, generadas con anterioridad al 12 de noviembre de 2011.***

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO:

I. DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ EN LAS FUERZAS MILITARES.

El Decreto 2728 de 1968, "por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares", estableció en el artículo 2º que para efectos de determinar, clasificar y evaluar las aptitudes, incapacidades, invalidez e indemnización los soldados y grumetes quedan sometidos al "Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

Mediante Decreto 94 de 1989, reformó "el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Ejército Nacional, soldados, grumetes, agentes, alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Ejército Nacional", disponiendo:

"Artículo 89. PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES AGENTES.

A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, adquieran una incapacidad durante el servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera, así:

- a) El 50% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.*
- b) El 75% de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica que exceda del 75% y no alcance el 95%.*
- c) El 100% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%."*

Por su parte, el Decreto 1796 de 2000 en el artículo 38 señalaba sobre la pensión en comentó que:

"Artículo 38. Liquidación de Pensión de Invalidez para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional, liquidada con base en las partidas establecidas en las normas que regulen la materia y de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan:

- a. El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).*
- b. El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).*
- c. El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).*

PARAGRAFO 1o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez."

Finalmente, en el año 2004 se expidió la Ley 923⁶ "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno

⁶ Adicionada por la Ley 1660 de 2013.

Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, ésta en su artículo 3, numeral 3.5 dispone lo siguiente:

"3.5. El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, conforme a las leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro".

Mediante Decreto 4433 de 2004, se desarrolla la Ley 923, estableciéndose sobre la pensión de invalidez lo siguiente:

"Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:

30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

Parágrafo 1º. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.

Parágrafo 2º. *Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.*

Parágrafo 3º. *A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional.*

Artículo 31. *Liquidación de la pensión de invalidez originada en combate o actos meritorios del servicio. En virtud de la naturaleza especial de las circunstancias en que puede originarse la disminución de la capacidad laboral, la pensión de invalidez de que trata el artículo anterior se incrementará en los porcentajes que a continuación se indican, cuando se originen en combate, o en actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio en cumplimiento de una orden de operaciones, los cuales serán descontados para efectos de la sustitución pensional:*

31.1 El tres por ciento (3%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta por ciento (80%).

31.2 El tres punto cinco por ciento (3.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta por ciento (80%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

31.3 El cuatro por ciento (4%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa por ciento (90%).

31.4 El cuatro punto cinco por ciento (4.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa por ciento (90%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

31.5 El cuatro punto cinco por ciento (4.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea superior al noventa y cinco por ciento (95%) y el pensionado por invalidez no requiera del auxilio previsto en el parágrafo tercero del artículo 30 del presente decreto.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo al estudiar las normas que regulan la pensión de invalidez en las fuerzas militares, luego de efectuar un recuento normativo de la misma, encontró que existía una contradicción respecto de los límites mínimos para acceder a la pensión de invalidez de personal de las FF.MM, pues mientras la norma general indicaba que se reconocerá cuando el porcentaje no sea inferior al 50%, el decreto reglamentario establecía que el porcentaje debe ser superior al 75 % por

regla general, y cuando sea por lesiones acaecidas en combate y por obra del enemigo, entre otras, debe ser superior o igual al 50 %⁷.

Contradicción que venía dada entre el numeral 5º del artículo 3º de la ley 923 de 2004 y el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 y para resolverla, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado han establecido que, en virtud del principio de favorabilidad, debe aplicarse lo dispuesto en la última norma referida, es decir, el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando la disminución de la pérdida de la capacidad laboral no sea inferior al 50%⁸.

Ahora bien, el Consejo de Estado mediante Sentencia de 28 de febrero de 2013, declaró nulo el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, con fundamento en los siguientes argumentos:

" (...)Como puede observarse, si por Ministerio de la ley no existe el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%; a contrario sensu, cuando tal disminución sea igual o superior a este porcentaje, surge el derecho a la obtención y reconocimiento de la misma. De tal manera que si esa fue la decisión del legislador, ella no puede ser variada sino por la propia ley, sin el desconocimiento de los derechos adquiridos y, en tal virtud, no puede predicarse la validez de una norma que en desarrollo de lo dispuesto en una Ley Marco, señale en detrimento de sus beneficiarios, requisitos superiores a los establecidos por esa ley. De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3º numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, y el contenido del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, surge que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 al señalar que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo, en realidad lo que establece es que cuando sea inferior a ese porcentaje del 75%, no existe el derecho. Es decir mediante ese Decreto que dice desarrollar lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, se está creando una norma distinta a la que estableció el artículo 3º numeral 3.5 de la Ley mencionada, norma que,

⁷ Se puede consultar sentencia del 16 de julio de 2013, Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00659-01(AC). Sección Segunda Subsección A. C. P. Luis R. Vergara Q.

⁸ Sentencia T-829 de 2005, T-841 de 2006 y T-229 de 2009 de la Corte Constitucional. Ver asimismo del Consejo de Estado, sentencia de 21 de junio de 2012, expediente No. 2012-00740-01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y, de 9 de mayo de 2012. expediente No. 2012-00144-01, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

además excluye del derecho a quienes deberían ser beneficiarios del mismo. Por tanto, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 adolece de un vicio insubsanable de nulidad, pues fue expedido por el Presidente de la República fuera de la órbita competencial que expresamente le señaló el Congreso de la República en la Ley 923 de 2004, artículo 3º numeral 3.5 y, por consiguiente, resulta contrario a derecho y carente de validez. (...)"

Concluyó que, por un exceso en el ejercicio de las competencias reglamentarias conferidas al Gobierno Nacional, al proferir el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, la referida disposición se declaró nula, debiéndose aplicar para estos efectos, entonces, lo dispuesto en la Ley 923 de 2004.

II. DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD SIMPLE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

El artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

"ARTÍCULO 189. EFECTOS DE LA SENTENCIA. *La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.*

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

*<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada **constitucional**. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes⁹.*

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el

⁹ Caso referido a la nulidad por inconstitucionalidad.

cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición”

Significa lo anterior, que declarada la nulidad de un acto administrativo, los efectos de la sentencia, se extienden o cobijan a todas las personas, sean demandantes o no, pues, el acto declarado inválido sale del orden jurídico¹⁰, a diferencia de la providencia que niega la nulidad deprecada, cuya decisión solo producirá efectos erga omnes, respecto de la causa pretendida, pudiéndose formular nuevamente la acción de nulidad frente al acto impugnado, pero por hechos o motivos diferentes de los que se ventilaron en la primera demanda.

En cuanto los efectos temporales de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo, esta Sala acoge, la jurisprudencia del Consejo de Estado que expone la tesis que la misma, a produce efectos *ex tunc*, esto es retroactivos, hacia atrás, como si el acto administrativo jamás hubiera existido.

El Máximo Tribunal de lo Contencioso ha expresado:¹¹

“Los efectos de la anulación de un acto administrativo. Son múltiples las providencias dictadas que analizan dicha situación. En la sentencia de junio 22/55 (Anales Tomo LXI, Nums. 382-386, Pág. 88) se anota que la nulidad de los actos administrativos “devuelve las cosas al estado que antes tenían.” En reciente Sentencia de Feb. 10 de 2000 de la Subsección A de la Sección 2ª del C. de Estado, exp. No. 14364 señala que los efectos de la nulidad de un acto administrativo consisten precisamente en dejar la situación jurídica como se encontraba en el momento anterior a la expedición del mismo. Y en Sentencia de 24 de junio de 2004, sobre el mismo tema del sub-lite, de la Subsección A de la Sección segunda, M. P. Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, expresó:

“ Además, la cosa juzgada de las sentencias que obran a folios 106 a 142 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y del Consejo de Estado que declararon nula la resolución GG-11917, por mandato del artículo 175 del CCA, tiene fuerza erga omnes y por tener efecto retroactivo tal declaración (ex tunc), “desde entonces”, desde la expedición del acto, jurídicamente

¹⁰ Sobre el tema ver, Juan Ángel Palacio Hincapié. Derecho Procesal Administrativo. Octava edición 2013, pág. 282

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, sentencia de fecha 16 de marzo de 2006. C.P. Tarsicio Cáceres Toro, Expediente No 3985-05.

coloca la situación como se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado, es decir, sin existir la mesada adicional."

Posición reiterada en sentencia de fecha 8 de marzo de 2007¹², así:

"Al respecto el Código Contencioso Administrativo señala en el artículo 175, que "... la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes...", lo cual significa que produce efectos generales contra todos. Si bien los efectos temporales de dicha declaración no tienen señalamiento legal¹³, la jurisprudencia ha entendido que se parte del supuesto de la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia, siempre que no esté consolidada la situación que del mismo se desprende.

Sobre el punto en comento esta Corporación en Sentencia de 19 de abril de 1991, manifestó:

"Respecto a los efectos de las sentencias de nulidad proferidas por la jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido reiterada esta Corporación, en el sentido de que ellas producen efectos ex tunc ("desde entonces"), esto es, desde el momento en que se expidió el acto anulado, sin que afecte ese hecho el que dicha declaratoria tenga como fundamento la atribución constitucional de esta jurisdicción de defensa de la Carta Fundamental en los términos del artículo 216 C. N.

"Como consecuencia de lo anterior, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta última.

"Se diferencia así de las sentencias de inexecuibilidad pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia, las cuales, como lo ha sostenido la misma Corte producen efectos hacia el futuro, esto es, ex nunc ("desde ahora"), desde el momento de su pronunciamiento, asimilándose por tanto a aquellos que produce la derogatoria de una norma.

"En este orden de ideas, es preciso entender que si se expide un acto administrativo de carácter particular con base en un acto de carácter general que se presume válido al momento de la expedición del primero, y el acto que le sirve de fundamento es anulado, y por lo tanto se considera que no ha existido jamás, con mayor razón debe anularse el acto particular, pues el acto que le sirvió de base desapareció del mundo jurídico desde el momento mismo de su creación, y es lógico que el acto particular, al carecer de fundamento, también debe ser eliminado del ámbito jurídico desde el instante mismo de su expedición, es decir, debe ser anulado también, pues solo con dicha medida "se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la derogación, pues estas modalidades de extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente", tal como lo sostuvo la Corporación en sentencia del 13 de marzo de 1979, con ponencia del Doctor Carlos Galindo Pinilla." ¹⁴

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Expediente No 15052.

¹³ Como si lo señala la ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de justicia (artículo 45), para las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad.

¹⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 19 de abril de 1991, Exp. 3151. C. P. Guillermo Chahín Lizcano. Nota de la cita.

De igual forma, en providencia de 6 de mayo de 1999, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, expresó:

"Respecto de los efectos temporales de la nulidad declarada, para la Sala está suficientemente decantada y consolidada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, la posición conforme a la cual la sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo sea general o particular, tiene efectos hacia atrás, hasta el momento en que el acto anulado nació a la vida jurídica, de allí que se considere como regla general que, en tal caso, las cosas vuelven a su estado inicial, como si el acto no hubiera existido, excepto en relación con las situaciones ya consolidadas, es decir, aquellas particulares cuyos respectivos actos ya no son susceptibles de impugnación jurisdiccional, ora por caducidad de la acción, ora por tratarse de cosa juzgada".¹⁵

En esta oportunidad la Sala reitera los pronunciamientos transcritos, esto es, que la sentencia de nulidad de un acto administrativo tiene efectos retroactivos, es decir, a partir del momento en que se expidió el acto anulado, lo cual responde a la teoría clásica de la nulidad declarada que considera sin validez el acto desde su nacimiento".

En otra decisión judicial, el Alto Tribunal, concluyó, que, *como se sabe, la declaración de nulidad de un acto administrativo trae como consecuencia la invalidación o la abolición de la decisión allí contenida, esto es, desde el momento mismo en que ésta ha sido expedida, por los efectos ex tunc que produce una sentencia de tal naturaleza, retrotrayendo por lo tanto la situación al estado anterior*¹⁶

Entonces, si bien la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo, produce efectos *ab initio*, también es cierto, que estos efectos se limitan en tratándose de las situaciones jurídicas consolidadas, consistentes, como lo dice la jurisprudencia¹⁷, en aquellas situaciones que no son susceptibles de controversia o impugnación, tanto en sede administrativa, como por vía jurisdiccional, ora por caducidad de la acción o por tratarse de cosa juzgada.

De forma más reciente, al declararse nulo por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda – Sala de Conjueces, con ponencia de CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA, en apartes importantes de la providencia se manifestó:

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de 6 de mayo de 1999, Exp. 5260, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA. Consejero Ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Sentencia del 8 de febrero de 2007. Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00126-01(10266-05). Actor: MARIA AUXILIADORA BARRIOS DE FACIOLINCE. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

¹⁷ Ver citas 10 y 12

"....Es claro para esta Sala que el decreto en comento pretende imponer su contenido sobre los mismos principios constitucionales laborales, conocidos hoy en la doctrina internacional como "derechos fundamentales del trabajo"; del mismo modo, que afecta esencialmente el derecho de igualdad entre funcionarios del mismo nivel o rango, sin justificación alguna; que deja de lado la protección que el Estado debe brindarle a las relaciones laborales y específicamente, a los trabajadores; que disminuye inequitativamente la remuneración mensual de funcionarios que tienen el mismo derecho que sus pares judiciales; que le abre camino al quebrantamiento de un postulado fundamental en estas relaciones de trabajo, como es el de que no se puede transigir o conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles; que lesiona el propósito del legislador, que le ordena al operador jurídico, en lo que tiene que ver con la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, darle cabida al principio de favorabilidad en pro del titular del derecho correspondiente; y que condiciona al Estado Colombiano, en definitiva, para que sus actos administrativos respeten el Derecho Internacional del Trabajo, representado en los convenios internacionales sobre la materia.

*En síntesis, para la Sala es incuestionable que el acto acusado viola los principios tutelares consagrados en la Carta Política como derechos fundamentales del trabajo, razón por la cual se impone decretar su anulación."*¹⁸

Por ello, frente a la consecuencia de la declaratoria de nulidad del decreto 4040, expuso el siguiente efecto:

*"La nulidad decretada por esta Corporación genera efectos "ex tunc" como se ha precisado en reiterada jurisprudencia. Estos efectos implican que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto anulado y, cuando la nulidad recae sobre un acto general afecta las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas que se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa al momento de proferirse el fallo"*¹⁹

Ahora, existen unas excepciones al efecto *ex tunc*, de la nulidad declarada, que se encuentran *"en los artículos 24 de la Ley 35 de 1993 y 38 de la Ley*

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SALA DE CONJUECES Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00244-01(10067-05) Actor: JAIRO HERNAN VALCARCEL Y OTRO Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

¹⁹ *Ibíd.*

142 de 1994, al disponer que la sentencia que declare la nulidad de los actos administrativos de que tratan produce efectos a partir de su ejecutoria o hacia el futuro, de modo que si se ordena el restablecimiento del derecho, ello se hará con dinero si es necesario”²⁰.

De tal suerte que los efectos de la nulidad declarada son por regla general, *ex tunc*, excepto las salvedades antes anotadas, lo cual permite que el acto anulado, se considera inválido desde su nacimiento, debiendo las cosas retrotraerse al momento anterior a la expedición del acto administrativo declarado nulo, esto es, vuelven a surgir las situaciones que habían quedado sin efecto por virtud del acto que fue objeto de censura judicial²¹.

Para el caso que nos ocupa, por virtud la sentencia que declaró la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, se tiene como si el acto administrativo de carácter general, no hubiese existido jamás, retrotrayéndose las cosas al estado anterior, que en el caso concreto se deriva en la aplicación de los requisitos de la Ley 924 de 2003, como quiera que esté contiene unos requisitos mucho más favorables y menos regresivos para que los miembros de las fuerzas militares accedan a la pensión de invalidez, lo cual, da lugar a la aplicación de criterios constitucionales de igualdad y justicia material, bajo la asignación de los efectos *ex tunc*.

Esto último, bajo la consideración expuesta por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, expresada en sentencia del 27 de abril de 2017, en la cual se expresó, que serán las particularidades del caso concreto las que determinan los efectos *ex nunc* o *ex tunc*, de las providenciales judiciales que declaran la nulidad. Al respecto:

²⁰ Manual del Acto Administrativo. Luis Enrique Berrocal Guerrero. Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda, pág. 515-516.

²¹ Sentencia del 7 de abril de 2011, Sección Segunda, Subsección “A”, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Actor: Raúl Herrera Castro, Demandado: Municipio de Acacias – Meta, Expediente No. 50001-23-31-000-2003-10058-02(1177-09. “Es preciso señalar que la nulidad declarada de los actos administrativos produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o “*ex tunc*”, pues el estudio de su legalidad se remite a su origen, situación que se distingue de la que tiene lugar cuando por otras causas desaparece el fundamento de derecho del acto, como ocurre por ejemplo con la declaración de inexequibilidad de una ley, la cual como regla general, tiene consecuencias a futuro, o “*ex nunc*”, sin afectar la validez de la norma desde su existencia o las situaciones jurídicas que bajo su imperio se generaron. No obstante, en casos excepcionales los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional se retrotraen a situaciones consolidadas durante la vigencia de una norma declarada inconstitucional, es así, como mediante sentencia C-722 de 1999, dispuso el retiro del ordenamiento jurídico el Decreto 1178 del 29 de junio de 1999, en consideración a que la norma que le confirió facultades legislativas extraordinarias al ejecutivo y que sirvió de base para su expedición, artículo 120 de la Ley 489 de 1998, había sido declarado inexequible, pues por unidad de materia resulta igualmente inconstitucional”.

"La anterior presentación, aunque elaborada de manera sucinta permite comprender la dificultad que plantea adoptar reglas absolutas para conceder o no efectos retroactivos a las sentencias de nulidad, pues, la tensión permanente de principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica frente a la igualdad, la justicia y en últimas la supremacía material de la Constitución y el derecho legislado frente a los actos administrativos, enfrentan al operador jurídico a la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias específicas a fin de adoptar la decisión que mejor se ajuste a los mandatos Supremos. Como se ha visto, no sólo es difícil concebir un único modelo, sino que, además, cada caso plantea circunstancias diferentes que obligan al juez contencioso a considerar todas las alternativas posibles y con criterios de flexibilidad para ponderar los alcances, consecuencias o efectos de cada fallo a la luz de la Constitución.

Se concluye entonces, que en la jurisprudencia del Consejo de Estado actualmente se mantienen vigentes dos posturas generales respecto de los efectos de las sentencias de nulidad, a las cuales puede acudir el operador judicial al momento de determinar los alcances de su decisión.

La primera tesis jurisprudencial se refiere a las posibles consecuencias que la decisión judicial pueda tener sobre los efectos anteriores a ella que hayan sido producidos por los actos administrativos generales anulados. Así, los efectos «ex tunc» implican la eficacia retroactiva de la sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo.

La segunda tesis se concreta en los efectos «ex nunc» e implica la carencia de esa eficacia, con lo que los efectos del acto administrativo anulado, producidos con anterioridad a la decisión judicial, se mantienen y conservan plena validez.

Finalmente anota la Corporación, que la anterior sistematización y descripción de los criterios o pautas elaborados por el Consejo de Estado para atribuir determinados efectos a las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales no pretende ser taxativa, sino meramente enunciativa, pues, los criterios examinados nunca agotarán las posibilidades de la realidad, por lo que siempre será necesario un análisis de cada caso en concreto"²²

III. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN CASO DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO GENERAL.

Frente a este tópico, el Tribunal Administrativo de Sucre, tuvo oportunidad de referirse, concluyéndose que solo desde la fecha de ejecutoria de la sentencia que excluye del ordenamiento jurídico la norma de carácter general, nace la posibilidad que se accede al derecho, por tanto la prescripción trienal no opera para quienes hayan realizado el reclamo administrativo previo, antes de los tres años siguientes a la ejecutoria aludida.

²² CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SEUBSECCIÓN B. Expediente No. 11001032500020130108700 (2512-2013). Sentencia del 27 de abril de 2017. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Vertiendo lo expresado, al presente asunto, la prescripción solo será aplicable entonces, en la medida en que la reclamación pensional sea realizada por fuera de los tres años siguientes a la fecha en que quedo ejecutoriada la sentencia del 28 de febrero de 2013, que declaró la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004.

En sentencia del 30 de agosto de 2013, esta Corporación expresó su postura, así:

La prescripción, entendida esta en este contexto como una forma de extinción de los derechos por su no ejercicio o reclamo en cierto tiempo, tiene su regulación legal en el ámbito administrativo laboral en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 101 del Decreto 1848 de 1969, en el sentido de que los derechos de contenido laboral prescriben por el paso del tiempo de tres (3) años, contado dicho término desde que el derecho se hizo exigible, sin reclamo directo o judicial sobre el punto.

Así, resulta clara la norma cuando se trata de prestaciones y derechos que efectivamente se causan en determinado tiempo. Y no en tratándose de casos como el aquí analizado, en donde el derecho que se discute se encuentra en entredicho por la existencia de un acto administrativo de contenido general que impide a la administración reconocerlo. Surge la inquietud de desde dónde debe empezarse a contar la prescripción, si desde la fecha de vinculación del accionante -10 de octubre de 2008-, interrumpiéndose solamente con el reclamo escrito elevado por el mismo en el año 2012, o desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 que afectaba al actor.

Para la Sala, resulta claro que con anterioridad a la declaratoria de nulidad del acto administrativo en mención, el actor no podía reclamar y la administración no podía reconocer derecho alguno diferente al reconocido en el mismo, pues como acto administrativo de contenido general, goza de las calidades de ejecutoriedad, ejecutividad y presunción de legalidad.

Por ello, para este dispensador de justicia, el derecho al reclamo de lo que se había dejado de reconocer en virtud del acto administrativo general declarado nulo surge solamente al momento en que se declara la nulidad del mismo y queda debidamente ejecutoriada la sentencia que así lo indica, posición esta que es asumida de forma reiterada por el Consejo de Estado en casos que poseen una analogía abierta por el presente, como los

concernientes al tema de la prima de actualización de los miembros retirados de la fuerza pública, de las cuales la Corporación cita las siguientes:

"Ahora bien, sobre las inconformidades expuestas en el recurso de apelación, esta Subsección, venía reconociendo el derecho a la prima de actualización desde la fecha de su creación -1º de enero de 1992- y hasta el 31 de diciembre de 1995.

No obstante lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 13 de diciembre de 2002, con ponencia del DR. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, señaló:

"Sin embargo, mientras estuvieron vigentes, los párrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, y el párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995 mantuvieron privado de este derecho al personal en retiro, que, por tanto, no podía reclamarlo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares o, por mejor decir, la obligación de esta entidad no era entonces exigible. En consecuencia, mal podía hacerse correr la prescripción contra quien no podía exigir su derecho, y al decidirlo así la Subsección falladora aplicó indebidamente el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Prospera, entonces, el primer cargo.

*Se infirmará en este aspecto la sentencia, y en su lugar, se revocará la del Tribunal para reconocer al actor el derecho al reajuste de su asignación de retiro, por efecto de la prima de actualización, entre el 1º de enero de 1993 y el 16 de abril de 1994, derecho que no se extinguió por prescripción."*²³

En igual sentido, la siguiente providencia:

"Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

No puede predicarse que a la fecha de expedición de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 la obligación se hubiera hecho exigible para los retirados del servicio, pues, precisamente, tales preceptos sólo consagraban la prima de actualización para el personal en servicio activo.

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO. Sentencia del 26 de octubre de 2006. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01729-01(2745-05). Actor: SERGIO PINZÓN OCHOA. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Sólo con el fallo del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, actor Cesar Alberto Granados, con ponencia del Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, la Sección Segunda accedió a la nulidad parcial del párrafo del artículo 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 en las frases "QUE LA DEVENGUE EN SERVICIO ACTIVO" y "RECONOCIMIENTO DE", razón por la cual los Oficiales en retiro tuvieron plena certeza para reclamar la prima de actualización, dado que los efectos ex tunc que produce la sentencia anulatoria de los actos administrativos, hizo que las cosas se retrotrayeran al estado en que se encontraban.

Debe estimarse entonces que es a partir de dicho momento en que la obligación se hizo exigible para quienes estaban en retiro, pues se suprimió el obstáculo de orden legal que no les permitía devengar dicho emolumento, como quiera que la prima de actualización sólo estaba consagrada para los oficiales en servicio activo.

En otros términos, para los miembros retirados existía un impedimento de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengar dicha prestación sólo surgió, con certeza, a partir de la expedición y ejecutoria de las sentencias referidas.

En este orden de ideas, como la sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad de las expresiones "que la devengue en servicio activo" y "reconocimiento de" fue expedida el 14 de agosto de 1997, y quedó ejecutoriada el 19 de septiembre de ese mismo año, el término de prescripción del derecho a la prima de actualización para los años 1993 y 1994 empezó a contarse a partir de esta fecha, venciéndose el 19 de septiembre de 2001. Por su parte, la sentencia del 6 de noviembre de 1997 mediante la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad de idénticas expresiones en el decreto 133 de 1995, quedó ejecutoriada el 24 de noviembre de ese mismo año, por lo que el término de prescripción del derecho a la prima de actualización para 1995, vencía el 24 de noviembre de 2001."²⁴

Por lo analizado, para esta Corporación la vigencia del decreto que regulaba la situación salarial del actor impedían a quienes pretendían la aplicación de otra normativa, reclamación alguna sobre el tema y reconocimiento de derechos por la administración. Por lo tanto, solo desde la fecha de ejecutoria

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 31 de mayo de 2007. Radicación número: 15001-23-31-000-2002-00004-01(5646-05). Actor: FIDEL ANTONIO ROJAS GONZÁLEZ. Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.

de la sentencia que excluyó del ordenamiento jurídico el acto tantas veces aludido, nació la posibilidad de que los empleados con cargos análogos a los del accionante accedieran a dicho derecho, no operando la prescripción trienal a quienes hayan realizado el reclamo administrativo previo, antes de los tres años siguientes a la ejecutoria aludida”²⁵

IV. CASO CONCRETO:

En el plenario conforme las pruebas documentales incorporadas regular y oportunamente, se advierte que, al ex infante de marina regular de la Armada Nacional, **quien se retiró del servicio el 25 de mayo de 2004**, le fue dictaminada en junta médica laboral una pérdida de capacidad laboral correspondiente al 52% por lesión ocurrida en el servicio y por causa y razón del mismo (**acta de junta médica del 29 de marzo de 2006**)

El Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Resolución No. 2641 del 25 de octubre de 2006, negó el reconocimiento una pensión de invalidez, considerando que tenía una pérdida de capacidad laboral inferior al 75%.

En petición del 7 de noviembre de 2014 y recibida en la entidad demandada el 12 de noviembre de 2014, el señor PEREZ GÓMEZ, solicita nuevamente el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a su favor, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 5954 del 5 de diciembre de 2014, **reconocimiento que fue hecho a partir del 25 de mayo de 2004**, esto es desde la fecha en que se retiró del servicio activo, pero se ordenó solo el pago de mesadas pensionales causadas desde el 12 de noviembre de 2011, en aplicación de la prescripción trienal.

Vertiendo, lo expuesto en acápites previos, la Sala estima que le asiste razón en su recurso a la parte demandante, puesto que, es claro que solo a partir de la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 (Sentencia de 28 de febrero de 2013) y en atención a los efectos de la misma, se abrió la posibilidad para que el actor se le reconociera la pensión de invalidez bajo la aplicación del criterio de la pérdida del 50% de su capacidad laboral.

²⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE. SALA PRIMERA DE ORALIDAD. Nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 70-001-23-33-000-2013-00011-00 Demandante: Raúl Enrique Vergara Alviz. Demandado: Procuraduría General de la Nación. M. P. Luis Carlos Álzate R.

La Sala precisó previamente, que la prescripción solo es posible darle aplicación a partir de los tres años siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia que declaró la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, por lo que basta una simple comparación para considerar que no ha operado la prescripción trienal, como quiera que la reclamación bajo los parámetros antes mencionados fue realizada por el actor, el 7 de noviembre de 2014 y la sentencia que declaró la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, fue emitida el 28 de febrero de 2013.

Lo anterior, conforme lo expresado en el concepto de violación expuesto en la demanda, conduce a señalar que el acto administrativo demandado ha trasgredido las normas violadas citadas por la parte actora, toda vez que el señor MEDARDO ENRIQUE PÉREZ GÓMEZ, le asiste el derecho a obtener el pago de sus mesadas pensionales por invalidez retroactivamente sin consideración a prescripción alguna, pues la misma, como se advirtió en los fundamentos normativos y jurisprudenciales que sirven de premisas a esta decisión judicial, no ha operado.

Así las cosas, le asiste razón al actor- recurrente, razón por la cual, la sentencia de primera instancia será revocada, declarándose la nulidad parcial de los actos demandados, y ordenando a título de restablecimiento del derecho, el pago de las mesadas pensionales del actor desde el reconocimiento mismo del derecho, esto es, 25 de mayo 2004, sin aplicar prescripción trienal.

Asimismo, se dispondrá, el pago indexado de las mesadas pensionales dejadas de pagar al actor.

V. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA²⁶ INSTANCIA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la prosperidad del recurso, se condenará en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada y a favor de la demandante. En firme la presente providencia, realícese por el A quo, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

²⁶ Sobre el régimen de costas en la Ley 1437 de 2011, se puede consultar CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Radicado: 08001-23-33-000-2013-00622-01 (4705-2014). Actor: LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. C. P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2017, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, con fundamento en lo expuesto en los considerandos de esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, se dispone:

***DECLÁRESE no probada** la excepción formulada por la entidad demandada denominada, legalidad del acto demandado.*

***DECLÁRASE la nulidad parcial** del artículo 2 y parágrafo único de la Resolución 5954 del 05 de Diciembre de 2014, por la cual se ordenó pagar a partir del 12 de noviembre de 2011, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional la pensión reconocida en el artículo 1 y se declara prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 12 de noviembre de 2011. Asimismo, se declara la nulidad de la resolución No 0151 del 09 de enero de 2015.*

***CONDÉNESE** a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA ARMADA NACIONAL, a título de restablecimiento, a pagar al actor las mesadas pensionales que por concepto de reconocimiento de pensión de invalidez se generaron desde el 25 de mayo de 2004, dejando a salvo aquellas que ha sido pagadas anteriormente por la entidad, en virtud de la Resolución que por esta sentencia se declara su nulidad parcial.*

El valor de las mesadas dejadas de pagar deberá ser indexado tomando como base la variación porcentual de los índices de precios al consumidor certificada por el DANE, para lo cual se tomará la fórmula adoptada por la jurisdicción en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

$$Ra = Rh \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada debida, comenzando desde la fecha de su causación, y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final, el de la fecha en que ha de realizarse el pago.

TERCERO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada y a favor de la demandante. En firme la presente providencia, realícese la liquidación concentrada por el A quo.

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, CANCELESE su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 213.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA