



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA SEGUNDA DE DECISION ORAL

Sincelejo, dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2013-00077-00
ACCIONANTE: DIEGO MERCADO SANABRIA
ACCIONADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Asunto:

Entra la Sala a resolver sobre la admisión de la demanda presentada en ejercicio de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, por parte del señor DIEGO MERCADO SANABRIA, contra el MUNICIPIO DE SINCELEJO

1. ANTECEDENTES

El señor **DIEGO MERCADO SANABRIA**, presentó demanda, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, correspondiéndole en reparto al Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo contra el **MUNICIPIO DE SINCELEJO**, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 0100.10.02.380 de fecha 6 de septiembre de 2012, por medio de la cual se le negó la solicitud de reajuste del valor cancelado por concepto de honorarios correspondiente a cada sesión asistida en condición de Concejal, durante el periodo 2004-2007 y 2008-2009.

Dicho Juzgado mediante auto de fecha 14 de marzo de 2013, ordeno remitir la demanda por falta de competencia, correspondiendo en reparto de fecha 02 de abril de 2013 a este Despacho, y mediante auto de fecha 12 de abril de esta anualidad se inadmitió la demanda¹.

Manifiesta el actor en la narración de los hechos que durante el periodo 2004-2007; 2008-2009, le reconocieron y pagaron por concepto de honorarios, por sesión de conformidad con lo establecido en la ley 136 de 1994, esto es el equivalente a un día de salario básico del Alcalde por sesión.

Afirma que a partir de la vigencia de la Ley 617 de 2000 en su artículo 20 se contempló que los honorarios de los concejales sería el equivalente al salario diario del alcalde; lo que debe indicar que si se habla de sueldos de debe incluir todos los factores salariales de ley, tales como: sueldo, prima, vacaciones gastos de representación, bonificaciones, viáticos y demás prestaciones legales que le corresponde al alcalde.

Precisa que dicha reforma modificó el reconocimiento de honorarios de los concejales en el sentido de que estos se calculan tomando como referencia no el salario básico, sino el diario devengado por el señor alcalde, por tanto al actor se le debió pagar el equivalente al cien por ciento (100%) de lo reconocido al alcalde.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa:

No obstante que la demanda fue inadmitida por el Magistrado Sustanciador, la Sala advierte que el juez administrativo, amparado en los poderes y facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico², en ejercicio

¹ Ver folio 54-55

² Las Leyes 270 de 1997, 1285 de 2009 artículos 207 y 208

del control de legalidad³ y saneamiento de las actuaciones procesales, debe verificar si la controversia puesta a consideración, puede y debe ser asumida en su conocimiento, para lo cual no se encuentra atado al hecho que se haya inadmitido la demanda, toda vez que aún se encuentra en etapa de control inicial del proceso, donde puede desplegar todos sus poderes de Juez director del proceso y control temprano del mismo.

Por ende, si se avizora alguna circunstancia que se traduzca en causal de rechazo de la demanda bien puede declararlo, sin que ello conlleve violación del derecho al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, habida cuenta que quien acude a la jurisdicción, debe hacerlo conforme las previsiones del artículo 103 inciso final del CPCA, cumplir con las cargas procesales previstas en el mismo, como lo serian el agotamiento de los recursos obligatorios en sede administrativa, la necesidad de la decisión previa y el adecuado agotamiento de la actuación administrativa, la presentación de la demanda en tiempo para evitar la caducidad del medio de control.

Todo ello, para establecer si el conflicto traído a sede judicial en ejercicio de pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, es objeto de estudio de legalidad en sede jurisdiccional, de no serlo, procederá a su rechazo *in limine*, en aras de evitar un fallo inhibitorio que afecte el principio de la tutela judicial efectiva.

Así entonces, la Sala abordara el estudio de los requisitos formales y sustanciales de la demanda en aras de verificar si la misma debe ser objeto de rechazo.

2.2. PROBLEMA JURIDICO.

Aclarado lo anterior, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar, si hay lugar al rechazo de la demanda por haber agotado en

³ Artículo 207 Ley 1437 de 2011. **Control de legalidad** "Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrearán nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no podrán alegarse en las etapas siguientes".

forma inadecuada la actuación administrativa y por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control.

2.3. Fondo del Asunto:

Para llegar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: i) objeto y principios constitutivos del nuevo ordenamiento procedimental y contencioso administrativo; ii) Decisión previa de la Administración; ii) Legislación referida a las competencias presupuestales en los concejos municipales, iv) Caso en concreto.

2.3.1. OBJETO Y PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS DEL NUEVO ORDENAMIENTO PROCEDIMENTAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo señala en su artículo 103 el objeto y principios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo así:

“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”.

Destaca en consecuencia que quien, acude a sede judicial, debe asumir unas cargas y actuaciones procesales y pre-procesales mínimas que el mismo sistema jurídico le impone, para que su pretensión pueda ventilarse en la justicia contenciosa administrativa y obtener con ello tutela judicial. Cargas del resorte del administrado y que en manera alguna pueden ser desplazadas o reemplazadas por el operador judicial, porque ello conllevaría

la segura producción de una decisión inhibitoria o en su defecto al rechazo temprano de la pretensión, situaciones dentro de las cuales se encuadran conceptos tales como la necesidad de la decisión previa de la administración o entidad llamada a responder, el agotamiento de los recursos obligatorios en sede administrativa cuando a ello haya lugar, así como el respeto por los términos de caducidad, temas a los cuales pasa la Sala referirse, así:

2.3.2. 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 (...).”

El artículo 21 de la Ley en cita indica cómo debe actuar el funcionario que recibe una solicitud de la que no es competente para resolver.

“si la autoridad a quien se dirige la petición no es la 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, establece la 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”.

Al respecto, se trae a colación la obra, *Derecho Procesal Administrativo, 8ª Edición, Autor Juan Ángel Palacio Hincapié*⁴, en donde indica que toda actividad que desarrolla el Estado se debe cumplir con estricta sujeción al ordenamiento constitucional y legal, es decir que está limitada por dos principios, el de legalidad y el de responsabilidad, el primero en

⁴ Páginas 31 y 32

acatamiento al artículo 3 y 4 de la constitución que indica que todo actuar de la administración debe estar sometida al ordenamiento jurídico que la regula y el segundo 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.

La jurisprudencia de nuestro alto Tribunal en varias oportunidades, ha expresado con relación al agotamiento de los recursos en la actuación administrativa lo siguiente:

"(...)

*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**⁵. 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 periodo 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 si demandar los respectivos actos administrativos que en su opinión no se ajustaban al ordenamiento legal (...).

(...)

En estas condiciones, los órganos de esta jurisdicción carecen de competencia para pronunciarse sobre la demanda".⁶

En pronunciamiento más reciente el máximo Tribunal precisó:

"El 15 de enero de 2001, la Dirección General Marítima rechazó de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor,

⁵ Negrillas de la Sala

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda M.P. Dolly Pedraza Arenas Exp.12823. 18 de abril de 1996

argumentando que el escrito presentado carecía de los requisitos señalados en el numeral 1º 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. 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 reprobación la actuación de la DIMAR al rechazarlo, pues para ello se fundamentó acertadamente en el numeral 1º 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 acción⁷.

Y sobre la necesidad de agotar la decisión previa ante la administración, para poder acudir al control jurisdiccional, en caso similar al debatido en esta oportunidad, el Consejo de Estado, señaló:

“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 gubernativa 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. 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 ibídem), o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 62-2 ibídem), y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o queja, que no son obligatorios. (...)”⁸

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniega 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.

⁸ Consejo de Estado, Sección 4ta. C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás, junio 16 de 2011; exp (16754).

2.3.3. LEGISLACIÓN REFERIDA A LAS COMPETENCIAS PRESUPUESTALES EN LOS CONCEJOS MUNICIPALES.

La Ley 136 de 1994, en su capítulo III, referida a las atribuciones⁹ 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 disponen:

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 plenarios.

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 66. CAUSACION DE HONORARIOS, <Artículo modificado por el artículo1 de la Ley 1368 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Atendiendo la categorización establecida en la Ley 617 de 2000, el valor de los honorarios por cada sesión a que asistan los concejales será el señalado en la siguiente tabla:

⁹ Debe entenderse como competencias.

Categoría	Honorarios por sesión
Especial	\$ 347.334
Primera	\$ 294.300
Segunda	\$ 212.727
Tercera	\$ 170.641
Cuarta	\$ 142.748
Quinta	\$ 114.967
Sexta	\$ 86.862

A partir del primero (1) de enero de 2010, cada año los honorarios señalados en la tabla anterior se incrementarán en un porcentaje equivalente a la variación del IPC durante el año inmediatamente anterior.

En los municipios de categoría especial, primera y segunda, se pagarán anualmente ciento cincuenta (150) sesiones ordinarias y hasta cuarenta (40) extraordinarias al año. En los municipios de categorías tercera a sexta, se pagarán anualmente setenta (70) sesiones ordinarias y hasta veinte (20) sesiones extraordinarias al año.

PARÁGRAFO 1o. 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."

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.

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)".

Todo este recuento normativo para concluir claramente, que el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, establece que el Concejo Municipal es una sección del presupuesto del Municipio y como tal, goza de capacidad de contratación, así entonces, puede comprometer y ordenar sus propios gastos en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su respectiva sección a nombre de la persona jurídica Municipio. Ordenación de gasto que tal cual lo determino la Corte Constitucional en sentencia C-365 de 2001, no se encuentra en cabeza ni es competencia de los Alcaldes Municipales, máxime cuando la misma jurisprudencia constitucional ha reconocido que el 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 Municipal¹⁰, porque hacen parte de los gastos de funcionamiento de los Concejos Municipales, el pago de

¹⁰ Sin desconocer el tema de representación judicial, que es un asunto diferente

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.

De donde se concluye que, cualquier inconformismo de los Concejales, relacionados con el pago de sus honorarios debe ser dirigido frente al órgano competente conforme las previsiones legales antes anotadas, en este caso, la mesa directiva del Concejo Municipal.

Así mismo, debe entonces precisarse que la liquidación de los derechos que generen la asistencia a sesiones por parte de los concejales, lo cual como indican las normas transcritas, deben ser liquidadas y pagadas por el señor Presidente del Concejo Municipal, liquidándose y ordenándose su pago a través de resolución o acto administrativo, previa comprobación de la asistencia a las reuniones que se pagan.

Este acto administrativo a través de la cual se reconocen y pagan los honorarios por parte de la mesa directiva del Concejo, no reconoce prestaciones periódicas, por lo que el ejercicio del medio de control está marcado por la fecha en que se publique, notifique, comunique o ejecute el pago del mismo. Consecuencia de ello entonces, es que el acto a demandar es aquel por el cual, la mesa directiva liquida y paga los honorarios de las sesiones, de suerte que, cualquier solicitud posterior ante la misma administración, no tiene el efecto de revivir los términos para poner en movimiento el órgano jurisdiccional, porque ella se entiende como solicitud de revocatoria directa, en los términos del artículo 76 de la ley 1437 de 2011.

2.3.4. CASO CONCRETO

Recapitulando tenemos que, el señor **DIEGO MERCADO SANABRIA**, presentó demanda en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de que se declare nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 0100.10.02.380 de fecha 6 de septiembre de 2012, por medio de la cual se le negó la solicitud de reajuste del valor cancelado por concepto de honorarios correspondientes a cada

sesión asistida en condición de Concejal, durante el periodo 2004-2007 y 2008-2009.

Pues bien, como vimos, 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**; (cuales dicho sea de paso, no pueden ser considerados como prestación periódica), lo que debe hacer la mesa directiva a través de una resolución (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 2004; 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 demandar dicho acto solicitando reajuste de honorarios y no formular tiempo después una reclamación a la entidad pública, con el objeto de revivir términos judiciales para accionar vencidos.

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 40-, 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 de este último año.

Evidentemente, para la época, se encontraba rigiendo el Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984, que en su artículo 136 numeral 2º 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”
(...)”

Norma que fue incluida en el nuevo estatuto procesal de lo contencioso administrativo así:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

- a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código;*
- b) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables;*
- c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;*
- d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo;*
- e) Se solicite el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, siempre que este último no haya perdido fuerza ejecutoria;*
- f) En los demás casos expresamente establecidos en la ley.*

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación;

b) Cuando se pretenda la nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción de nacionales, el término será de diez (10) años contados a partir de la fecha de su expedición;

c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso;

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales". (Subrayado fuera del texto)

Como se observa del texto anterior, la excepción a demandar en cualquier tiempo, opera sólo respecto de los actos administrativos que reconocieran prestaciones periódicas¹¹, y en el sub lite se pretenden reajustes a honorarios, los cuales no tienen tal connotación.

¹¹ Sentencia T-384 de 2009.

La Corte Constitucional, refiriéndose a la inactividad del administrado, ha señalado:

“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.¹² Si la persona renuncia expresa o tácitamente a los mecanismos de defensa que el ordenamiento jurídico a 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.¹³”

En ese orden se reitera el actor debió acudir a sede judicial dentro de los 4 meses posteriores a la notificación del acto de reconocimiento de los honorarios por sesiones asistidas. Pero si aún tomamos que la petición del actor se le resolvió el 6 de septiembre de 2012, el término de 4 meses ya había expirado, para demandar el reajuste del último mes de sesiones, 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.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado tenemos que el derecho de petición presentado por el aquí demandante fue resuelto de manera negativa por el representante legal de la entidad territorial, mediante oficio 0100.10.02.380 de fecha 6 de septiembre de 2012, con

¹² Sentencia T-510 de 2006 de la Corte Constitucional.

¹³ Puede verse la sentencia T-315 de 2005 de la Corte Constitucional.

desconocimiento a las normas que le establecen las competencias para conocer y resolver esta clase de reclamación, porque como se anotó en líneas anteriores la competencia la tiene el presidente del concejo, como jefe de esa sección, por lo tanto dicha solicitud se debió dirigirse ante el director de la Corporación Municipal .

Ahora bien, como quiera que el acto administrativo fue expedido con desconocimiento a las normas que le establecen las competencias, no tiene la virtualidad de ser enjuiciado ante esta jurisdicción por ser contrarios al ordenamiento jurídico vigente, que se reitera, es solo ante el presidente de la mesa directiva del Concejo que se debió agotar los recursos de la actuación administrativa, por contener aquella Corporación la investidura para ello¹⁴ por lo que no es dable incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho agotando indebidamente los recursos en la actividad administrativa, es decir lo que antes comprendían la denominada vía gubernativa, amén de que en todo caso, en el presente asunto ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control, frente a la pretensión formulada.

En consecuencia, se procede a rechazar el medio de control invocado, por carecer el acto administrativo demandado de validez respecto de su suscriptor, en aras de evitar un fallo inhibitorio; además de encontrarse bajo el fenómeno jurídico de la caducidad

En mérito de lo manifestado, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre,

¹⁴ 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. 11001030600020060005100 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.

RESUELVE:

PRIMERO.- RECHAZAR la demanda presentada por el señor DIEGO MERCADO SANABRIA, contra el MUNICIPIO DE SINCELEJO, según las motivaciones antes señaladas.

SEGUNDO.- ORDENAR el archivo del expediente y la devolución de los anexos sin necesidad de desglose.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta N° 49.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

LUIS CARLOS ALZATE RIOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ