



Despacho 004

Santa Marta, veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Devolución de aportes	
470013333-003-2018-00162-01	
Demandante	Marevis Jacqueline Avendaño Royero - Zenith Esther Cantillo Peña
Demandados	Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional
Instancia	Segunda

Magistrada Ponente: Dra. **Elsa Mireya Reyes Castellanos**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de calenda nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda:

Las señoras Marevis Jacqueline Avendaño Royero y Zenith Esther Cantillo, por conducto de apoderada judicial, incoaron demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, para que se acojan a las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan:

1.1. Pretensiones. (Folios 3-4)

Que se declare la nulidad de los actos administrativos que se pasan a enlistar, por medio de los cuales la accionada negó, a los demandantes, el reintegro o devolución de los descuentos que les realizaron entre las vigencias fiscales (1996-2012), por concepto de la Prima de Vacaciones del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional:

No. Oficio	Fecha	Peticionario
S-2016-017482/DIBIE-ASJUD	22/06/2016	Marelvís Jacqueline Avendaño
S-2016-017484/DIBIE-ASJUD	22/06/2016	Zenith Esther Cantillo Peña

Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la accionada a que reintegre, a favor de los demandantes, los dineros que, por nómina fueron descontados entre las vigencias fiscales 1996-2012, por concepto de las primas de vacaciones, con ocasión a un descuento parafiscal ordenado mediante Decreto 1091 de 1995, el cual fue anulado por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013, con efectos *Ex Tunc*.

Que, el reintegro solicitado se realice teniendo en cuenta la base salarial que cada uno de los demandantes percibía durante cada una de las vigencias reclamadas, debidamente indexadas y con los intereses.

También, solicitó el reconocimiento y pago de indemnizaciones por el costo de oportunidad de no haberse realizado estas deducciones, así como las costas, honorarios y agencias en derecho.

Finalmente, pidió que las condenas reconocidas debían ser cumplidas de conformidad con lo establecido en el artículo 195 y ss de la Ley 1437 de 2011.

1.2. Hechos. (folios 5-7)

Para fundamentar las pretensiones, el apoderado de los actores relató que las señoras Mareivís Jacqueline Avendaño Royero y Zenith Esther Cantillo Peña, fueron miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo.

Que, en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo, del artículo 11 del Decreto Nacional No. 1091 de 1995¹, a partir del año siguiente, les comenzaron a

¹ Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995.

descontar, de la prima de vacaciones, el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, con destino al Instituto de Seguridad Social y Bienestar de esa institución castrense.

Indicó, que el Consejo de estado, en sentencia del 28 de febrero de 2013², declaró la nulidad del párrafo segundo, del artículo 11 del Decreto Nacional No. 1091 de 1995, por ende, no siguieron realizando estos descuentos.

Manifestó que, como los efectos de la citada sentencia son retroactivos o *Ex Tunc*, sus prohijados solicitaron a la demandada que realizaran estas devoluciones, sin embargo, estas peticiones fueron despachadas desfavorablemente a través de los oficios que aquí se demandan.

2. Contestación de la demanda (folios 158-180)

El apoderado de este extremo procesal, se refirió a los hechos de la demanda, manifestando que, con la expedición del Decreto 1091 de 1995, propiamente el párrafo segundo del artículo 11, el Gobierno Nacional implementó un descuento en la prima de vacaciones, correspondiente al valor de tres (3) días del sueldo básico con destino al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, su representada les realizó las mentadas deducciones a todos los miembros del nivel ejecutivo, pero sólo hasta el momento en que dicha disposición legal fue declarada nula por el Consejo de Estado.

En lo que tiene que ver con los efectos de la sentencia del 28 de febrero de 2013, indicó que en su contenido no se mencionó que eran retroactivos.

Por otro lado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Propuso como medios exceptivos la inexistencia del derecho reclamado, la inexistencia de la obligación y la genérica.

Artículo 11.

...

Parágrafo 2.

De la prima de vacaciones se descontará el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, el que ingresará al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, con destino a planes de recreación

² Sentencia de 28 de febrero de 2013, Expediente No. 1238-07, Consejero Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

3. Sentencia apelada³

El Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, accedió a las pretensiones de la demanda, en razón de que el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013, con radicado 11001032500020070006100, con ponencia de la doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez, declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 11 de Decreto 1091 de 1995, normatividad a través de la cual el Presidente de la Republica impuso un gravamen parafiscal a los miembros de la policía Nacional.

También, consideró que, en este caso, los efectos de la citada sentencia son *Ex Tunc*, es decir, retroactivos, por cuanto se trata de una sentencia de nulidad de actos administrativos generales.

Para los efectos, el *a-quo* parafraseó un aparte de una sentencia proferida por el Consejo de Estado, de fecha 6 de agosto de 2014, expediente 50408.

“..por situaciones jurídicas consolidadas aquellas que se encuentran definidas en cuanto a sus características jurídicas y sus efectos, al momento de entrar en vigencia una disposición normativa, esto es, estas situaciones se encuentran en firme por entenderse surtidas y por tanto no son objeto de las normas que entran a regir, a *contrario sensu* las no consolidadas son aquellas que no se han agotado y que son en estricto sentido las pasibles de regulación por la nueva legislación”.

De acuerdo a lo anterior, el Juez de instancia consideró que en el *sub judice* no existe ninguna situación jurídica consolidada que pueda afectar con la aplicación de efectos *Ex Tunc*, por ende, a su juicio, a los demandantes les asiste el derecho a que se les retorne las sumas deducidas desde que se hicieron efectivas hasta que el acto general fue anulado, esto es, hasta el año 2012.

Por lo anterior, a título de restablecimiento, ordenó que la entidad demandada devolviera, a los demandantes, los valores adeudados, desde 1996 hasta 2012, sumas que deberán ser actualizadas aplicando la consabida fórmula.

Así mismo, negó el reconocimiento y pago de la indemnización reclamada.

Por lo anterior, resolvió:

"Primero: Declárase no probadas las excepciones de Inexistencia del derecho reclamado, Inexistencia de la obligación y la Excepción genérica propuestas por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

³ Folios 207-213

Segundo: Declárase la nulidad de los oficios números S-2016 017482 de 22 de junio de 2016 y D-2016-01784 del 22 de junio de 2016, por medio de los cuales la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional negó la devolución a las señoras Mareivis Jacqueline Avendaño Royero y Zenith Esther Cantillo Peña del valor descontado de sus respectivas primas de vacaciones, con fundamento en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, durante el período comprendido entre los años 1996 y 2012.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, condénase a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a reembolsar a las señoras Mareivis Jacqueline Avendaño Royero,..... y Zenith Esther Cantillo Peña,....., el valor descontado de sus respectivas primas de vacaciones, con fundamento en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, durante el período comprendido entre el año 1996 y 2012.

.....”

3.1. Recurso de apelación

El apoderado del extremo condenado, inconforme con las resultas del proceso, interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida en el presente asunto.

Como argumentos de defensa expuso que los descuentos de que trata el parágrafo segundo del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, se realizaron bajo un presupuesto legal de una normativa que se encontraba vigente, hasta el momento en que sus efectos legales fueron suspendidos por el Consejo de Estado, mediante el proveído de fecha 20 de octubre de 2011, dentro del proceso radicado con el número 11001032500020100028200, hasta cuando finalmente fue anulada.

También, en cuanto a la existencia del daño patrimonial que expone la parte actora, consideró que, comoquiera que la pretensión resarcitoria se desprende de la declaratoria de nulidad de la multicitada disposición legal, es dable conocer los efectos de la sentencia para determinar si la conducta de su prohijada, esto es, realizar los descuentos, fue legal o no o si incurrió en acción u omisión que pueda conllevar a una responsabilidad que la obliga a reparar.

De otro lado, señaló que un acto administrativo, mientras no sea suspendido o anulado, sus efectos son obligatorios, por ende, si las deducciones que les realizaban al personal del nivel ejecutivo, siguieron efectuándose con posterioridad a la suspensión del acto general o de la declaratoria de su nulidad, estos dineros sí deben ser reintegrados, sin embargo, estimación, en este caso, no ocurrió.

También esgrimió los efectos de la sentencia de nulidad, según lo ha reiterado la jurisprudencia, se producen desde el momento en que esta se ejecutorió, sin que ello afecta las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada.

Al respecto, citó un aparte jurisprudencial⁴ en el que la Sección Cuarta del Consejo de Estado manifestó que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, o lo que es lo mismo, que al tiempo de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así mismo, trajo a colación otras providencias del Consejo de Estado.

De conformidad con los argumentos jurisprudenciales, el recurrente, señaló que mientras los descuentos fueron realizados a las actoras, no existió discusión alguna en sede administrativa ni judicial, por tal motivo, los efectos de la sentencia de nulidad del acto general no pueden ser retroactivos, por ende, no se aplica en el caso concreto, porque, a la fecha, esta situación se encuentra consolidada en virtud del principio de seguridad jurídica, circunstancia que hace improcedente la devolución de lo descontado.

Finalmente, sostuvo que el descuento realizado a los actores, con ocasión a la contribución parafiscal contenida en el párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, cumplió su finalidad, la cual no era otra que la prestación de los servicios a cargo de la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional, tales como: i) educación, ii) recreación, iii) auxilios funerarios, iv) deportes, v) viviendas fiscales, servicios de los cuales se beneficiaron los mismos miembros a los que se les realizaba el descuento.

4. Trámite y alegatos en segunda instancia:

De la competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en

⁴ Consejo de Estado – Sección Cuarta. Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Barcenás. 23 de julio de 2009. Radicación 16404

primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

Igualmente, el artículo 243 de la citada normatividad establece que son susceptibles del recurso de apelación las sentencias de primera instancia proferidas por los Tribunales y los Jueces.

En el presente asunto se analiza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por el juzgado, en consecuencia, este Tribunal es competente para conocer de la alzada.

Del recurso de apelación

El Juez *a-quo*, el 17 de junio de 2017, en la audiencia de que trata el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, resolvió declarar fallida la audiencia de conciliación y, en su lugar, concedió el recurso de alzada. (Fl. 243-244)

Este Tribunal, admitió el recurso de apelación (folio 252) y mediante auto del 14 de agosto de 2019, ordenó correr traslado para alegar de conclusión (folio 259).

De los alegatos de conclusión

Tanto el apoderado del demandante (folio 284-287) como el de la Policía Nacional (folio 265-283, alegaron de conclusión, reiterando los argumentos aducidos, en su orden, en el escrito de demanda como en el recurso de apelación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, procede la Sala a decidir sobre el fondo de la Litis planteada en la demanda objeto de revisión en sede de segunda instancia con el siguiente derrotero: 1) problema jurídico a resolver y tesis del Tribunal, 2) fundamentos legales y jurisprudenciales que apoyan la tesis del Tribunal, 3) análisis del caso en concreto, 5) conclusión, y 6) condena en costas.

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala dilucidar sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de carácter general.

Como problema jurídico asociado, corresponde a la Sala determinar si los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad o no.

En caso afirmativo, establecer si es procedente la devolución de las sumas deducidas.

1.1. Tesis del Tribunal

Este Tribunal confirmará la sentencia recurrida, en razón a que los efectos de la sentencia, que declaró la nulidad del párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, son *Ex Tunc*, por ende, hay lugar a declarar la nulidad de los actos acusados y a restablecer el derecho de las demandantes.

2. Fundamentos normativos y jurisprudenciales que sustentan la tesis

El párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, disponía:

“De la prima de vacaciones se descontará el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, el que ingresará al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, con destino a planes de recreación.

A su turno, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil once (2011), dentro del radicado número 11001-03-25-000-2010-00282-00(2295-10), suspendió la disposición legal *ut supra* transcrita por la existencia de una contradicción esta y el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política dado que el Presidente de la República no contaba con la facultad para establecer una contribución parafiscal de forma permanente.

Finalmente, el Alto Tribunal, en sentencia del 28 de febrero de 2013, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-25-000-2007-00061-00, señaló que el párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 reunía las características propias de una contribución parafiscal, comoquiera que a los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que se encontraran en servicio activo, la norma les imponía un descuento de la prima de vacaciones a que tienen derecho, correspondiente al

valor de tres días de su sueldo básico, para que el Instituto de Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional los utilizara en planes de recreación en beneficio del propio sector, que soporta esa obligación.

Sin embargo, pese a que esta disposición legal imponía un gravamen de carácter parafiscal a una prima que se otorga a unos servidores públicos para su libre utilización en las vacaciones, el Presidente de la República no tenía competencia para imponerla, no sólo porque el artículo 338 de la Carta la restringe a los órganos de representación popular de manera expresa, norma esta que tiene plena armonía con lo dispuesto por el artículo 150 numeral 12 de la Constitución que adscribe al Congreso como una de sus funciones legislativas la de establecer Contribuciones Fiscales y, excepcionalmente Contribuciones Parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Por lo anterior, declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995.

4. Caso concreto

En el presente asunto, las señoras Marelvís Jacqueline Avendaño Royero y Zenith Esther Cantillo Peña, por medio de apoderado judicial demandan los actos administrativos contenidos en los oficios S-2016-017482 y S-2016-017484, ambos de fecha 22 de junio de 2016, por medio de los cuales la Policía Nacional, negó sus pedimentos en el sentido de que se les reintegraran los dineros deducidos con ocasión al gravamen parafiscal ordenado en el párrafo 2° del Decreto 1091 de 1995, norma que fue anulada por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013.

El juez de primera instancia, consideró que los efectos de la citada sentencia fueron *ex tunc*, en razón a que no encontró ninguna situación jurídica consolidada que pudiera afectarse con su aplicación.

En virtud de lo anterior, resolvió declarar la nulidad de los actos demandados por estar viciados de nulidad y, en su lugar, ordenó la devolución de tales sumas, las cuales debían ser actualizadas aplicando la consabida fórmula.

A su turno, el extremo accionado, inconforme con las resultas, estimó que su procurada realizó los descuentos amparada en una disposición legal expedida por

el Presidente de la República y que su posterior declaratoria de nulidad devino por la falta de competencia del mandatario.

Así mismo, indicó que tales descuentos cesaron, incluso, desde el momento en que el Consejo de Estado suspendió los efectos jurídicos del párrafo segundo del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, esto es, desde el año 2011.

También, esgrimió que los efectos, de la sentencia⁵ que anuló el párrafo segundo del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, no son hacia atrás, sino hacia el futuro, ya que los dineros descontados, en vigencia de esta disposición legal, cumplieron la finalidad con la fue creada, esto es, en subsidios de viviendas, creación y funcionamiento de instituciones educativas a nivel nacional, recreación y deportes, cuyos únicos beneficiarios fueron los destinatarios del gravamen, esto es, miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por ende, consideró que se está en frente de una situación jurídicamente consolidada.

Al respecto, de entrada, cabe señalar que la sentencia⁶ que declaró la nulidad del párrafo 2º del Decreto 1091 de 1995 nada dijo sobre sus efectos jurídicos en el tiempo.

Además, revisada la legislación anterior⁷ al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, esto es, Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941 y Decreto Ley 01 de 1984, no encuentra la Sala norma alguna que regule los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad.

En virtud de este vacío normativo, en la práctica judicial, el Consejo de Estado, mayoritariamente, aplica la regla general de atribuir efectos *ex tunc* a la anulación de los actos administrativos⁸, aunque en otras oportunidades (Vg. Sección Cuarta del Consejo de Estado⁹) les ha otorgado efectos *ex nunc* (hacia el futuro).

⁵ Sentencia proferida el 28 de febrero de 2013, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de radicado No. 11001-03-25-000-2007- 2 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de febrero de 2012. Exp. 24655.

⁶ Sentencia proferida el 28 de febrero de 2013, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de radicado No. 11001-03-25-000-2007- 2 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de febrero de 2012. Exp. 24655.

⁷ Comoquiera que la sentencia de anulación fue expedida en vigencia del Decreto 01 de 1984.

⁸ Sobre los efectos «*ex tunc*» de las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales se pueden consultar los siguientes fallos: 1) Sección Cuarta. Consejera ponente: MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA. 25 de septiembre de 2006. Radicación 08001-23-31-000-2002-00737-01(15304). Actor: Sociedad Hijos de A. Pardo. Demandado: DIAN.; 2) Sección Cuarta. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. 9 de marzo de 2006. Radicación: 25000-23-25-000-2005-01458-01(AC). Actor: Felisa Romero. Demandado: Departamento de

El Consejo de Estado - Sección Quinta - Sentencia del 18 de octubre de 2012.

Radicación número: 2010-00014¹⁰, en una oportunidad, señaló:

Esta Corporación ha precisado en reiterados pronunciamientos que la nulidad de un acto administrativo declarada por la vía jurisdiccional implica el reconocimiento de que desde su expedición estaba viciado. **Razón por la cual, la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc**, es decir, que desaparece el velo de su aparente legalidad, desde el momento mismo de su emisión, lo que hace que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban

Cundinamarca, Beneficencia de Cundinamarca y Ministerio de Hacienda.; 3) Sección Cuarta. Consejera ponente: MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA. 16 de junio de 2005. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00938-01(14311). Actor: CARREFOUR. Demandado: Cámara de Comercio de Bogotá y Superintendencia de Industria y Comercio.; 4) Sección Cuarta. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIE. 7 de febrero de 2008. Radicación: 25000-23-27-000-2002-00616-01(15443). Actor: Concentrados Cresta Roja S.A. Demandado: DIAN.; 5) Sección Tercera. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. 10 de marzo de 2005. Radicación número: 11001-03-26-000-1992-07961-01(7961). Actor: Germán Cavalier Gaviria. Demandado: Ministerio de Minas y Energía.; 5) Sección Cuarta. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIE. 23 de marzo de 2001. Radicación número: 76001-23-24-000-1997-4782-01(11598). Actor: Brako LTDA.

⁹ Con ponencia del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, en sentencia del tres (3) de agosto de dos mil dieciséis (2016), respecto a los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos de carácter general (normativos), señaló:

"....que los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos de carácter general (normativos) son de efecto inmediato respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas.

Por ende, tales sentencias no afectan las situaciones jurídicas consolidadas, esto es, aquellas que resultan de la ejecutoria y ejecutividad de actos administrativos particulares y concretos, porque ya están vencidos los plazos para demandarlos judicialmente, y también cuando ha prescrito el derecho a pedir la devolución, por vencimiento del término establecido en la ley para ese efecto.

Para la Sala la seguridad jurídica se fundamenta precisamente en la consolidación de las situaciones jurídicas, situaciones que, además pueden ser favorables o desfavorables. Así, si un particular, bajo determinada ley o determinados actos administrativos generales, que son leyes en sentido lato, ganó o adquirió determinado derecho, quiere decir que consolidó una situación jurídica favorable que incluso pudo haber entrado a su patrimonio económico o moral. Y una sentencia que anule esa ley no puede afectar esa situación.

.....
Ni la inexequibilidad de la ley ni la nulidad del acto administrativo normativo o general pueden implicar *ope legis* que se deshagan las situaciones que se consolidaron para sostener que nunca existieron y que las cosas volverían al estado en que se encontraban antes, lo cual suele resultar incluso imposible.

Consultar también (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 23 de febrero de 2011 (Exp. 76001-23-31-000-2005-02192-01 (17139)), Consejo de Estado, sección cuarta, Sentencia del 21 de julio de 2011 expediente 1100103270002007000500 (16356)), Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de noviembre de 1989, Exp. A-051., entre otras.

¹⁰ Bien lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado al decir:

"Esta Corporación ha precisado en reiterados pronunciamientos que la nulidad de un acto administrativo declarada por la vía jurisdiccional implica el reconocimiento de que desde su expedición estaba viciado. Razón por la cual, la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, es decir, que desaparece el velo de su aparente legalidad, desde el momento mismo de su emisión, lo que hace que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su expedición, no teniendo vocación de generar ningún efecto jurídico..."¹⁰

No obstante, precisa la Sala, al retrotraerse las cosas al estado anterior a la expedición del acto, solo se afectarán aquellas situaciones no consolidadas o las que al tiempo de producirse el fallo eran objeto de debate o susceptibles de ser controvertidas ante las autoridades judiciales o administrativas

antes de su expedición, no teniendo vocación de generar ningún efecto jurídico...”¹

No obstante, precisa la Sala, al retrotraerse las cosas al estado anterior a la expedición del acto, solo se afectarán aquellas situaciones no consolidadas o las que al tiempo de producirse el fallo eran objeto de debate o susceptibles de ser controvertidas ante las autoridades judiciales o administrativas

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ante una consulta sobre el alcance de la nulidad declarada por el Consejo de Estado sobre el Decreto Reglamentario 3366 de 2003, en el fallo 0217 de 2019, respecto a los efectos de los actos administrativos de carácter general, señaló:

“Como lo sostuvo la Sala en el Concepto 2195 de 2014, por regla general la anulación de actos administrativos tiene efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento en que se profirió el acto anulado por la jurisdicción, lo que implica predicar que el acto no existió ni produjo efectos jurídicos.

A su turno, la Corte Constitucional, respecto a la exclusión de los efectos *Ex Tunc* de las situaciones jurídicas consolidadas, en sentencia T-121 de 2016, abordó el tema así:

.... la anulación de un acto administrativo produce efectos *ex tunc*, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. El Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha adocinado que la diferencia entre la declaración de nulidad, y la de inexequibilidad, parte del supuesto que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe volver al estado anterior a su vigencia. **Ahora bien, los efectos *ex tunc* no generan un inmediato restablecimiento de las situaciones que se hayan causado en vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en cada caso, debe examinarse si se encuentran situaciones jurídicas consolidadas, las cuales, en atención al principio de seguridad jurídica, no pueden alterarse.**

En cuanto a las situaciones jurídicas consolidadas, la Sala trae a colación lo dicho por la Corte Constitucional (Sentencia T- 415 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva):

“De ahí entonces, que las situaciones jurídicas consolidadas que deben protegerse de los efectos de la nulidad de un acto administrativo general, corresponden a todas aquellas que se crearon en vigencia del acto declarado nulo y que proporcionan un mayor beneficio. Es decir, que aquellas situaciones consolidadas en vigencia del acto expulsado del ordenamiento jurídico pero que constituyen un perjuicio para el particular por la ilegalidad del mismo deben correr la misma suerte del acto anulado, pues esta es la manera de restablecer la vulneración del ordenamiento jurídico que se produjo por causa de la ejecución del acto anulado En este sentido, esta

Corporación se ha pronunciado sobre a la prohibición de retrotraer los efectos de una norma a situaciones jurídicas consolidadas advirtiendo como excepción aquellas situaciones que se beneficiarían al destinatario. Al respecto, ha señalado que “la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común de manera concurrente”. En suma, la nulidad de un acto administrativo de contenido general tiene efectos retroactivos, pues esa circunstancia constituye el camino que permite restablecer el ordenamiento jurídico que haya resultado vulnerado por causa de la vigencia del acto expulsado del ordenamiento jurídico. De acuerdo con ello, se excluyen de tales efectos, las situaciones jurídicas consolidadas siempre y cuando las mismas constituyan un beneficio para el destinatario del respectivo acto administrativo.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, para la Sala es claro que los efectos de la sentencia del 28 de febrero de 2013, por medio de la cual el alto Tribunal anuló el parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, son *Ex Tunc*.

Ahora, siguiendo la jurisprudencia en cita, es claro que la guardiana de la Constitución Nacional habla sobre la prohibición de retrotraer los efectos de una norma a situaciones jurídicas consolidadas, advirtiendo como excepción aquellas que beneficiarían al destinatario.

Sobre este particular, vale la pena recordar que en el presente asunto no ha prescrito el derecho que le asiste a las demandantes de pedir la devolución de las sumas aportadas con ocasión al gravamen parafiscal impuesto en una disposición ilegal, por ende, tal como lo determinó el juez de primera instancia, no existe una situación jurídica consolidada que impida excluir, de los efectos retroactivos, las pretensiones de las demandantes.

En lo que respecta al restablecimiento del derecho, la Sala encuentra acertada la decisión del *a-quo* en el sentido de ordenar la devolución de las sumas descontadas, con ocasión a los aportes de que trataba el parágrafo segundo del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, entre el período comprendido entre el año 1996 hasta la fecha en que dejaron de hacerse estos descuentos.

En esa línea de pensamiento, a juicio de esta Sala, las demandantes desvirtuaron la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, por tanto, la decisión no podría ser otra que la de confirmar la sentencia recurrida.

Finalmente, debe la Sala advertir, en lo tocante a las excepciones denominadas como inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y genérica o innominada propuestas por el ente demandado, que las mismas constituyen argumentos de defensa, por ende, el *a quo* no debió declararlas probadas, dado que, con la denegatoria de las pretensiones de la demanda dichos argumentos se dan por resueltos.

En tal virtud, este Tribunal revocará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia recurrida.

3. **Condena en costas**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. procede la Sala a disponer sobre la condena en costas, teniendo en cuenta las reglas previstas en el CGP y el criterio objetivo – valorativo que según jurisprudencia del Consejo de Estado rige sobre esta temática.

El numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. señala que *"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código."* Así mismo el numeral 8º precisa *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

En el asunto de la referencia del trámite del expediente no se concluye la causación de las costas y agencias en derecho, razón por la cual no se decretarán.

En mérito de las consideraciones que anteceden, **el Tribunal Administrativo del Magdalena**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

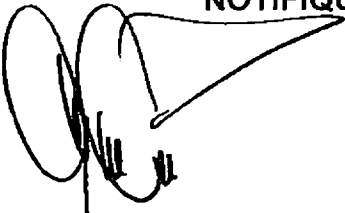
Primero: Revocar el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia del 9 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Confirmar los restantes numerales de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta de fecha 9 de mayo de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

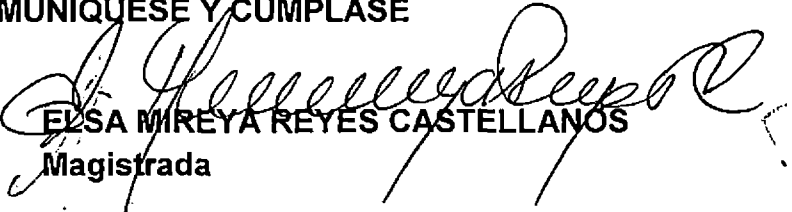
Tercero: No hay lugar a condena en costas en el trámite de la segunda instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

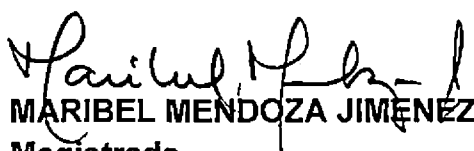
NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



ADONAY FERRARI PADILLA
Magistrado



ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada



MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada