



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-003-2017-00032-01
DEMANDANTE:	AMILCAR MANUEL MARTÍNEZ PATERNINA
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL
NATURALEZA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, en contra del auto adiado 06 de junio de 2018, proferido en Audiencia Inicial por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Sincelejo, mediante el cual, se dio por terminado el presente proceso, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación.

I.- ANTECEDENTES

AMILCAR MANUEL MARTÍNEZ PATERNINA, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad parcial de la Resolución No. 1768 de 30 de diciembre de 2010, a través de la cual, el Departamento de Sucre - Secretaría de Educación, lo nombra como docente en propiedad y lo inscribe en el Escalafón Nacional Docente, en el Grado 2, Nivel AE. Así como también, la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 1457 del 19 de septiembre de 2016, por medio del cual, la administración departamental le niega una solicitud de cambio en el escalafón.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reconozca y pague la asignación básica mensual y las prestaciones sociales conforme a las

disposiciones del Decreto 2277 de 1979; y como consecuencia de esto, se condene al Departamento de Sucre a pagar las diferencias que se obtengan, entre lo que se ha venido cancelando y lo que resulte de la aplicación de dicho estatuto.

Luego de surtirse las actuaciones de rigor, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Sincelejo, dentro de la etapa de decisión de Excepciones Previas de la Audiencia Inicial¹, examinó el presupuesto de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad y declaró la terminación del proceso, bajo las siguientes consideraciones:

“De la lectura de las pretensiones, se tiene que se persigue se reconozca el ascenso en el escalafón docente y régimen salarial de conformidad con el Decreto 2277 de 1979, teniendo en cuenta todo el tiempo laborado como docente en propiedad y considerando además que se le tenga como docente en propiedad, el tiempo como docente provisional. Ello porque, tal como se extrae de los hechos de la demanda, el salario se le ha venido pagando conforme a la escala salarial fijada en el Decreto 1278 de 2002 y no como docente amparado en el decreto 2277 de 1979, del cual en su sentir es aplicable por la fecha de ingreso al servicio educativo y del cual no ha sido excluido

En efecto lo que se busca es el pago de una asignación básica teniendo en cuenta una norma anterior a su nombramiento, por tanto, lo pretendido tiene un evidente contenido económico y no constituye un derecho adquirido para el demandante, el cual puede ser objeto de renuncia o transacción, ya que no ha ingresado a su patrimonio, y si bien el salario y su pago oportuno constituyen una garantía mínima del trabajador, sus componentes y discusión devienen en este caso, de la aplicación e interpretación de una norma de orden legal, (decreto 2277 de 1979) cuyos presupuestos de aplicación no son automáticos, pues el mismo está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos que solo en la medida de su configuración serán parte del patrimonio del demandante.

(...)

Así las cosas, es absolutamente válido exigir el cumplimiento de la conciliación, conforme establece el numeral 1 del artículo 161 de la ley 1437 de 2011, requisito ex ante que no se encuentra acreditado en el plenario, siendo un deber y carga procesal de la parte actora”.

¹ Celebrada el día 06 de junio de 2018.

Una vez surtido lo anterior, el apoderado de la parte accionante presentó impugnación, argumentando que lo expuesto en las súplicas de la demanda, al igual que el reconocimiento pensional, está exento del agotamiento de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para incoar acción ante esta jurisdicción.

II.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

Este Tribunal, a través de esta Sala de Decisión Oral, es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con los artículos 125, 153 y 243 numeral 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Análisis de la Sala.

2.2.1 La conciliación extrajudicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La conciliación como mecanismo de resolución de conflictos, se ha definido como *“un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral —conciliador— quien, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo e imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian”*²

Este instrumento de naturaleza auto compositiva, constituye un requisito de procedibilidad para acceder al aparato jurisdiccional del Estado. Ello encuentra su sustrato legal, en la ley 640 de 2001, que en su artículo 35,

² Sentencia C-893 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas.

primer inciso, dispone:

*“En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y **contencioso administrativa**, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad”*

Ahora bien, para que la conciliación prejudicial sea requisito previo y obligatorio para interponer una acción, es necesario que el asunto sea de carácter conciliable, tal como lo establece el numeral 1º del artículo 161 del C.P.A.C.A.:

“1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”.

Como se lee, en las acciones que versen sobre asuntos no conciliables, no será obligatorio el agotamiento del requisito en estudio. Dentro de estas excepciones se encuentran las consagradas en el artículo 2 del decreto 1716 de 2009 y en el artículo 163 el Código General del proceso, siendo estas:

- i.** Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, **ii.** Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, **iii.** Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado; **iv.** Los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, **v.** Los procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o **vi.** Cuando quien demande sea una entidad pública.

La esencia de los presupuestos legales denominados requisitos de procedibilidad, como lo es la conciliación prejudicial, son su carácter de **previos**. El artículo 170 del C.P.A.C.A., prevé como consecuencia de la carencia de estos, la inadmisión de la demanda, siendo ésta una oportunidad procesal para hacer observaciones al respecto:

“Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciere se rechazará la demanda”

2.2.2 De los derechos ciertos e indiscutibles.

Cuando se trate de asuntos de contenido laboral, se encuentran excluidos de solicitar y llevar a cabo audiencia de conciliación prejudicial, aquellos asuntos que traten sobre un derecho cierto e indiscutible, entendido este como *“aquel que ha ingresado al patrimonio de la persona y sobre el cual no hay ninguna discusión acerca de su existencia, marco en el cual se ubican los derechos adquiridos”*³, lo que se entiende *“por tales aquellas garantías mínimas que la ley ha otorgado al trabajador y sobre los cuales ni siquiera el trabajador puede renunciar a ellas, pues está comprometido el orden público y las buenas costumbres”*⁴, de ahí que no cabe duda que aspectos como los salariales y prestaciones, que no resulten negociables, no son susceptibles de acuerdo prejudicial, ni judicial, pues, trata el tema de aquellos derechos intransigibles por mandato constitucional o legal.

Con respecto a lo anterior, el Honorable consejo de Estado, ha señalado lo siguiente:

“En consonancia con dicho principio, se encuentra el que consagra la facultad de transigir y conciliar derechos inciertos y discutibles. Un derecho es cierto cuando se puede establecer sin duda alguna que se configuró por haberse dado los supuestos fácticos previstos en la norma que lo contiene, independientemente de que las partes de la relación laboral estén envueltas en una disputa en torno a su nacimiento. En otras palabras, se trata de un derecho adquirido y consolidado por oposición a una mera expectativa o a un derecho en formación.

Respecto de la indiscutibilidad de un derecho, la Corte Constitucional señaló que alude a la certidumbre alrededor de la caracterización del mismo, esto es, a los extremos del derecho y a su quantum, elementos que brillan por su claridad y evidencia, lo

³ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La conciliación en materia contencioso administrativa. Segunda Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda Edición. Bogotá, 2016. P. 66.

⁴ Ibíd.

cual les entrega el estatus de suficientemente probados. Gracias a esta huella de indiscutibilidad, el reconocimiento de estos derechos, en el plano teórico, no haría necesaria una decisión judicial”⁵

Sin que ocurra lo mismo, sobre aquella que si se puede conciliar, como el caso de la indexación o de las sanciones por mora en el pago de salarios o prestaciones que no se consideren ciertas e indiscutibles, dada su naturaleza.

Dicho lo anterior, es menester resaltar, que es deber del operador judicial analizar las particularidades de cada caso, máxime cuando se trata de prestaciones de contenido económico que pueden limitar con los derechos, cuyo concepto y caracterización se esbozó anteriormente.

Sobre el particular, la riqueza jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado ha reiterado:

“En punto de los asuntos que se consideran conciliables, ya esta Corporación ha explicado en su jurisprudencia que, en tratándose de derechos laborales y para dar cumplida aplicación al artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, “... son materia de conciliación aquellos derechos transables que tengan el carácter de “incierto y discutibles”. No obstante, la posición de la Sala referente a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, debe ser analizado en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio”⁶

A parte de lo anterior, debe tenerse en cuenta que si bien la ausencia del requisito de procedibilidad de la conciliación previa, puede dar al traste con el proceso, lo cierto es que cuando se presentan situaciones como la considerada en este asunto, en donde la demanda fue admitida con total

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 01 de febrero de 2018. Radicación No. 250002325000201201393 01 (2370-2015). Demandante: Alfredo José Arrieta González. Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 09 de abril de 2014. Radicación No. 27001-23-33-000-2013-00347-01 (0539-14). Demandante: Yaz Jayde Leudo Cossio. Demandado: Departamento del Chocó. CP: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

silencio de parte del ente demandado, tal requisito puede ser saneado⁷, tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado, cuando señaló:

“La Sala reitera que la ausencia de la conciliación prejudicial al momento de presentar la demanda conlleva su rechazo de plano en virtud del artículo 36 de la Ley 640 de 2001, sin embargo en el caso sub examine el proceso fue saneado con la ejecutoria del auto admisorio de la demanda. En este orden de ideas, el proceso objeto de análisis pudo sanearse por la tolerancia de las entidades demandadas que no ejercieron los recursos procedentes contra el auto que admitió la demanda en ejercicio de la acción de reparación directa sin el lleno de los requisitos y no por el mero paso del tiempo o el cumplimiento de las diferentes etapas procesales.

Esta posición se compagina con el principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal en la medida en que los formalismos son establecidos como medios o instrumentos para el goce y la protección de los derechos subjetivos, de tal manera que la omisión de un formalismo simple no puede tener la entidad suficiente para dar al traste con el proceso e impedir un pronunciamiento de fondo, en especial cuando el formalismo pudo superarse fácilmente. Pues el rechazo de plano de la demanda fundado en la ausencia de la conciliación prejudicial tiene como finalidad permitir a la parte demandante solicitar oportunamente la audiencia de conciliación ante la Procuraduría y así corregir su error, sin que ello impida acudir con posterioridad a la jurisdicción contencioso administrativa”⁸.

2.2.4 Caso en concreto

En el sub examine, se vislumbra que el señor **AMILCAR MANUEL MARTÍNEZ PTERNINA**, solicita la nulidad parcial de la Resolución No. 1768 de 30 de diciembre de 2010, a través de la cual, el Departamento de Sucre - Secretaría de Educación, lo nombra como docente en propiedad y lo

⁷ Recuerda la Sala, que este Tribunal se ha inclinado por la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad que puede dar por terminado un proceso, en aquellos eventos en que el Juez Administrativo considera el tema, al momento de estudiar la admisión de la demanda, Así por ejemplo, en auto de fecha 23 de noviembre de 2017, radicación No. 70-001-33-33-009-2017-00173-01, demandante: EDUIN DE JESÚS RIVEREA RICARDO, Demandado: DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 13 de febrero de 2014. C. P.: GUILLERMO VARGAS AYALA. Radicación núm.: 11001 03 15 000 2013 02489 00. Actor: ALBA ROSA JARAMILLO ALZATE Y OTRO. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

inscribe en el Escalafón Nacional Docente, en el Grado 2, Nivel AE. Así como también, la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 1457 del 19 de septiembre de 2016, por medio del cual, la administración departamental le niega una solicitud de cambio en el escalafón.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reconozca y pague la asignación básica mensual y las prestaciones sociales, conforme a las disposiciones del Decreto 2277 de 1979.

Pide además, que se condene al DEPARTAMENTO DE SUCRE a pagar las diferencias que se obtengan, entre lo que se ha venido cancelando y lo que resulte de la aplicación de dicho estatuto.

En el plenario, se observa que el presente asunto correspondió por reparto al Juzgado Tercero Administrativo⁹, quien mediante auto de fecha de 10 de marzo de 2017¹⁰, admitió la demanda aduciendo que **la misma cumplía con todos los requisitos formales y legales para su ejercicio.**

De lo anterior, se avizora que el A quo en el auto admisorio de la demanda, no realiza ninguna observación por no haberse agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para la acción, de igual forma el DEPARTAMENTO DE SUCRE, en la contestación de la demanda, no hace manifestación alguna sobre la carencia del requisito en mención¹¹.

Bajo ese supuesto y atendiendo a la parte considerativa expuesta en líneas anteriores, se entiende que el momento procesal oportuno para realizar observaciones sobre la falta de este requisito *ex ante*, era en la admisión de la misma.

Siendo la conciliación extrajudicial el requisito no aportado por la parte actora, era deber del juez de primera instancia, en pro de la garantía del acceso a la administración de justicia, instar a las partes a conciliación en la

⁹ Folio 35.

¹⁰ Folio 37.

¹¹ Folio 50 – 53.

etapa de audiencia inicial, toda vez, que como se dijo, no se hizo observación al respecto en el auto admisorio de la demanda, ni al contestar la demanda, de ahí que se revocará el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto adiado 06 de junio de 2018, proferido en Audiencia Inicial por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante el cual, dio por terminado el proceso por no haberse agotado el requisito de conciliación prejudicial obligatoria; debiéndose en consecuencia **CONTINUAR** con el proceso, en las etapas correspondientes.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, **REGRÉSE** el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0169/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA