



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70 001 33 33 007 2013 00033 01
Actor : ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra: MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema: RECHAZO DE DEMANDA – INDEBIDO AGOTAMIENTO
TRÁMITE ADMINISTRATIVO, POR SER LA AUTORIDAD
INCOMPETENTE PARA CONOCER DE LA SOLICITUD
DE REAJUSTE DE HONORARIOS.

AUTO

I. MOTIVO DE DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación promovido por el señor ALEXANDER GARCÍA DÍAZ, por intermedio de apoderado judicial contra el auto interlocutorio calendado 2 de abril de 2013, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por el cual se resolvió rechazar la demanda, por caducidad del medio de control

II. ANTECEDENTES

2.1 el auto impugnado.

El A quo, mediante providencia de 2 de abril de 2013¹, dispuso rechazar la demanda

¹ Folio 38 del cuaderno principal.

Expediente	70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
Actor	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema	RECHAZO DE DEMANDA

haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual impetro el actor contra el Municipio de los Palmitos Sucre.

La juez de instancia rechazo la demanda al considerar:

“ Que en la demanda incoada había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, toda vez, que el acto administrativo acusado fue proferido el 13 de septiembre de 2012, con constancia de recibo el día 14 de ese mismo mes y año, teniendo el actor el término de cuatro (4) meses para solicitar la audiencia de conciliación, y de paso agotar el requisito de procedibilidad, de acuerdo al artículo 161, ibídem; no obstante el libelista presentó solicitud de conciliación prejudicial el 28 de enero de 2013”.

2.2 fundamento del recurso

El apoderado de la parte demandante, interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto interlocutorio de 2 de abril de 2013, que rechazó la demanda, indicando que este debe ser revocado en su totalidad, al considerar:

“Que el medio de control a seguir se adelanta en tiempo, teniendo en cuenta a la fecha radicación de la demanda que no han transcurrido los cuatro (4) meses de caducidad debido a que la Resolución N° 0226 del 13 de septiembre de 2012 fue comunicada a mi poderdante el 14 de septiembre de 2012, tiempo a partir del cual se contaba con 10 días hábiles para la presentación del recurso de reposición, de acuerdo a lo contenido en el artículo 76 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso Administrativo- no cinco (5) días como erradamente se expone en la resolución N° 0226 del 13 de septiembre de 2012, oportunidad que venció el veintiocho (28) de septiembre de 2012, momento en el cual el acto administrativo adquirió firmeza con sujeción al numeral 3 del artículo 87 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, momento a partir del cual el computo de los cuatro meses de caducidad los cuales se extendieron hasta el 28 de enero de 2013, fecha de radicación de la solicitud de conciliación extrajudicial, siendo así la interrupción de la caducidad opero desde ese día (...)”

III CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al asumir una decisión de fondo frente al recurso que se analiza, se observa que se trata de la apelación de un auto de rechazo de la demanda, sustentado en el hecho de que la misma se encontraba caducada. Para su resolución se plantea el siguiente cuestionamiento:

El problema jurídico principal se concreta en determinar:

¿Desde cuándo inicia a contarse el termino de los 4 meses que trae el CPACA, por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?

Previo a dar respuesta al problema jurídico antes planteado, se hará alusión a lo

Expediente	70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
Actor	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema	RECHAZO DE DEMANDA

observado en la presente demanda, por parte de esta Corporación, realizando para ello otros interrogantes como lo son:

¿Será procedente incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho agotando indebidamente la vía gubernativa?

¿Se encuentra agotada la vía gubernativa cuando la petición se presenta ante funcionario incompetente, y este expide el acto administrativo demandado?

Para desarrollar los problema jurídico antes anotados, se precisará (i) soporte jurídico para que opere el rechazo de la demanda, (ii) la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; (iii) el objeto y principios constitutivos del nuevo ordenamiento procedimental y contencioso administrativo; (iv) facultades del Juez Administrativo -el control de legalidad-; (v) Decisión previa de la Administración; (vi) Legislación referida a las competencias presupuestales en los concejos municipales; (vii) Caso en concreto.

3.1 Soporte jurídico para que opere el rechazo de la demanda.

Frente a lo planteado se hace imperioso recurrir a lo estatuido en el artículo 169 del C.P.A.C.A., el cual dice de manera taxativa en relación con el rechazo de la demanda, que esta procede:

1. Cuando ha operado la caducidad.
2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.
3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.

Esto significa que el juez debe apreciar la naturaleza del defecto que presenta la demanda; si se trata de un aspecto subsaneable, habrá que entenderlo como formal para garantizar la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.N.)²

3.2. En cuanto a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho.

El H. Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda subsección “A”. con ponencia del Dr. ALFONSO VARGAS RINCON, se pronuncio con respecto al tema³:

²DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, Octava Edición-Juan Ángel Palacio Hincapié.

³Mayo 14 de 2009, exp.(2751-08)

Expediente
Actor
Contra
Medio de Control
Tema

70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RECHAZO DE DEMANDA

“CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Término. Procedencia / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL - Efectos / CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Su término no varía por la declaración de nulidad del acto administrativo que le sirvió de sustento.

El numeral 2° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 señaló el término de caducidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en los siguientes términos: “la de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de publicación, notificación, comunicación, o ejecución del acto, según el caso...”. Para que opere el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo bastan el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción, y una vez iniciado el término, con la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso, lo que ocurra de ahí en adelante no tiene la facultad para modificar el plazo perentorio señalado por la ley. En consecuencia, una vez ocurrida la caducidad, la actuación administrativa queda en firme y para el afectado ya no tiene incidencia alguna la declaratoria de nulidad de la normatividad en que se fundó, como sí la tiene para quienes demandaron oportunamente, pues para éstos no se consolidó la situación jurídica sino que sigue el proceso hasta que se profiere el fallo definitivo. La declaratoria de nulidad de un acto administrativo general si bien tiene efectos retroactivos, no implica que se afecten los actos particulares que se hayan expedido con base en la norma anulada, si de otro lado se han utilizado los medios jurídicos para controvertir la decisión y se ha resuelto sobre ella o simplemente porque se han vencido los plazos para su impugnación con anterioridad a la fecha del fallo, pues éste no tiene como consecuencia revivir términos que otras disposiciones consagran para su discusión administrativa o jurisdiccional o para que el acto quede en firme. No son de recibo los argumentos de la demandante cuando afirma que en este caso el término debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del acto administrativo contenido en la Ordenanza No. 050 del 8 de enero de 1999, puesto que tal declaratoria tendría incidencia solamente respecto de aquellas personas que demandaron los actos que afectaron su situación laboral dentro del término establecido en la ley”.

3.3. El CPACA respecto al objeto y principios constitutivos del nuevo ordenamiento procedimental y contencioso administrativo, prevé en su artículo 103:

“Los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y de la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresado y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código”.

Expediente	70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
Actor	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema	RECHAZO DE DEMANDA

3.4. Así mismo la normatividad ibídem, en su artículo 207, invistió al juez contencioso para que ejerza el control de legalidad para ir saneando los vicios que puedan suscitarse en el trascurso del proceso; en esa línea precisó:

“Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no podrán alegarse en las etapas siguientes”.

3.5. DECISIÓN PREVIA DE LA ADMINISTRACIÓN.

El artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, establece que:

“Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución. (...)”

Así mismo; la ley en cita, en su artículo 21, determinó el actuar del funcionario que reciba una solicitud de la que él no es competente para resolver; la preceptiva legal indica:

“Si la autoridad a quien se dirige la petición no es el competente, informará de inmediato al interesado si éste actúa verbalmente, o dentro de los diez (10) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. (...)”.

A su turno el artículo 88 ibídem, reza.

“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

Esta es la fórmula para operar ante la administración en la búsqueda de un acto que reconozca un determinado derecho que se cree está siendo desconocido. Si el pronunciamiento del ente territorial conminado es negativo a las pretensiones planteadas por el peticionario, podrá –según sea el requerimiento, venir directamente ante la jurisdicción contenciosa en procura de la nulidad de aquélla resolución; o si es menester, previamente agotar la conciliación judicial; con todo, siempre habrá que agotar el trámite administrativo para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho.

La doctrina frente a este tema ha definido:

“Toda la actividad que desarrolla el Estado está encaminada a la consecución de los cometidos estatales, que no son otros que la prestación de los servicios a la comunidad, o en términos de la

Expediente
Actor
Contra
Medio de Control
Tema

70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RECHAZO DE DEMANDA

nueva Constitución, garantizar la prestación de los mismos. Toda su actividad se manifiesta mediante actos, o hechos, la cual se debe cumplir con estricta sujeción al ordenamiento constitucional y legal, para ello se la dota, a su vez, de privilegios que aseguran su cumplimiento, como la presunción de legalidad de sus actos (L. 1437/11, art. 88)⁴, y la ejecutoriedad de los mismos (artículo 89 ibídem). (...).

La actividad que desarrolla el Estado está limitada por dos principios: **el de legalidad**, en virtud del cual toda la actuación de la administración está sometida al ordenamiento jurídico que la regula, (artículo 3 y 4 de la Constitución Política), y **el de responsabilidad**, que impone la obligación de indemnizar al perjudicado cuando su actuación no se ajusta a la legalidad o cuando a pesar de estarlo, con ella se causa un perjuicio, artículo 6 y 90 de la Constitución Política. Ambos principios, a su vez, son las garantías para la protección del administrado, pues el no cumplimiento conlleva a que el acto sea declarado nulo, y a que la Administración asuma la consecuencia de ello, (...).

La Administración debe ajustarse a la reglamentación que regule su actividad, cualquiera que sea el origen de aquélla, aspecto que obliga al respecto de las normas que ella misma, u otro órgano superior, haya expedido. (...)»⁵

La jurisprudencia al respecto ha expresado:

La sentencia de 18 de abril de 1996 de la Sección Segunda de esta Corporación (M.P. Dra. Dolly Pedraza Arenas Exp. 12823) hace una pronunciación respecto al tema, en el mismo sentido de las consideraciones expuestas:

«[...]

El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 22 del Decreto ley 2304 de 1989, establece que **para demandar la declaratoria (sic) de nulidad de un acto particular que ponga término a un proceso administrativo y el restablecimiento del derecho, el actor debe agotar previamente la vía gubernativa mediante la obtención de acto expreso o presunto por silencio negativo**⁶. Agrega que el silencio negativo en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

En consecuencia ante el contencioso administrativo no se puede acudir sino con base en la existencia de un acto administrativo expreso o ficto que agote la vía gubernativa.

Tratándose del reclamo de un mayor valor de viáticos reconocidos y pagados durante el período comprendido entre 1981 y 1991, es evidente que el accionante debió en su oportunidad impugnar ante la misma administración los actos que hicieron el reconocimiento de viáticos por menor valor y, agotada la vía gubernativa, ahí sí demandar los respectivos actos administrativos que en su opinión no se ajustaban al ordenamiento legal [...].

[...]».

⁴ El Código anterior no definía el concepto. El CPACA lo define así: “**Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo.** “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

⁵ Derecho Procesal Administrativo, 8ª. Edición, Juan Ángel Palacio Hincapié; librería Sánchez R. Ltda. Pág. 31, 32, y 33.

⁶ Negrillas de la Sala.

Expediente	70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
Actor	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema	RECHAZO DE DEMANDA

En estas condiciones, los órganos de esta jurisdicción carecen de competencia para pronunciarse sobre la demanda”.

En otra oportunidad el máximo Tribunal de lo Contencioso, precisó:

*“El 15 de enero de 2001, la Dirección General Marítima rechazó de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor, argumentando que el escrito presentado carecía de los requisitos señalados en el numeral 1° del artículo 52 del CCA, en cuento a la expresión de los motivos de inconformidad. **Esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la necesidad del agotamiento de vía gubernativa para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la luz del artículo 85 del C.C.A**⁷. Para el caso que se analiza, es preciso mencionar que haberse rechazado de plano el recurso de apelación ante falta de sustentación por parte de la DIMAR, equivale a que dicho recurso no fue interpuesto en debida forma y a que la vía gubernativa no fue agotada. No se allegó documento alguno en que constase que el actor hubiera efectivamente sustentado el recurso, y por tanto, no viene a lugar reprobar la actuación de la DIMAR al rechazarlo, pues para ello se fundamentó acertadamente en el numeral 1° del artículo 52 del C.C.A. Según lo anotado, habrá de confirmarse el fallo inhibitorio, por estar el actor imposibilitado para acceder a la jurisdicción Contencioso-Administrativa ante la ausencia de uno de los presupuestos de la acción”⁸.*

En otra ocasión direccionó:

*“El privilegio de la decisión previa o agotamiento de la vía gubernativa es uno de los presupuestos procesales de la acción que permite que el administrado pueda acudir ante la jurisdicción. En caso de que no se cumpla esa condición, el juez puede rechazar la demanda, o, en caso de que eso no hubiere sido posible, proferir un fallo inhibitorio atendiendo la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa⁹ y, en consecuencia, puede abstenerse de emitir pronunciamiento de mérito sobre el fondo de las pretensiones. **En términos generales, el agotamiento de la vía gubernativa es un privilegio que el ordenamiento jurídico le concede a la administración y consiste en que, antes de que se la demande, se le debe dar la oportunidad de pronunciarse sobre las pretensiones y argumentos de oposición a las decisiones adoptadas en los actos administrativos, para que pueda revisarlas y, según el caso, revocarlas, modificarlas o aclararlas**¹⁰. Es decir, para que el administrado pueda acudir a la jurisdicción debe, previamente, haber presentado ante la administración los recursos que el legislador previó como obligatorios contra el acto que se pretenda demandar. El artículo 63 del C.C.A. señala que la vía gubernativa se agota cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso (artículo 62-1 íbidem), o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 62-2 íbidem), y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o queja, que no son obligatorios. (...)”¹¹*

⁷ Negrillas para llamar la atención.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, 26 De Agosto De 2004, Radicación Número: 88001-23-31-000-2001-0018-01, Actor: Daniel Wilson Sinisterra Quiñónez, Demandado: Capitanía Del Puerto De San Andrés Isla.

⁹ Negrillas para resaltar.

¹⁰ Negrillas fuera del texto.

¹¹ Consejo de Estado, Sección 4ta. C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenas, junio 16 de 2011; exp (16754).

3.6. Legislación referida a las competencias presupuestales en los concejos municipales.

La Ley 136 de 1994, en su capítulo III, referida a las atribuciones¹² de los concejos municipales, prevé en su artículo 32, numeral 10 que:

“Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes:

(...).

10. Dictar las normas orgánicas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá corresponder al Plan Municipal o Distrital de desarrollo, de conformidad con las normas orgánicas de planeación.

(...)”.

Igualmente los artículos 65 y 66 de esa misma normatividad se instruye:

ARTÍCULO 65. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS. *Los miembros de los concejos de las entidades territoriales tienen derecho a reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias.*

Así mismo, tienen derecho, durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida y a la atención médico-asistencial personal, vigente en la respectiva localidad para los servidores públicos municipales.

Las resoluciones que para efecto de reconocimiento de honorarios expidan las mesas directivas de los concejos, *serán publicadas en los medios oficiales de información existentes en el respectivo municipio o distrito. Cualquier ciudadano o persona podrá impugnarlas, y la autoridad competente, según el caso, dará curso a la investigación o proceso correspondiente.*

PARÁGRAFO. *Los honorarios de que trata este artículo se causarán a partir del 1 de enero de 1994. (Negrillas de la Sala).*

ARTICULO 20. HONORARIOS DE LOS CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. *El artículo 66 de la Ley 136 de 1994, quedará así:*

"Artículo 66. Causación de honorarios. *Los honorarios por cada sesión a que asistan los concejales serán como máximo el equivalente al ciento por ciento (100%) del salario diario que corresponde al respectivo alcalde.*

En los municipios de categoría especial, primera y segunda se podrán pagar anualmente hasta ciento cincuenta (150) sesiones ordinarias y hasta treinta (30) extraordinarias al año. No se podrán pagar honorarios por prórrogas a los períodos ordinarios.

En los municipios de categorías tercera a sexta se podrán pagar anualmente hasta setenta (70) sesiones ordinarias y hasta doce (12) sesiones extraordinarias al año. No se podrán pagar honorarios por otras sesiones extraordinarias o por las prórrogas.

A partir del año 2007, en los municipios de categoría tercera se podrán pagar anualmente hasta setenta (70) sesiones ordinarias y hasta doce (12) sesiones extraordinarias al año. En los municipios de categoría cuarta se podrán pagar anualmente hasta sesenta (60) sesiones ordinarias y hasta doce (12) sesiones extraordinarias al año. En los municipios de categorías quinta y sexta se podrán pagar anualmente hasta cuarenta y ocho (48) sesiones ordinarias y hasta doce (12) sesiones extraordinarias al año. No se podrán pagar honorarios por otras sesiones extraordinarias o por las prórrogas.

¹² Debe entenderse como competencias.

Expediente
Actor
Contra
Medio de Control
Tema

70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RECHAZO DE DEMANDA

Cuando el monto máximo de ingresos corrientes de libre destinación que el distrito o municipio puede gastar en el concejo, sea inferior al monto que de acuerdo con el presente artículo y la categoría del respectivo municipio se requeriría para pagar los honorarios de los concejales, éstos deberán reducirse proporcionalmente para cada uno de los concejales, hasta que el monto a pagar por ese concepto sume como máximo el límite autorizado en el artículo 10 de la presente ley.

PARAGRAFO. Los honorarios son incompatibles con cualquier asignación proveniente del tesoro público del respectivo municipio, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las demás excepciones previstas en la Ley 4a. de 1992".

Pues bien, el Decreto 111 de 1996, compiló las normas de las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, que conformaban el estatuto orgánico del presupuesto; así este precepto en lo que hace a la regulación de los gastos de los entes municipales estatuyó:

“XV. De las entidades territoriales

ARTÍCULO 104. *A más tardar el 31 de diciembre de 1996, las entidades territoriales ajustarán las normas sobre programación, elaboración, aprobación, y ejecución de sus presupuestos a las normas previstas en la ley orgánica del presupuesto (L. 225/95, art. 32).*

ARTÍCULO 105. *En desarrollo del artículo 368 de la Constitución Política, los gobiernos nacional, departamental y municipal, podrán incluir apropiaciones en sus presupuestos para conceder subsidios a las personas de menores ingresos, con el fin de pagar las cuentas de servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.*

Los subsidios en los servicios públicos domiciliarios se otorgarán a las personas de menores ingresos, conforme a lo previsto en la Ley 142 de 1994 (L. 179/94, art. 53; L. 225/95, art. 26).

ARTÍCULO 106. *Los alcaldes y los concejos distritales y municipales, al elaborar y aprobar los presupuestos, respectivamente, tendrán en cuenta que las apropiaciones para gastos de funcionamiento de las contralorías y personerías, no podrán ser superiores a las que fueron aprobadas en el presupuesto vigente, incrementadas en un porcentaje igual al índice de precios al consumidor esperado para la respectiva vigencia fiscal (L. 225/95, art. 28).*

ARTÍCULO 107. *La programación, preparación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución de las apropiaciones de las contralorías y personerías distritales y municipales se regirán por las disposiciones contenidas en las normas orgánicas del presupuesto de los distritos y municipios que se dicten de conformidad con la ley orgánica del presupuesto o de esta última en ausencia de las primeras (L. 225/95, art. 29).*

ARTÍCULO 108. *Las contralorías y personerías distritales y municipales tendrán la autonomía presupuestal señalada en la ley orgánica del presupuesto (L. 225/95, art. 30).*

ARTÍCULO 109. *Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente.*

Expediente
Actor
Contra
Medio de Control
Tema

70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RECHAZO DE DEMANDA

Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes.

Mientras el tribunal decide, regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (L. 38/89, art. 94; L. 179/94, art. 52).

XVI. De la capacidad de contratación, de la ordenación del gasto y de la autonomía presupuestal

ARTÍCULO 110. Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes.

En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, **las entidades territoriales**, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica. (Negrillas de la Sala).

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación (L. 38/89, art. 91; L. 179/94, art. 51).

ARTÍCULO 111. Para garantizar la independencia que el ejercicio del control fiscal requiere, la Contraloría General de la República gozará de autonomía presupuestal para administrar sus asuntos según lo dispuesto por la Constitución y esta ley (L. 179/94, art. 68)".

La Ley 136 de 1994, en los artículos 65 y 66, estatuyó para los Concejales derecho a una contraprestación por cada sesión a la que asistan; la cual debe ser reconocida por la mesa directiva de esa Corporación.

Por su parte, debe hacerse referencia al artículo 110 del Decreto 111 de 1996, el cual establece que el Concejo Municipal es una sección del presupuesto del municipio, como tal, goza de capacidad de contratación, así puede comprometer y ordenar gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su respectiva sección a nombre de la persona jurídica municipio. Al respecto la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-365 de 2001, en la que consideró que la facultad de ordenación del gasto de los alcaldes no se extiende a los Concejos, Contralorías y Personerías municipales.

Expediente
Actor
Contra
Medio de Control
Tema

70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RECHAZO DE DEMANDA

La Corte precisó también que el Alcalde no tiene la competencia para ordenar los gastos del Concejo por cuanto este órgano colegiado de elección popular goza de autonomía presupuestal para el cumplimiento de su función.

Así las cosas, los gastos inherentes a los honorarios, seguros de vida y atención médica de los Concejales deben presupuestarse en la sección del Concejo y el ordenador del gasto debe ser el jefe del órgano, es decir el Presidente del Concejo y no el Alcalde municipal. En consecuencia, hace parte de los gastos de funcionamiento de los Concejos municipales el pago de honorarios, las primas de los seguros de vida y de salud, o en su caso de las cotizaciones al régimen contributivo de salud, de los concejales.

Finalmente, debe considerarse que el alcance y finalidad de la ley 617 de 2001 indica que el cumplimiento de los montos máximos de gasto de las entidades territoriales y de las secciones del presupuesto deben ser cumplidos de manera inexorable, razón por la cual no existe mecanismo que autorice apropiar partidas para gastos de funcionamiento de los Concejos por encima de los límites legales. El monto máximo de ingresos corrientes de libre destinación que el distrito o municipio puede gastar en el concejo es vinculante para todas las autoridades municipales. Así, no es posible legalmente superar los límites establecidos.

Con las anteriores apreciaciones se dará curso al desarrollo del caso en concreto.

3.7.- Caso en Concreto.

Sea lo primero resolver el problema jurídico principal, para así continuar con los secundarios.

Con respecto al primero de los problemas jurídicos, la Sala está de acuerdo con la posición adoptada por la juez de instancia, al considerar que la acción incoada se encontraba caducada, pero haciendo la aclaración que no por las razones expuestas en el proveído calendado 2 de abril del hogaño, sino por lo contemplado en las jurisprudencias citadas.

Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que el A quo, no vislumbró al momento del estudio de admisión de demanda, que existió inadecuado agotamiento de la vía gubernativa.

Efectivamente, el artículo 65 de la Ley 136 de 1994; establece que los concejales tienen derecho al reconocimiento de **honorarios por asistencia comprobada a las sesiones plenarias**; lo que debe hacer la mesa directiva a través de una resolución

Expediente	70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
Actor	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema	RECHAZO DE DEMANDA

(acto administrativo individual); luego entonces, cada vez que se ordena el pago por la asistencia a las sesiones, se contaba con 4 meses para requerir el hoy, pretendido reajuste; de tal suerte que al solicitarse el reajuste desde el año 2008; dependiendo de cuantas sesiones se hayan producido desde esa anualidad hasta la terminación del periodo, por cada deliberación en la que asistió el actor, debía requerir su reajuste en agotamiento de la vía gubernativa, para luego presentar la respectiva acción –en vigencia del decreto 01 de 1984-; ahora el medio de control –ley 1437 de 2011.

Sobre este tema la H. Corte Constitucional¹³, ha expresado:

“En el presente caso, no se observan circunstancias que hubiesen impedido razonablemente a los demandantes, interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, mecanismo judicial efectivo para controvertir la decisión administrativa por la cual se liquidó y ordenó el pago de sus honorarios, así como tampoco para obtener el restablecimiento de los derechos presuntamente vulnerados”.

Entonces, lo que tiene que ver con la caducidad del medio de control; al haberse concluido con el mandato constitucional en el año 2011 tal como se certifica a folio 24-, ha de entenderse hasta el 31 de diciembre de esa anualidad dado que con esa fecha es que finiquita el año, el actor contaba con 4 meses a partir de aquel para ser exigible el reajuste de los honorarios; sólo respecto de las últimas sesiones; dado el término dispuesto por el legislador antes citado.

Evidentemente, para la época, se encontraba rigiendo el Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984, que en su artículo 136 numeral 2° preveía:

*“La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según sea el caso. Sin embargo los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.
(...)”*

Como se observa del texto anterior, la excepción a demandar en cualquier tiempo, era sólo respecto de los actos administrativos que reconocieran prestaciones periódicas; y en el sub lite se pretenden reajustes a honorarios¹⁴, los cuales no tienen tal connotación; de allí que, si la ley 136/94, previene la certificación a la asistencia a las

¹³ Sentencia T-384 de 2009.

¹⁴ El diccionario de la Real Academia de la Lengua, define: **Honorario, ria.** (Del lat. *honorarĭus*).

1. adj. Que sirve para honrar a alguien.

2. adj. Dicho de una persona: Que tiene los honores pero no la propiedad de una dignidad o empleo.

3. m. **Estipendio o sueldo que se da a alguien por su trabajo en algún arte liberal.** U. m. en pl. (Negrilla fuera del texto).

4. m. Gaje o sueldo de honor.

Expediente	70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
Actor	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema	RECHAZO DE DEMANDA

sesiones para el reconocimiento de aquellos, se tenía que ceñir, al postulado estatuido en el decreto 01/84, en lo que tiene que ver con los cuatro meses. En esta misma línea la H. Corte Constitucional¹⁵, afirmó:

“Por tanto, la inactividad de la parte interesada frente al ejercicio de los medios ordinarios de defensa, por desidia, desinterés o cualquier otra consideración propia de su esfera de decisión, impide acudir posteriormente ante el juez constitucional, menos aún cuando con la tutela se pretende modificar o dejar sin valor una providencia judicial y afectar el principio de cosa juzgada que la reviste.¹⁶ Si la persona renuncia expresa o tácitamente a los mecanismos de defensa que el ordenamiento jurídico puesto a su alcance para proteger sus derechos y garantías, asume las consecuencias de su inacción, pues en tal caso, la posible afectación de la esfera individual está tolerada o por lo menos permitida por el propio interesado, quien no puede luego pretender que por vía de tutela se reabran etapas o discusiones que ya fueron clausuradas válidamente dentro del sistema judicial o que quedaron definidas por efecto de la caducidad o la prescripción de la acción.¹⁷

Coligiéndose que, si la respuesta del derecho de petición del señor ALEXANDER GARCÍA DÍAZ, se resolvió el 13 de septiembre de 2012, ya había fenecido en demasía el término de 4 meses se insiste, para demandar el reajuste del último mes de sesiones asistidas y certificadas por la mesa directiva de la junta municipal.

En este momento, si en gracia de discusión se aceptara lo señalado en los hechos de la demanda, que los honorarios se debían liquidar con el 100% de todo lo devengado como salario diario del alcalde, a partir del 1º de enero de 2010, se tiene que igual suerte corre la pretensión de este medio, toda vez que, al preexistir la misma normatividad de certificarse las sesiones asistidas para aquel reconocimiento, se le conminaba a este tenor a la sujeción de los 4 meses; anteponiendo la caducidad en el presente asunto.

Ahora bien, el demandante GARCÍA DÍAZ, presentó petición ante el municipio de los Palmitos, para que el representante del ente territorial le reconociera un reajuste que en su parecer tiene derecho a ser pagado; induciendo en error al burgomaestre quien por respuesta del 13 de septiembre de 2012 Y con fecha de recibo de 14 del mismo mes y año, tramitó, y contestó negativamente tal pretensión, procediendo el accionante como lo hace hoy; es decir, incoando este medio de control.

Sin embargo, tal como se ha expuesto hasta aquí, el señor alcalde MANUEL DE JESÚS PÉREZ MENDIVIL, estaba impedido para conocer y resolver esta clase de reclamación, puesto que es el presidente del concejo como jefe de esa sección el competente para decidir lo correspondiente; de allí que, de la misma manera como el secretario de la

¹⁵ Sentencia T-384 de 2009.

¹⁶ Sentencia T-510 de 2006 de la Corte Constitucional.

¹⁷ Puede verse la sentencia T-315 de 2005 de la Corte Constitucional.

Expediente	70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
Actor	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema	RECHAZO DE DEMANDA

corporación municipal, señor LUIS EDUARDO DÍAZ SANTOS, certificó el desempeño del demandante como miembro de aquella junta, al igual que las sesiones y los honorarios devengados¹⁸, así debía el señor citado acercarse, a aquél para la presentación de la petición y su posible respuesta.

Por tanto, aún cuando en un flagrante desconocimiento de las normas que le establecen las competencia, el mandatario municipal resolvió el pedimento al demandante ALEXANDER GARCÍA DÍAZ, dicho acto administrativo no tiene la virtualidad de ser enjuiciado ante esta jurisdicción por ser a todas luces contraria al ordenamiento jurídico vigente, que se reitera, es sólo ante el presidente de la mesa directiva del concejo que se debió agotar la vía gubernativa, por contener aquella Corporación la investidura para ello¹⁹.

Así las cosas, que aún cuando el señor Alcalde es el representante legal del municipio, tal como lo previene el artículo 159, inciso último del CPACA; en lo que hace al reconocimiento de los honorarios a los concejales, existe norma especial que le ha dado a los presidentes de esas corporaciones la administración del presupuesto; de tal suerte que, era ante aquel que se debía agotar el trámite administrativo, por la autonomía presupuestal que dicha corporación tiene; entonces una cosa es la representación judicial, que está en cabeza del señor Alcalde; y una muy distinta, la independencia de gastos de aquellos; por tanto, al pretender el reconocimiento de reajustes en los honorarios percibidos en su investidura de concejal, debió apurar el pronunciamiento administrativo o vía gubernativa²⁰ ante el presidente –se insiste-, más no en presencia de la primera autoridad local.

CONCLUSIÓN

Por tanto, no son de recibo los argumentos del recurrente, cuando afirma que los términos debían contarse a partir del 28 de septiembre de 2012, fecha en la cual según él, quedo en firme el acto administrativo, pues como se expresó, la acción incoada se

¹⁸ Ver folio 40 de la demanda.

¹⁹ Para esto puede consultarse los distintos pronunciamientos del H. Consejo de Estado respecto a la colisión de competencia administrativa, a saber: Sala de Consulta y Servicio Civil; C.P. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Sentencia 18 de noviembre de 2010, exp. 11001-03-06-000-2010-00116-00(C); Auto de 4 de octubre de 2006, Rad. 11001-03-06-000-2006-00102-00, C.P. GUSTAVO APONTE SANTOS; Auto de 16 de marzo de 2006, Rad. 11001030600020060000300. C.P. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO; Auto del 23 de marzo de 2006, Rad. 11001030600020060000500 C.P. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Auto de 18 de mayo de 2006, Rad. 110010306000200600005100 C.P. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PÉRDOMO; Auto de febrero 23 de 2006; Rad. 11001030600020010075500; Auto de 28 de junio de 2006; Rad. 11001030600020060006500; C.P. GUSTAVO APONTE SANTOS; Auto de 23 de agosto de 2005; Rad. 11001030600020050008000 C.P. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE; Sentencia de 23 de noviembre de 2006; Rad. 05001-23-31-000-2006-00035-01 (IP); RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA; Auto de 24 de febrero de 2004; Rad. 110010315000-2003-01335-01; C.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA; Auto de 27 de julio de 2004; Rad. 03-15-000-2003-01260-01 C.P. TARSICIO CÁCERES TORO; Tribunal Administrativo del Cauca; Auto de noviembre 16 de 2011; M.P. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ.

²⁰ Antes, en el Decreto 01 de 1984.

Expediente	70 001 33 33 007 2013 – 00033 01
Actor	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
Contra	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Tema	RECHAZO DE DEMANDA

encontraba caducada mucho antes.

En este orden de ideas, con respecto al tema de la competencia; fue el mismo legislador quien estatuyó las competencias dispuesta para los Alcaldes y los Concejales en sus respectivas localidades; de allí que no es procedente incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho agotando indebidamente la vía gubernativa; máxime que la autoridad que resuelve el derecho de petición, lo hace en el convencimiento de que está legitimado para ello.

Igual suerte corre el tercer planteamiento, puesto que no se agota la vía gubernativa cuando la petición se presenta ante funcionario incompetente, y este expide el acto administrativo demandado.

Así mismo se tiene que, al estarse reclamando reajustes a los honorarios percibidos por el señor Alexander García Díaz, al haber fungido como concejal del municipio de los Palmitos, debió ceñirse a los postulados de la presentación de la demanda en salvaguarda del derecho que aquí reclama; como se evidencia que justamente no sucedió, por consiguiente se confirmará el auto recurrido.

Consecuencialmente, se

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el día 2 de abril de 2013, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho de Origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue estudiada en la Sala de la fecha, según consta en Acta No. 050.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

Magistrado