

INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, EL APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE Y DE LA EDUCACION EXTRAESCOLAR DE SINCELEJO - Sobretasa del 2 por ciento para su sostenimiento y multa por omisión en el pago / ARS CAJASALUD UT - El acto del IMDER que le ordena el pago de la sobretasa del 2 por ciento y le impone una multa es de contenido particular / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Es la que procede cuando la anulación del acto implica el restablecimiento automático de un derecho / TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES / REITERACION JURISPRUDENCIAL

De la lectura del acto acusado, claramente se advierte su contenido particular, teniendo en cuenta que crea una situación jurídica concreta en cabeza de la ARS CAJASALUD UT, pasible, en los términos del artículo 85 del C.C.A., de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Ahora bien, la Jurisprudencia de esta Corporación, en desarrollo de la teoría de los móviles y las finalidades, ha sostenido que la acción de nulidad procede contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, "cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico". También, en la sentencia de 4 de marzo de 2003, la Sala Plena del Consejo de Estado precisó que la acción de nulidad contra actos administrativos particulares, procede únicamente cuando la anulación del acto no implica el restablecimiento automático de un derecho particular y concreto, pues en el evento contrario la acción que corresponde es la subjetiva, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, así el actor sostenga que no es esa su finalidad. De conformidad con la posición jurisprudencial transcrita, la Sala concluye en el caso sub examine, que la Resolución expedida por el IMDER debió impugnarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, comoquiera que de proferirse sentencia estimatoria habría un restablecimiento automático para la ARS CAJASALUD UT, representado en no estar obligada al pago de la sobretasa ni de la sanción impuesta por el IMDER, o en el reintegro de toda suma que, en virtud del acto demandado, aquella haya cancelado.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 211 DE 2003 (DICIEMBRE 4) – INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DE SINCELEJO (NO ANULADO)

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 85

NOTA DE RELATORIA: Se citan las sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 26 de octubre de 1995, Radicado 3332, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez; y de Sala Plena, del 4 de marzo de 2003, Radicado 1999-05683 (IJ-030), M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Presupuestos procesales / FALLO INHIBITORIO - Falta de legitimación en la causa por activa: Caducidad de la acción

De conformidad con el artículo 85 del C.C.A., son presupuestos procesales de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: a) que el demandante tenga capacidad jurídica y procesal para actuar; b) que la acción no se haya extinguido por caducidad; y c) que se haya agotado la vía gubernativa o que la Administración no haya permitido ese agotamiento (...). Pues bien, de lo anterior se colige que en el caso que ocupa la atención de la Sala no es viable la acción de

nulidad y restablecimiento del derecho, por faltar uno de los elementos fundamentales de ésta, es decir, la legitimación en la causa por activa, amén de que a la luz de las normas que gobiernan la referida acción, la misma se encuentra caducada si se tiene en cuenta que desde la fecha de notificación al interesado a la de presentación de la demanda, transcurrió un término de dos (2) años. En este orden de ideas, forzoso es concluir que se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda, razón por la cual, se modificará la sentencia del Tribunal, en cuanto dispuso: "Niéguese las pretensiones de la demanda", pues lo procedente es inhibirse de dictar sentencia que decida sobre el fondo de la cuestión debatida.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 211 DE 2003 (DICIEMBRE 4) – INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DE SINCELEJO (NO ANULADO)

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 85

NOTA DE RELATORIA: Se cita la providencia del 1° de febrero de 2007, Radicado 2006-01475 (AC), M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número: 70001-23-31-000-2006-00101-02

Actor: DIANA CECILIA BENITEZ ALVAREZ

Demandado: INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DEL MUNICIPIO DE SINCELEJO

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la actora contra la sentencia de 16 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y denegó las pretensiones de la demanda.

I.- LA DEMANDA.

I.1.- La ciudadana **DIANA CECILIA BENITEZ ÁLVAREZ**, actuando en nombre propios y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Sucre, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución núm. 211 de 4 de diciembre de 2003, por medio de la cual el **Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación -IMDER- del Municipio de Sincelejo** "liquida una sobretasa y se ordena su recaudo".

I.2.- Como hechos relevantes de la demanda, se señalan los siguientes:

1º: El Concejo Municipal de Sincelejo, mediante el Acuerdo núm. 39 de 1995, creó el Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte, el aprovechamiento del tiempo libre y de la educación extra-escolar de Sincelejo -en adelante **IMDER**-.

2º: El artículo 21 del citado Acuerdo estableció una sobretasa del 1% - posteriormente incrementada al 2% por el Acuerdo 22 de 1999- a todos los contratos de origen estatal que se celebren con el Municipio, para ser destinados al sostenimiento del **IMDER**. La misma norma contempló, como sanción a quienes omitieran el pago de la sobretasa, una multa correspondiente al 20% del valor total del contrato respectivo.

3º: Con fundamento en lo anterior, el **IMDER** expidió la Resolución núm. 211 de 4 de diciembre de 2003, a través de la cual ordenó a **ARS CAJASALUD UT** el pago de las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$88.281.025**, por concepto de sobretasa del 2%.
- b) **\$882.810.253**, por concepto de multa del 20%.

4°: **Contra esta Resolución la ARS CAJASALUD UT interpuso recurso de reposición, resuelto mediante la núm. 028 de 11 de febrero de 2004, que la confirmó en todas sus partes.**

5°: En firme la decisión, el **IMDER** instauró demanda de ejecución contra la **ARS CAJASALUD UT**. En dicho proceso el Juez Tercero Civil del Circuito de Sincelejo dictó mandamiento de pago y sentencia condenatoria de 15 de diciembre de 2005.

I.3.- Para la demandante, el acto acusado viola el artículo 48 de la Constitución Política que prohíbe expresamente destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella, en armonía con la sentencia de la Corte Constitucional C -655 de 2003, que reconoce a las Administradoras del Régimen Subsidiado como actoras de la Seguridad Social y las ampara, en función de la naturaleza constitucional de los recursos que administran.

Afirma que dicha protección constitucional, tiene respaldo legal en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001. Ésta última que prohíbe la unidad de caja de los recursos del Sistema General de Participaciones con los demás recursos del presupuesto (artículo 91).

Alega que la Resolución demandada, desconoce el mismo Acuerdo 22 de 1999 en que se funda, porque allí se estableció que la sobretasa del 2% sería para los contratos a que se refiere el Estatuto General de la Contratación Administrativa, mientras que los contratos de Administración de Recursos del Régimen Subsidiado en Salud, los regula el Acuerdo 244 de 31 de enero de 2003, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

I.4.- El Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación -IMDER-, por intermedio de apoderado, contestó la demanda y propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, caducidad de la acción e inepta demanda. Adujo que la Resolución núm. 211 de 4 de diciembre de 2003, es un acto de carácter particular que impuso una sanción a la **ARS CAJASALUD UT**, la cual, al ser notificada, hizo uso de los recursos de la vía gubernativa.

Que por tal razón, de estar en desacuerdo con la decisión de la Administración, debió acudir a la Jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que la presente acción de nulidad no fue incoada por el titular del derecho presuntamente lesionado, sino por la ciudadana **DIANA CECILIA BENÍTEZ ÁLVAREZ**, que no demostró el interés para actuar en el proceso.

Que al dirigirse contra un acto de contenido particular, debió instaurarse dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses, previsto en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

EL Tribunal Administrativo de Sucre, mediante sentencia de 16 de julio de 2009, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y denegó las pretensiones de la demanda.

Consideró el *a quo* que la acción de nulidad sólo puede instaurarse contra actos administrativos generales y, excepcionalmente, contra los de contenido particular, si se dan los presupuestos que para su procedencia ha establecido la Jurisprudencia.

Que en el caso particular, la demanda se dirigió contra un acto de contenido particular y concreto, cuya anulación traería como consecuencia un restablecimiento del derecho para la **ARS CAJASALUD UT**, representado en no estar obligada al pago de la sobretasa ni de la sanción impuesta por **IMDER**, lo que indudablemente se aparta de la finalidad para la cual fue establecida la acción del contencioso popular de anulación.

Estimó que si bien era cierto que la demandante había incoado la acción de nulidad, ello no eximía al juzgador, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, de interpretarla como de nulidad y restablecimiento del derecho, y bajo esta óptica examinó los requisitos de su procedencia.

Concluyó que sólo la perjudicada con la expedición de la Resolución acusada tenía interés en demandarla, por lo que la actora carecía de legitimación para incoar la presente acción.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La actora impugna la decisión porque, en su criterio, sí está probada la legitimación que le asiste para demandar, toda vez que la obligación impuesta a través de la Resolución atacada no afecta a la **ARS CAJASALUD UT**, como persona jurídica, sino al recurso público destinado a la Seguridad Social, representado en la Unidad de Pago por Capitación.

Señala que en el caso particular, no pretende la defensa del patrimonio de una entidad, sino de los recursos públicos del Sistema de Seguridad Social, por lo que el asunto reviste un interés colectivo de trascendencia nacional, pasible de la acción de nulidad, según lo tiene establecido la posición jurisprudencial del Consejo de Estado.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El Director del **INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN -IMDER-**, mediante el acto demandado, ordenó a la **ARS CAJASALUD UT** el pago de la sobretasa del 2%, proveniente de los contratos celebrados con el Municipio, y de una sanción equivalente al 20% del valor de los contratos, por no cancelación del tributo.

El *a quo* consideró que, al ser el acto acusado de contenido particular y concreto, la actora no estaba legitimada para promover la acción que interpretó como de nulidad y restablecimiento del derecho.

La impugnante arguye que la Resolución expedida por el **IMDER** puede ser demandada por cualquier ciudadano, en acción de nulidad, porque si bien es cierto que impone una obligación frente a la **ARS CAJASALUD UT**, con ella se afectan los recursos públicos destinados a la Seguridad Social en Salud.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si asistió razón al Tribunal al declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, o si, por el contrario, en el caso *sub examine*, debe emitirse un pronunciamiento de fondo, frente a las súplicas de la demanda.

Con miras a lo anterior, el estudio, como primera medida, se centrará en determinar cuál es el medio de control de la Resolución expedida por el **IMDER**, para lo cual, a continuación se transcribe su parte resolutive:

“Resolución núm. 211 de 4 de diciembre de 2003.

El suscrito Director del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación -IMDER- (...)

RESUELVE:

“ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar al contratista **ARS CAJASALUD UT**, cancelar a favor del **Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación -IMDER-**, por concepto de sobretasa del 2% la suma de \$88.281.025 a que se refieren los considerandos de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar al contratista **ARS CAJASALUD UT**, cancelar a favor del **Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación -IMDER-**, por concepto de multa del 20%, la suma de \$882.810.253, a que se refieren los considerandos de esta Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución.”

De la lectura del acto acusado, claramente se advierte su contenido particular, teniendo en cuenta que crea una situación jurídica concreta en cabeza de la **ARS CAJASALUD UT**, pasible, en los términos del artículo 85 del C.C.A., de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, la Jurisprudencia de esta Corporación, en desarrollo de la teoría de los móviles y las finalidades, ha sostenido que la acción de nulidad procede contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, “cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que **desborde el simple interés de la legalidad en abstracto**, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico”.¹

También, en la sentencia de 4 de marzo de 2003, la Sala Plena del Consejo de Estado precisó que la acción de nulidad contra actos administrativos particulares, procede únicamente cuando la anulación del acto **no implica el restablecimiento**

¹ Sentencia de 26 de octubre de 1995. Expediente núm. 3332. Consejero ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

automático de un derecho particular y concreto, pues en el evento contrario la acción que corresponde es la subjetiva, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, así el actor sostenga que no es esa su finalidad².

De conformidad con la posición jurisprudencial transcrita, la Sala concluye en el caso *sub examine*, que la Resolución expedida por el **IMDER** debió impugnarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, **comoquiera que de proferirse sentencia estimatoria habría un restablecimiento automático para la ARS CAJASALUD UT**, representado en no estar obligada al pago de la sobretasa ni de la sanción impuesta por el **IMDER**, o en el reintegro de toda suma que, en virtud del acto demandado, aquella haya cancelado.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 85 del C.C.A., son presupuestos procesales de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: a) que el demandante tenga capacidad jurídica y procesal para actuar; b) que la acción no se haya extinguido por caducidad; y c) que se haya agotado la vía gubernativa o que la Administración no haya permitido ese agotamiento.

Vale la pena resaltar, en cuanto al requisito del literal a), esto es, que el demandante tenga capacidad jurídica y procesal para actuar, que la Sala, en providencia de 1° de febrero de 2007 (Expediente núm. 2006-01475, Consejero ponente: doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), precisó lo siguiente:

“Una cosa es la capacidad para ser parte, que la tiene toda persona por el solo atributo de la personalidad jurídica, es decir, por el solo hecho de ser persona y otra, la capacidad para comparecer en juicio por sí misma. La capacidad para ser parte lo habilita para ser sujeto de una relación procesal como demandante, demandado, interviniente; por consiguiente, toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene

² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 4 de marzo de 2003. Expediente núm. 1999-05683 (IJ-030). Consejero ponente: doctor Manuel Santiago Urueta Ayola.

*capacidad para ser parte en el proceso. **Para que la concurrencia de la parte en el proceso sea válida y sus actos produzcan efectos procesales, además de tener esa capacidad de goce, debe actuar dentro del proceso con los requisitos adjetivos que legitiman su actuación y que le da la denominada legitimatio ad procesum.** (PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, 4ª. Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., pág. 173).” (Resaltado fuera del texto)*

Pues bien, de lo anterior se colige que en el caso que ocupa la atención de la Sala no es viable la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por faltar uno de los elementos fundamentales de ésta, es decir, la legitimación en la causa por activa, amén de que a la luz de las normas que gobiernan la referida acción, la misma se encuentra caducada si se tiene en cuenta que desde la fecha de notificación al interesado (folio 18) a la de presentación de la demanda (folio 12), transcurrió un término de dos (2) años.

En este orden de ideas, forzoso es concluir que se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda, razón por la cual, se modificará la sentencia del Tribunal, en cuanto dispuso: *“Niéguese las pretensiones de la demanda”*, pues lo procedente es inhibirse de dictar sentencia que decida sobre el fondo de la cuestión debatida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

MODIFÍCASE el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone:

INHÍBESE de proferir pronunciamiento de fondo, respecto de las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de octubre de 2011.

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Ausente con permiso

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO