



Cartagena de Indias D. T. y C., siete (07) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-003-2015-00422-01
Demandante	OMAR FLÓREZ MEJÍA
Demandado	ESE MUNICIPAL DE MAGANGUÉ
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

II. PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia de fecha 28 de marzo de 2016, por medio de la cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena decidió declarar la caducidad en del medio de control.

III. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor OMAR DE JESUS FLÓREZ MEJÍA, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUÉ, con el fin obtener la nulidad del acto ficto o presunto, resultado del silencio administrativo negativo de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ, BOLÍVAR mediante el cual la entidad accionada negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral durante el periodo comprendido entre 28 de enero del año 2008 hasta el día 18 de septiembre del año 2009; al reconocimiento y pago de los sueldos correspondientes a los últimos dos meses y 22 días, correspondientes a mes de julio, mes de agosto y 22 días del mes de septiembre; al pago de las primas y vacaciones; al reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías; que se condene al pago de la sanción moratoria; liquidaciones de las indemnizaciones, liquidación de pago de cotización correspondiente a salud y pensión en el tiempo laborado; liquidación de la sanción por despido sin justa causa; al reconocimiento, liquidación y pago de sanción por no revisión médica; reconocimiento, liquidación y pago de vestido y calzado; al reconocimiento, liquidación y pago de REAJUSTES SALARIAL DEL AÑO 2009 al demandante en el 2008 se le contrato pero no tuvo ninguna alza.



2. Inadmisión.

Mediante auto del 22 de febrero de 2016, el A quo inadmitió la demanda, considerando que adolecía de dos defectos: la no acreditación de la conciliación extrajudicial y la falta de prueba de la existencia y representación de la entidad demandada, en los términos que lo exige el artículo 166 del CPACA.

El actor, dentro de la oportunidad legal presentó escrito de subsanación, el cual no fue aceptado por el juez de primera instancia, razón por la cual procedió al rechazo de la demanda mediante auto de fecha 28 de marzo de 2016.

3. Providencia Impugnada.

En providencia de fecha veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis (2016), (folio 230-231) el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, decidió rechazar la demanda por no subsanación de las falencias que condujeron a su inadmisión.

En síntesis el fallador de primera instancia sustentó su decisión en lo siguiente:

i.- El demandante no aportó prueba para demostrar el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, por cuanto los documentos aportados no acreditan que haya sometido al trámite de la conciliación las mismas pretensiones que son objeto de la demanda; pues lo aportado se refiere es a la señora DELIA LUZ CASTILLO GOMEZ Y OTROS.

ii.- El demandante no aportó el certificado de existencia y representación de la entidad demandada. Señala que el numeral 4 del artículo 166 del CPACA, exige que con la demanda se debe acompañar la prueba de la existencia y representación legal de las personas jurídicas de derecho público que intervengan en el proceso, exceptuando solamente a la Nación, los Departamentos, los Municipios y las demás creadas por la Constitución y la ley; características que no reúnen las Empresas Sociales del Estado, las cuales no son de creación legal. De tal manera que al no estar exceptuada por la norma en cita, es obligación aportar el aludido documento, cosa que no hizo el actor.

4. Recurso de apelación.



La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, manifestando lo siguiente:

Argumenta el accionante que existen dos requisitos procesales, el primero, el deber de acreditar el carácter con que el actor acude al proceso y el segundo, la prueba de existencia y representación cuando la parte actora es una persona jurídica; sin embargo, la misma norma prevé la excepción para las personas jurídicas públicas al indicar en la parte final del mismo inciso, que no necesitan prueba de su existencia y representación.

De otro lado, el artículo 149 ibídem, señala en su primer inciso que las entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandas o intervinientes en los procesos contenciosos administrativo, por medio de sus representantes, debidamente acreditado, así que este artículo simplemente reitera, de forma especial, el primer requisito establecido en el artículo 139 ibídem. Si bien es un requisito que el suscrito abogado tuvo en cuenta al momento de presentar la demanda ya que conoce la norma, no los es menos que trata de un ente o persona jurídica de derecho público, sobre el cual el Código Contencioso Administrativo establece un tratamiento especial en su artículo 139; y toda vez que sobre la calidad de representante legal se acredita el decreto de nombramiento y acta de posesión del doctor WILDER LAGARES quien funge como regente y por ende como representante legal en el informativo un principio de prueba que es el mencionado decreto de nombramiento.

Considera el apelante, que las empresas sociales del Estado, son personas de derecho público, las cuales se caracterizan por ser creadas mediante actos estatales (Constitución política, leyes, ordenanzas, acuerdos, entre otras).

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia y Procedencia del Recurso incoado

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, los Tribunales Administrativos son competentes para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra los autos proferidos por los jueces administrativos en primera instancia.

2. Problema jurídico.

Corresponde a esta Corporación, determinar si *¿En el sub iudice, se encuentra subsanada la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y Restablecimiento del Derecho?*





De resultar positiva la respuesta al anterior problema jurídico, se confirmará la decisión del apelada; de lo contrario se revocará.

3. Marco Normativo y Jurisprudencial

3.1. *El requisito de la conciliación extrajudicial en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

La conciliación extrajudicial en contencioso administrativo, está consagrada como un requisito de procedibilidad; así se desprende del contenido del artículo 161 del CPACA, que textualmente informa:

"Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

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.**

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando **no se encuentre expresamente prohibida.**

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.
(...)"

En este orden, cuando se formulen pretensiones relativas a nulidad y restablecimiento del derecho, como ocurre en el sub judice, se debe cumplir con el requisito de procedibilidad en referencia; salvo que la controversia verse sobre derechos ciertos e indiscutibles¹, asuntos tributarios² o se trate de demanda instaurada por la administración contra actos obtenidos por medios fraudulentos.

Ahora bien, como se cumple con el requisito de procedibilidad en estudio?
De conformidad con lo establecido en la ley 640 de 2001, a través de abogado, se debe presentar la solicitud de conciliación ante el procurador delegado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual debe contener los requisitos señalados en el artículo 6 del Decreto 1716 de 2001, estos son:

- a) La designación del funcionario a quien se dirige;
- b) La individualización de las partes y de sus representantes si fuere el caso;
- c) Los aspectos que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan;

¹ Artículo 53 constitucional.

² Parágrafo primero artículo 2 del Decreto 1716 de 2009.





- d) Las pretensiones que formula el convocante;
- e) La indicación de la acción contencioso administrativa que se ejercería;
- f) La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso;
- g) La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario;
- h) La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones;
- i) La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos;
- j) La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, el número o números telefónicos, número de fax y correo electrónico de las partes.
- k) La copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado, en la que conste que ha sido efectivamente recibida por el representante legal o por quien haga sus veces, en el evento de que sea persona jurídica, y en el caso de que se trate de persona natural, por ella misma o por quien esté facultado para representarla;
- l) La firma del apoderado del solicitante o solicitantes;"

Por su parte, el procurador delegado ante lo contencioso, dispone de tres (3) meses para realizar la correspondiente audiencia de conciliación, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 20 de la ley 640 de 2001. En este orden, el requisito se entiende cumplido cuando se realiza la audiencia sin que se logre acuerdo o al vencimiento de los 3 meses, desde la presentación de la solicitud, sin que se realice la correspondiente audiencia de conciliación, por cualquier causa³.

Cabe recalcar, que las pretensiones que se formulen en la solicitud de conciliación, deben ser sustancialmente las mismas que se eleven en sede jurisdiccional; lo que no significa que deban ser exactamente coincidente con las que se presenten posteriormente en la de demanda⁴.

En este orden, para la Sala, permitir que las pretensiones formuladas en sede de conciliación puedan ser diferentes a las planteadas posteriormente en la demanda, desnaturalizaría el requisito de procedibilidad, pues como lo ha informado la Corte Constitucional⁵, "Varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el

³ Inciso tercero del artículo 35 de la ley 640 de 2001.

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, Auto del 3 de diciembre de 2015. Exp. 13001-23-33-000-2012-00043-01 MP. Dr. ROBERTO SERRATO VALDEZ.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, Magistrados Ponentes: Drs. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y MARCO GERARDO MONROY CABRA.





acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales". De tal manera, que dichos fines deben materializarse frente a cada una de las pretensiones elevadas y además brindarle de esa forma a la entidad convocada la oportunidad de pronunciarse frente a cada pretensión que posteriormente se depreque ante la autoridad judicial.

3.2. Existencia y representación de personas jurídicas.

Del contenido del numeral 4 del artículo 166 del CPACA, se concluye que cuando una persona jurídica de derecho privado intervenga en un proceso contencioso administrativo, siempre se debe acreditar su existencia y representación; no ocurriendo lo mismo cuando se trata de personas de derecho público, en cuyo caso no existe tal obligación, cuando se trata de la Nación, los Departamentos, los Municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.

Para el Despacho, cuando la norma exceptúa a las entidades creadas por la ley, utiliza el vocablo no en sentido formal, esto es la norma expedida por el órgano legislativo, sino en sentido material, esto es toda norma expedida incluso por las autoridades diferentes del órgano legislativo. Sobre los conceptos de ley en sentido formal y material, la Corte Constitucional⁶ ha manifestado:

"La doctrina jurídica suele distinguir entre la ley en sentido formal y la ley en sentido material. Así, en la primera definición prima un criterio orgánico, pues corresponde a una regulación expedida por el legislador, mientras que la ley en sentido material es una norma jurídica que regula de manera general una multiplicidad de casos, haya o no sido dictada por el órgano legislativo. Por ende, una regulación es ley en sentido formal y material, cuando emana del órgano legislativo y tiene un contenido general; en cambio es sólo ley en sentido formal si ha sido dictada por el poder legislativo, pero su contenido se refiere a un solo caso concreto; y es ley sólo en sentido material, cuando tiene un contenido general, esto es, se refiere a una multiplicidad de casos, pero no ha sido expedida por un órgano legislativo..."

Así las cosas, dentro de la aludida excepción quedan comprendidas también las entidades de derecho público creadas por las asambleas departamentales, los concejos municipales, entre otras. En este sentido, la

⁶ Corte Constitucional sentencia C-893- del 10 de noviembre de 1999 MP Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.



exigencia de la acreditación de la existencia y representación de una entidad de derecho público, se refiere a aquellas que no son de creación legal; como por ejemplo una sociedad de economía mixta con aporte estatal superior al 50%, cuya creación se concreta en un contrato.

En este mismo sentido, era la regulación que sobre el tema tenía el artículo 139 del C.C.A., de cuya interpretación se pronunció el Consejo de Estado⁷ en los siguientes términos: "...A este respecto conviene destacar que según las voces del inciso 5 del artículo 139 del C.C.A., subrogado por el artículo 25 del Decreto 2304 de 1989, sólo debe acompañarse a la demanda como anexo la prueba de la existencia y representación legal de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso. **O lo que es igual, el precepto en cita prevé la regla conforme a la cual no hay que acreditar la existencia y representación legal de las entidades públicas**". (Negritas fuera del texto).

De lo anterior se infiere, que la tendencia legislativa ha sido, la de exonerar de la aludida prueba a las entidades de derecho público creadas mediante un acto con fuerza material de ley.

4. CASO CONCRETO

Se solicita en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante que se revoque la decisión adoptada en providencia de fecha veintiocho (28) de marzo de 2016, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se rechazó la demanda por no presentarse subsanación de la misma.

A su turno el recurrente manifiesta que si corrigió los defectos que dieron lugar a la inadmisión; pues en relación con la falta de prueba de la existencia y representación aportó el acto de nombramiento del representante legal de la ESE demandada y al acta de posesión; informando que por tratarse de una persona jurídica de derecho público, está exenta de dicho documento; de conformidad con el numeral 4 del artículo 166 del CPACA. Así mismo, en relación con el defecto relativo a la no acreditación del cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, aportó oficio expedido por el Procurador 130 Judicial II Administrativo de Bolívar de fecha 26 de septiembre de 2011 (fl. 226), en el que se cita a la audiencia de

⁷ Consejo de Estado, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, Exp. 11001-03-26-000-1999-00045-01 (16763). MP. Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO.





conciliación y un excusa para asistir a la audiencia, solicitando nueva fecha para su realización (fl. 227).

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico, advirtiéndole que confirmará el auto apelado, por las razones que se exponen a continuación.

Considera esta Magistratura, que no le asiste razón al A quo en lo concerniente a la exigencia de acreditar la existencia y representación de la entidad demandada, por cuanto, como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, siendo la ESE creada por Acuerdo del Concejo Municipal, queda incluida en la excepción que trae el numeral 4 del artículo 166 del CPACA; es decir se considera como creada por la ley, en el entendido de que la norma en cita utiliza el vocablo no sólo en su acepción formal, sino también material.

Por otro lado, en lo referente a la no acreditación del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, considera la Sala que le asiste razón al A quo en considerar no subsanado dicho defecto; debido a que si bien se aportó el oficio expedido por el Procurador 130 Judicial II Administrativo de Bolívar de fecha 26 de septiembre de 2011 (fl. 226), en el que se cita a la audiencia de conciliación, con lo cual se demuestra que si se formuló la solicitud, no se acompañó la copia de la solicitud, para establecer la identidad entre las pretensiones formuladas en sede de conciliación y la impetradas en sede jurisdiccional, lo cual constituye un requisito sine qua non para entender satisfecho dicho requisito; pues como se indicó en el marco normativo expuesto, si bien no se exige una coincidencia exacta desde el punto de vista gramatical, si debe existir identidad sustancial entre ellas. En este orden, como en el oficio expedido por Procurador 130 Judicial II Administrativo de Bolívar (fl. 226), no se transcribieron las pretensiones de la solicitud de conciliación, resultaba necesario que se aportara el escrito contentivo de la solicitud, con indicación expresa de las correspondientes pretensiones.

Conviene aclarar, que ciertamente como lo indica el artículo 35 de la ley 640 de 2001, el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, se cumple con la presentación de la solicitud, independientemente de que se realice o no la audiencia de conciliación, pero en el sub judice la discusión se concreta no en la ausencia total de acreditación del cumplimiento del requisito de procedibilidad; sino en que el mismo se pretende probar de forma incompleta o defectuosa, pues se reitera, resulta necesario poner en



conocimiento del juez el contenido de las pretensiones deprecadas en la solicitud de conciliación; lo cual en el sub lite no ocurrió; lo que le impide al juez establecer si coinciden las pretensiones formuladas en ambos escenarios. En mérito de lo expuesto se,

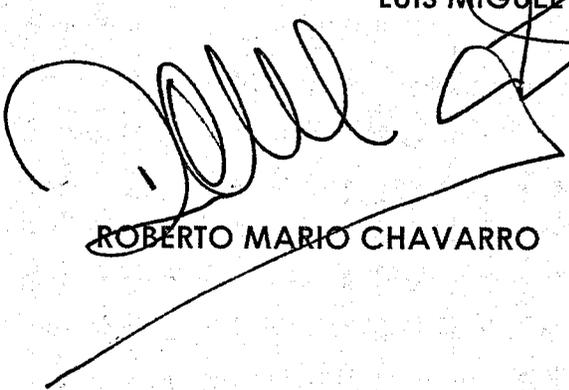
V. RESUELVE:

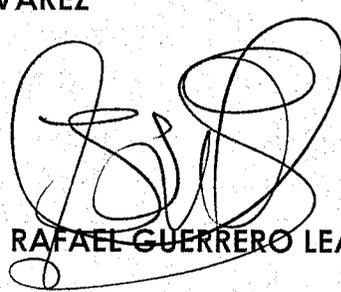
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Tercero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena en providencia de fecha veintinueve (28) de marzo de 2016, por medio de la cual rechazó la demanda por falta de subsanación.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriado el presente auto, **DEVOLVER** el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

