



Cartagena de Indias D.T y C., Veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018)

<b>Acción</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-008-2015-00129-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>EDUARDO CÓRDOBA NIETO Y OTROS</b>
<b>Demandado</b>	<b>MUNICIPIO DE SANTA CATALINA</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>Honorarios de concejales – inepta demanda por no haber agotado la vía gubernativa (Decreto 01 de 1984) – presentación de petición frente a funcionario sin competencia</i>

## I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 14 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES

### 2.1.- Demandante

La presente acción fue instaurada por EDUARDO CÓRDOBA NIETO, ANDRÉS VITOLA MARÍN, JOSÉ CERVANTES CALDERON, MANUEL POLO SIMANCAS, ENRIQUE PARRA DIAZ, ALBERTO GALERA PÉREZ, TULIO RIPOL MANJARRES, NADIA BEATRIZ LIQUEÑA GARCIA, ARELIS VANEGAS MERIÑO, NUVAR CAMACHO BARRIOS, EMERCI RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, NELSI MOLINA CORTINA, ERNESTO CAMACHO DÍAZ, por conducto de apoderada judicial.

### 2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la MUNICIPIO DE SANTA CATALINA.

### 2.3.- La demanda<sup>1</sup>.

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, EDUARDO CÓRDOBA NIETO Y OTROS, instauraron demanda de nulidad y restablecimiento en contra

<sup>1</sup> Folios 2-7





del MUNICIPIO DE SANTA CATALINA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

#### **2.4.- Pretensiones**

1. *"Declarar nula la respuesta al derecho de petición del día 25 del mes de junio del año 2014 expedida por el alcalde municipal, mediante el cual se declaró la incompetencia para conocer el caso y pago de honorarios de los demandantes.*
2. *Que como consecuencia de lo anterior, se ordene la administración de Santa Catalina, a cancelar los honorarios dejados de cancelar a mis representados desde el año 2001 hasta 2011.*
3. *Que se condene a la entidad municipal de Santa Catalina al pago de los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha antes señalada y para cada periodo que estuvieron activos como concejales.*
4. *Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido en el artículo 176 del CCA.*
5. *Sí no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del CCA.*
6. *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha del no cumplimiento de los pagos hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*
7. *Damos a conocer el motivo por el cual la Alcaldía no liquido ni giro los honorarios de los concejales, por cada sesión a que asistieron, calculado sobre el cien por ciento (100%) del salario básico diario del alcalde, cuando lo que dispone el artículo 20 de la ley 617 de 2000 es que se reconozca, por cada sesión, el equivalente al cien por ciento (100%) del Salario diario que corresponde al respectivo alcalde, ya que en la respuesta emitida por la entidad no explican los motivos.*
8. *Ordenar y disponer la reliquidación de los honorarios, correspondiente a los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 al 2011 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 617 de 2000, a fin*





de que se ordene su cancelación en los términos establecidos en la ley 244 de 1995 arts 1 y 2; y demás normas concordantes y afines.

9. Establecer las medidas necesarias con el fin de efectuar el traslado presupuesta! al Concejo Municipal para que se paguen los honorarios incluyendo los factores salariales al salario del alcalde.
10. Reconocer y ordenar pagar a nuestro favor, incluyendo la indexación más los intereses correspondientes al día de pago del mayor valor no pagado, resultante de descontar del valor total debido cancelar el valor cancelado.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

## 2.5 Hechos

En la demanda, se expone que los actores fueron elegidos como concejales del Municipio de Santa Catalina, para los períodos del 2001 al 2003, del 2004 al 2007, y, del 2008- 2011; por lo cual cumplieron regularmente con su deber de asistir a las sesiones del concejo y cumplir con sus funciones legales y constitucionales.

Que, durante estos periodos, se les reconocieron y pagaron honorarios por sesión conforme a lo establecido en la ley 136 de 1994, esto es, el equivalente a un día de salario básico del alcalde por sesión.

Explica que, tanto la Administración Municipal como la Mesa Directiva de la Corporación debieron tomar como base para la liquidación de los honorarios lo establecido en el artículo 20 de la ley 617 de 2000 el cual preceptúa "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."; lo anterior significa que, conforme con la ley 617 de 2000, el reconocimiento de los honorarios a los concejales por sesión es igual al equivalente diario de la suma de todos los factores salariales que, como remuneración, reciba el alcalde.

Sostiene que, no obstante la reforma que hizo la ley 617 de 2000, la Corporación demanda no tuvo en cuenta los reajustes correspondientes, razón por la cual existe una diferencia entre el valor pagado y el que debía pagar a favor de los accionantes. Lo anterior, como quiera que, al liquidar el valor de los honorarios, no se tuvieron en cuenta: salario básico y gastos de representación,



vacaciones, prima de vacaciones, prima semestral o su equivalente, prima de navidad, prima o bonificación de dirección, cesantías y viáticos.

## **2.6. Normas violadas y concepto de la violación**

- Constitución Política artículos 16 y 53.
- Ley 617 de 2000, artículo 20.
- Ley 50 de 1990 art. 14
- Decreto 1042 de 1978, art. 5

### **2.6.1 Concepto de la violación**

En síntesis señalan los demandantes que, las normas atrás mencionadas fueron vulneradas por la entidad territorial demandada. Sustenta su dicho, expresando que el ente territorial demandado, no aplicó en debida forma la ley 617 del año 2000 que modificó el artículo 65 de la Ley 136 de 1994 y que establece que para liquidar los honorarios de los concejales debe tenerse en cuenta el salario mensual del alcalde del respectivo municipio, pues la entidad demandada liquidó dichos honorarios teniendo en cuenta la asignación básica únicamente.

El pago de los honorarios se hizo teniendo en cuenta la asignación básica devengada por el señor alcalde municipal, cuando en las mismas vigencias o periodos constitucionales de los concejales, aquel percibió dineros habituales por otros conceptos como primas semestrales, de navidad, de vacaciones, también por concepto de bonificaciones y viáticos permanentes y constantes, y dada la definición que de salario se encuentra establecida en la ley, debió tenerse en cuenta al momento de liquidar los honorarios de los concejales.

El Decreto ley 1042 de 1978 en su artículo 42 reza lo siguiente: "... Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios..." El artículo 14 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 127 del C.S.T, define se la siguiente manera los elementos constitutivos del salario mensual: "Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones", por lo que efectivamente, deben tenerse en cuenta todos los factores salariales del alcalde para efectos de la liquidación de los honorarios de los concejales.



## 2.7 Contestación por parte del Municipio de Santa Catalina

La entidad no contestó la demanda.

### III. - SENTENCIA IMPUGNADA<sup>2</sup>

Por medio de providencia del 14 de septiembre de 2016, el Juez Octavo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

Destaca el Juez que los ingresos de los concejales carecen de la naturaleza que tiene la remuneración laboral y no originan prestaciones sociales, por lo mismo, tampoco pueden recibir los concejales el mismo ingreso que se reconoce a los alcaldes.

Señala que las disposiciones que regulan la remuneración de los Concejales de ninguna manera, se refieren a la remuneración "mensual" percibida por el alcalde, pues para la liquidación de honorarios de los concejales, la referencia para el computo proporcional de la asignación, es el salario básico diario que al burgomaestre le corresponde, razón que excluye, por ausencia de norma legal, cualquier otro factor diferente del salario y componente de la remuneración del alcalde como fundamento de la liquidación.

Afirma que en el caso de los actores, se les liquidaron sus honorarios teniendo en cuenta el salario básico devengado por el respectivo Alcalde Municipal de Santa Catalina, pues tal como consta en la relación de honorarios allegados al proceso, no superaron los topes establecidos por el Gobierno Nacional para la asignación básica mensual.

### IV. - RECURSO DE APELACIÓN<sup>3</sup>

Por medio de escrito del 19 de diciembre de 2016, el apoderado de los demandantes presentó impugnación al fallo de primera instancia, manifestando que no comparte la decisión atacada por cuanto es contraria a la verdad fáctica y jurídica, al denotar que se falló en base a lo establecido en el artículo 66 de la ley 136 de 1994, que establecía que los honorarios de los concejales "*serán equivalentes al ciento por ciento(100%) del salario básico diario que corresponde al respectivo alcalde por sesión...*", norma legal que no autorizaba incluir otros elemento constitutivos de salarios en la liquidación de

<sup>2</sup> Folios 91-95

<sup>3</sup> Folio 97-101 c. 1





honorarios de los concejales, al limitarlo al básico, cuando debió tenerse como base jurídica lo planteado en el artículo 20 de la ley 617 de 2000, que modificó el artículo 66 de la ley 136 de 1994 vigente para la fecha de los hechos de la demanda.

Sostiene que los concejales tienen derecho a recibir honorarios por cada sesión a la que asistan, como máximo el equivalente al 100% del salario diario que corresponda al respectivo alcalde. Que, es cierto que la norma trascrita guardando su espíritu de ajuste fiscal de los entes territoriales, impide a los concejales les sean reconocidos sumas superiores al salario diario del alcalde; y limita el reconocimiento de dichos honorarios a un determinado número de sesiones; pero, en el caso concreto, a los demandantes no se le reconoció suma superior al salario del respectivo mandatario local, tal como consta en la relación de liquidación de honorarios del alcalde Municipal de Santa Catalina, ya que los honorarios reconocidos no superan los toques establecidos por el gobierno nacional para la asignación básica mensual y, los gastos de representación fijados y otro ingresos constitutivos del salario para el alcalde; por tanto, claramente no superan los honorarios asignados a los concejales el salario del alcalde, además, el número de sesiones no excedió el autorizado por la ley.

Expone, que el artículo 14 de la ley 50 de 1990, que modificó el artículo 127 del C.S.T., define de la siguiente manera los elementos constitutivos del salario mensual: *"Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementarios u horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones"*.

Así las cosas constituye salario del Alcalde para la liquidación de honorarios a los concejales, no solo la asignación básica mensual, sino las primas, bonificaciones, gastos de representación y viáticos percibidos, por este, cuya norma legal anterior lo establece, toda vez que está probado con las certificaciones dadas por la Federación Nacional de Concejos a través del departamento jurídico, cuyos valores son un promedio mensual de cada uno de los valores certificados por la Alcaldía de Santa Catalina Bolívar, la habitualidad y periodicidad de las mismas y su contraprestación por los servicios prestados como mandatario local.

Afirma que, está demostrado con las certificaciones expedidas por la federación de concejales y que fueron anexadas al proceso, tanto física como



en medios magnéticos que a los demandantes no se les liquidaron los honorarios de acuerdo a la ley 617 de 2000, comprendidos en los periodos de 2001 al 2003, del 2004 al 2007, y del 2008-2011, como concejales del Municipio de Santa Catalina, con lo cual se les dejó de pagar unas sumas que en definitiva, es lo que se solicita se les reconozca y pague.

Con fundamento en los planteamientos que anteceden, solicitó se sirva revocar la sentencia recurrida, dictando en su lugar lo que en derecho deba reemplazarla.

#### V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendarado 10 de octubre de 2016<sup>4</sup> se concedió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante; con providencia del 19 de diciembre de 2016<sup>5</sup>, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 27 de abril de 2017<sup>6</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

#### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**6.1. Alegatos de la parte demandante:** La parte demandante alegó de conclusión, ratificándose en los argumentos del recurso<sup>7</sup>.

**6.2. Alegatos de la parte demandada:** La parte demandada, no presentó alegatos de conclusión.

**6.3. Ministerio Público:** El Ministerio Público no presentó concepto.

#### VII.- CONSIDERACIONES

##### **7.1. Control de legalidad**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

<sup>4</sup> Folio 102

<sup>5</sup> Folio 5 C. 2ª instancia

<sup>6</sup> Fol. 10 C. 2ª instancia

<sup>7</sup> Folio 12-13 C. 2ª instancia





## 7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

## 7.3 Acto administrativo demandado.

- Oficio del 16 de julio de 2014, por medio del cual el Alcalde del Municipio de Santa Catalina niega el pago de la reliquidación de los honorarios de los concejales, por ser el funcionario incompetente.

## 7.4 Excepciones previas

### 7.4.1 Indebida representación

Esta Corporación estudiará, de oficio, la excepción de indebida representación de la parte demandante, toda vez que advierte que no aparecen aportado al expediente los poderes de todas las personas que aparecen como demandantes en este asunto.

Se tiene entonces, que el artículo 73 del Código General del Proceso establece que *"las personas que hayan de comparecer al proceso, deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto, en los casos en los que la ley permita su intervención"*

En ese sentido, se tiene que, a menos que la ley lo autorice, toda persona debe comparecer al proceso por medio de un apoderado especial. En consonancia con lo expuesto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en sus artículos 159 y 160 establece:

**"Artículo 159. Capacidad y representación.** Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. (...)

**Artículo 160. Derecho de postulación.** Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarla en los procesos contenciosos administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo.

De acuerdo con lo anterior, advierte esta Judicatura que para efectos de comparecer a los procesos contencioso administrativos, es necesario estar





debidamente representado por un abogado<sup>8</sup>, debidamente inscrito ante el Consejo Superior de la Judicatura.

En el caso bajo estudio advierte este Tribunal que se allegaron con la demanda los poderes de los señores EDUARDO CÓRDOBA NIETO, ANDRÉS VITOLA MARÍN, JOSÉ CERVANTES CALDERON, MANUEL POLO SIMANCAS, ALBERTO GALERA PÉREZ, NUVAR CAMACHO BARRIOS, EMERCI RODRÍGUEZ ÁLVAREZ<sup>9</sup>, sin embargo, se echan de menos los mandatos otorgados por los señores **ENRIQUE PARRA DIAZ, TULIO RIPOL MANJARRES, NADIA BEATRIZ LIQUEÑA GARCIA, ARELIS VANEGAS MERIÑO, NELSI MOLINA CORTINA, ERNESTO CAMACHO DÍAZ**, al Dr. RODDY ENRIQUE BAENA NIETO.

Efectivamente, en el plenario no se advierte prueba que dé muestra de que los señores ENRIQUE PARRA DIAZ, TULIO RIPOL MANJARRES, NADIA BEATRIZ LIQUEÑA GARCIA, ARELIS VANEGAS MERIÑO, NELSI MOLINA CORTINA, ERNESTO CAMACHO DÍAZ autorizaron al Dr. RODDY ENRIQUE BAENA NIETO para que actuara en este proceso en representación de sus intereses, ni mucho menos se manifiesta por cuenta de este último, que éste actuando de manera oficiosa en favor de los mencionados.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible para esta Corporación tener en cuenta las pretensiones elevadas en nombre de los concejales antes mencionados, por lo que se declarará de oficio la excepción de indebida representación por ausencia total de poder.

### **7.5 Problema jurídico.**

El recurrente sostiene que los honorarios de sus representados deben ser liquidados con base en 1 día de salario del alcalde, por cada sesión, de acuerdo con la Ley 617 de 2000, y que salario debe ser entendido como toda remuneración que persiga el alcalde de manera habitual, incluyendo las primas, gastos de representación y demás. Ahora bien, en el oficio demandado, el Alcalde del ente territorial demandado, negó dicha petición, por no ser la autoridad competente para hacer pronunciamiento frente al gasto de los concejos.

Así las cosas, el problema jurídico se planteará, de la siguiente forma:

<sup>8</sup> **Artículo 162. Contenido de la demanda.** Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.

<sup>9</sup> Folio 9-13



*¿Tienen derecho los demandantes al reconocimiento de la reliquidación de sus honorarios como concejales, con base en el pago de un día de salario del Alcalde del Municipio de Santa Catalina, incluyendo las primas, bonificaciones gastos de representación y cualquier otro emolumento que éste devengue?*

Pero, previo a resolver lo anterior, se procederá a desatar el siguiente interrogante:

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

*¿Existe caducidad de la acción cuando no se demandó el acto administrativo que, en su momento reconoció los honorarios a los concejales demandantes?*

#### **7.5. Tesis**

Para la Sala, la sentencia de primera instancia debe ser REVOCADA, para en su lugar, esta Corporación declararse inhibida para fallar de fondo, atendiendo la carencia absoluta de presupuestos procesales de la demanda, al encontrar demostrada la falta de agotamiento de la vía gubernativa, puesto que los demandantes no exigieron su derecho ante el Presidente del Concejo o la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Santa Catalina que es el ordenador del gasto, sino que acudieron ante el Alcalde del Municipio, cuando éste no era la autoridad competente de acuerdo con la ley, para realizar dicho reconocimiento.

Además, puede evidenciarse, incluso, que existe caducidad de la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho toda vez que el precitado reajuste debía reclamarse judicialmente dentro de los 4 meses siguientes a la expedición del acto administrativo de reconocimiento de los honorarios de los concejales demandantes, atacando dicha liquidación, y no, en el 2014, cuando ya han transcurrido casi 3 años desde la última vez que los actores fungieron como concejales (año 2011).

Para desarrollar el problema jurídico antes anotado, se hace alusión (i) De la actuación administrativa (ii) Decisión previa de la Administración; (iii) Legislación referida a las competencias presupuestales en los concejos municipales (iv) Caso en concreto.



## 7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

### 7.6.1 De la actuación administrativa

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 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 aquella resolución; o si es menester, previamente agotar la conciliación judicial; con todo, siempre habrá que agotar la vía gubernativa para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho.

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<sup>10</sup>. 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 [...].  
[...]]».

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 cuenta 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**<sup>11</sup>. 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 reprobado 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<sup>12</sup>.

En otra ocasión direccionó:

<sup>10</sup> Negrillas de la Sala.

<sup>11</sup> Negrillas para llamar la atención.

<sup>12</sup> 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.





"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<sup>13</sup> 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<sup>14</sup>. 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.(...)"<sup>15</sup>

#### **7.6.2. Legislación referida a las competencias presupuestales en los concejos municipales.**

La Ley 136 de 1994, en su capítulo III, referida a las atribuciones<sup>16</sup> 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:

<sup>13</sup> Negrillas para resaltar.

<sup>14</sup> Negrillas fuera del texto.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección 4ta. C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenas, junio 16 de 2011; exp (16754).

<sup>16</sup> Debe entenderse como competencias.





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 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.

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:

**"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.

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.

### **7.7. Caso concreto**

Los señores EDUARDO CÓRDOBA NIETO, ANDRÉS VITOLA MARÍN, JOSÉ CERVANTES CALDERON, MANUEL POLO SIMANCAS, ALBERTO GALERA PÉREZ, NUVAR CAMACHO BARRIOS, EMERCI RODRÍGUEZ ÁLVAREZ requieren, mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad del Oficio del 16 de julio de 2014, por medio del cual se denegó la solicitud de reajuste de los honorarios percibidos en su calidad de concejal del municipio de Santa Catalina en el periodo comprendido desde el año 2001 al 2011.

Ahora bien, encuentra esta Judicatura que, 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 plenarios; 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 2001; 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-.

***i) De la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho***

Sobre este tema la H. Corte Constitucional<sup>17</sup>, 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 lo afirman los demandantes-, 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 asambleas; 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 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.  
(...)"*

<sup>17</sup> Sentencia T-384 de 2009.



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 honorarios<sup>18</sup>, los cuales no tienen tal connotación; de allí que, si la ley 136/94, previene la certificación la asistencia a las 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 Constitucional<sup>19</sup>, 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>"

Coligiéndose que, si el derecho de petición del señor EDUARDO CORDOBA NIETO Y OTROS, fue presentado el 23 de abril de 2014<sup>22</sup>, siendo resuelto el 16 de julio de 2014<sup>23</sup>, se tiene para esa fecha 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,

<sup>18</sup> El diccionario de la Real Academia de la Lengua, define: Honorario, ría. (Del lat. *honorarius*).  
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.

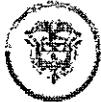
<sup>19</sup> Sentencia T-384 de 2009.

<sup>20</sup> Sentencia T-510 de 2006 de la Corte Constitucional.

<sup>21</sup> Puede verse la sentencia T-315 de 2005 de la Corte Constitucional.

<sup>22</sup> Folio 23-27

<sup>23</sup> Folio 29-30



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.

**ii) Falta de competencia del alcalde para reconocer honorarios de concejal**

Ahora bien, los demandantes, presentan petición ante el municipio de Santa Catalina, para que el representante de ese ente territorial le reconociera un reajuste que en su parecer tiene derecho a ser pagado; sin embargo, el Alcalde de dicha entidad dio respuesta el 16 de julio de 2014, contestando negativamente tal pretensión, bajo el argumento de no ser el competente para decidir dichos asuntos.

Dé acuerdo con lo estudiado en el marco normativo de esta providencia, se encuentra que el Decreto 111 de 1996 establece claramente que las entidades territoriales, las asambleas y los concejos tendrán capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte; de igual forma, tienen la potestad de 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. La misma norma citada establece que estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces.

En ese orden de ideas, se encuentra que quien tenía la facultad para reconocer los derechos reclamados por los actores, es el presidente del concejo municipal respectivo y no el alcalde. En tal medida se pronunció la Corte Constitucional 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, 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 o la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Santa Catalina y no el Alcalde municipal.

Conforme con lo expuesto, advierte la Sala que la respuesta dada por el Alcalde de Santa Catalina no constituye un acto administrativo, puesto que solo se limita a expresar la falta de competencia para pronunciarse en el caso, pero no crea, modifica o extingue una situación jurídica.





Así las cosas, como quiera que no existe en el plenario ninguna prueba que dé cuenta del agotamiento de la vía gubernativa frente al funcionario competente para reconocer el reajuste de los honorarios de los concejales demandantes, EDUARDO CÓRDOBA NIETO, ANDRÉS VITOLA MARÍN, JOSÉ CERVANTES CALDERON, MANUEL POLO SIMANCAS, ALBERTO GALERA PÉREZ, NUVAR CAMACHO BARRIOS, EMERCI RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, esta Sala procederá a declararse inhibida para fallar de fondo, atendiendo la carencia absoluta de presupuestos procesales de la demanda.

### **7.8. Conclusión**

La Sala concluye que la sentencia de primera instancia debe ser REVOCADA, para en su lugar, esta Corporación declararse inhibida para fallar de fondo, atendiendo la carencia absoluta de presupuestos procesales de la demanda, al encontrar demostrada la falta de agotamiento de la vía gubernativa, puesto que los demandantes no exigieron su derecho ante el Presidente del Concejo o la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Santa Catalina que es el ordenador del gasto, sino que acudieron ante el Alcalde del Municipio, cuando éste no era la autoridad competente de acuerdo con la ley, para realizar dicho reconocimiento.

Además, puede evidenciarse, incluso, que existe caducidad de la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho toda vez que el precitado reajuste debía reclamarse judicialmente dentro de los 4 meses siguientes a la expedición del acto administrativo de reconocimiento de los honorarios de los concejales demandantes, atacando dicha liquidación, y no, en el 2014, cuando ya han transcurrido casi 3 años desde la última vez que los actores fungieron como concejales (año 2011).

### **VII.- COSTAS -**

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación se abstendrá de condenar en costas como quiera que se produjo un fallo inhibitorio.

### **VIII.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



**FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida en audiencia inicial del 14 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: DECLARARSE** inhibida esta corporación, para fallar de fondo, atendiendo la carencia absoluta de presupuestos procesales de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS** a las partes, de acuerdo a lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 060 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

10  
11  
12  
13  
14  
15



16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100

