



**Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca
SALA ÚNICA DE DECISION**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

Arauca, Arauca, martes, quince (15) de noviembre de dos mil dieciséis
(2016)

REF: EXPEDIENTE : 81-001-3333-002-2014-00452-01

DEMANDANTE : ANGELINO AVENDAÑO IBAÑEZ Y OTROS

DEMANDADO : NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

NATURALEZA : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

AUTO INTERLOCUTORIO

OBJETO

Esta Sala Única de Decisión procede a desatar el recurso de apelación, presentado por la Procuraduría Judicial número 64 ante el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, contra la decisión de fecha 5 de abril de 2016.

ANTECEDENTES PROCESALES.

1.- El señor ANGELINO AVENDAÑO IBAÑEZ Y OTROS presentaron demanda por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

2.- El proceso le fue repartido al Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca, el cual profirió en la Audiencia Inicial convocada, la decisión que fue impugnada por la Agente de Ministerio Público.

3.- En la Audiencia Inicial, luego de agotar el punto de excepciones previas, las que considera el Juzgado no existe alguna para declarar, toma la palabra la Procuradora 64, y solicita a la Juez se pronuncie respecto al hecho que la parte demandante no agotó el requisito de procedibilidad.

El Juzgado, una vez, concede el trámite pertinente, resuelve la solicitud del Ministerio Público, negando la petición con el argumento de que las pretensiones son de carácter laboral, las cuales son irrenunciables y no son susceptibles de conciliación.

4.- Ante la decisión de la Juez de Primera Instancia, la Procuraduría interpone el recurso de apelación y lo fundamenta en que si bien es cierto las

4

•

•

Expediente número 2014-00452-01
Actores: Angelino Avendaño Nañez y otros
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

y los actos administrativos correspondientes involucran valores patrimoniales. Trae a colación que esta situación se enmarca en los casos susceptibles de conciliación a la luz de la Ley 640 de 2001, artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 161 del CPACA.

Reprocha que para algunos casos se exija el requisito y en otros se omita, violando el principio de igualdad, y también no le ve razón que el Despacho invite a conciliar a las partes, cuando luego indica que los derechos reclamados no deben pasar por el requisito previo.

Manifiesta: "que no puede haber excepción, salvo aquellos que el legislador ha establecido como ciertos, indiscutibles e intransferibles cuando quiera que observe que se reúnen los requisitos que están establecidos para el reconocimiento de una pensión que no es este el caso; es decir, no es el reconocimiento de un derecho por reunir determinados requisitos que la ley exige, lo que realmente se busca es el reconocimiento de un efecto económico, patrimonial, y no se entiende cual sea la excepción para que en este caso no se exija el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación"

Después allegó escrito donde amplía los motivos de inconformidad y reitera la revocatoria de la decisión judicial, en el sentido de declarar la falta del requisito de procedibilidad y la terminación del proceso.

Al correr traslado del recurso, la parte demandante está de acuerdo con la decisión del Juzgado, en cuanto que son derechos laborales los que se persiguen, siendo ellos irrenunciables e imprescriptibles, los que se convierten en garantías mínimas según la Constitución.

La parte demandada está de acuerdo con los fundamentos del recurso interpuesto por el Ministerio Público, para lo cual coadyuva el recurso en los términos expresados por la señora Procuradora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Consideraciones previas

Sobre esta temática, la Corporación había tenido la oportunidad, tiempo atrás, de resolver casos semejantes o equivalentes, en donde se persiguieron la mismas pretensiones, como la misma entidad demandada, es decir, la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

De igual manera, el recurso de apelación fue presentado por la Agente del Ministerio Público, luego de que la petición de archivar el proceso fue denegado por el Juzgado competente que no compartió que en el caso a examen era indispensable haber agotado previamente el requisito de procedibilidad de la conciliación ante la Procuraduría.

Por ser similar el sub iudice a los fallados en anterior ocasión, se trae a continuación la misma argumentación jurídica, extraída del expediente número 81001333002201400413-01, Actor: Pedro Luis Arias, auto de fecha 21 de abril de 2016, con ponencia del señor Magistrado LUIS NORBERTO CERMEÑO.



Expediente número 2014-00452-01
Actores: Angelino Avendaño Nafiez y otros
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Aplicación del precedente horizontal del Tribunal ante caso equivalente

Los siguientes fueron los fundamentos que tuvo en cuenta la Corporación y que se aplican en el sub lite:

"4. El requisito de procedibilidad en el caso concreto

4.1. El recurso de apelación plantea que si bien es cierto se trata de derechos laborales, también es cierto que el contenido del acto administrativo demandado por el cual se solicita el reconocimiento de la prestación, lleva implícitos efectos patrimoniales que son susceptibles de conciliación, por lo cual se exige el requisito de procedibilidad, y si este no se demuestra, procede declarar la excepción de ineptitud de la demanda.

La providencia de primera instancia consideró que conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, el asunto que se somete a estudio es de carácter laboral y se trata de los derechos de un trabajador que por tanto son irrenunciables, no son susceptibles de conciliación, y por ello, negó la excepción propuesta por la Procuradora 64 Judicial I Administrativa de Arauca.

4.2. Sobre el tema, se tiene que con anterioridad al CPACA, las Leyes 270 de 1996 (art. 42A) y 640 de 2000 (art. 37), establecieron la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones judiciales (con anterioridad, las Leyes 23/91 y 446/98 consagraban la figura jurídica pero no la hacían obligatoria), y con la expedición de la Ley 1285 de 2009, se introdujeron varias modificaciones en materia contencioso administrativa, especialmente por medio del artículo 13, que la exigió como presupuesto procesal para el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales, estableciendo que procedía dicho requisito, siempre y cuando los asuntos fueran conciliables. Pero dicho artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 no determinó la naturaleza de los asuntos que fueran "conciliables" para someterlos al trámite de la conciliación extrajudicial y por ello, el Gobierno Nacional, en aras de determinar si un asunto es o no tiene tal carácter, profirió el Decreto 1716 de 2009, que en el artículo 2, parágrafo 1 estableció que no son susceptibles de conciliación en asuntos contencioso administrativo: Los que versen sobre conflictos de carácter tributario, los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y aquellos en los cuales la correspondiente acción haya caducado, y agregó en el parágrafo 2 que "El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles".

En el listado, que era de mero corte enunciativo, no se incluía ninguna mención a derechos laborales, y a hoy tampoco se ha efectuado precisión normativa alguna; por lo que es deber del Juez en cada caso concreto, determinar la naturaleza de lo que se reclama, para establecer si tiene el carácter de conciliable, aspecto de fundamental trascendencia para decidir si se exige el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, pues el CPACA establece en su artículo 161, que "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



Expediente número 2014-00452-01
Actores: Angelino Avendaño Nañez y otros
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”.

4.3. Las pretensiones de la demanda son concretas y precisas, y por lo mismo fijan el concepto del derecho que se reclama y el objeto del debate judicial, al señalar que se pide la reliquidación del salario mensual pagado desde el mes de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro, esto es el 18 de marzo de 2014 (Pretensión segunda, fl. 1), y la reliquidación del auxilio de cesantía para los años que reclama (Pretensión tercera, fl. 1), conceptos de reclamación que se reafirman y reiteran en los demás acápite de la demanda, y que guardan total coherencia con las pruebas allegadas al expediente, como el derecho de petición (fl. 21-23, c.01) y la respuesta que se le radicó (fl. 26, c.01).

Significa lo anterior, que el derecho reclamado es la reliquidación de lo que ya recibió por salarios y por auxilio de cesantía.

En consecuencia, ante dos tipos de conceptos económicos diferentes, se debe distinguir y precisar que el demandante no cuestiona ni exige el pago de sus derechos laborales por salarios debidos, ni por cesantía adeudada; su inconformidad se centra en la cuantía de la base con que se le liquidaron y pagaron, pues considera que se utilizó la variable del incremento en un 40%, cuando debió ser por el 60%.

De ahí que si bien el salario y la cesantía pueden ser tenidos –No hay unanimidad sobre el tema, como se verá con la sentencia que se transcribe más adelante- como derechos irrenunciables, el monto de los mismos –No el derecho o concepto en sí, sino su cuantía- sí resulta renunciable y conciliable, pues la disputa surge es por divergencias jurídicas en la interpretación de la normativa aplicable para su liquidación.

El artículo 53 de la Constitución Política establece sobre el tema, dos reglas: (i) La irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; y (ii) Las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.

La demanda, se reitera, no reclama beneficios mínimos laborales, como serían el pago del salario y de la cesantía, que entre otras cosas, está acreditado que se le giraron al demandante en su debida oportunidad (fl. 28-29, c.01); por lo tanto, el reconocimiento y pago de esos derechos, no son objeto de controversia en el proceso.

Y como lo que se pide es la reliquidación de la cuantía recibida por esos derechos, el artículo 53 constitucional sí faculta que pueda ser transigida y conciliable, pues se trata de pretender la obtención de una suma superior a la mínima establecida en las normas laborales, aspecto que por ese hecho puede ser sujeto de acuerdo con el empleador; además, porque depende su logro de una sentencia que dirima la controversia sobre cuál es la interpretación que debe prevalecer, lo que puede ser favorable para cualquiera de las partes pues ninguna puede atribuirse de antemano la garantía a su favor del resultado judicial, le otorga a la reliquidación el carácter de un derecho incierto y discutible, contrario a lo que expresaron el demandante y el a quo.



Expediente número 2014-00452-01

Actores: Angelino Avendaño Nañez y otros

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Se agrega que el concepto de reliquidación que se demanda, así como los de salario y cesantía, no tienen la connotación jurídica de ser una prestación periódica, ni tampoco la de ser de término indefinido, como la asignación de retiro o la pensión; por el contrario, es un concepto y unas prestaciones instantáneas o unitarias, que se causan por el estricto periodo mensual en el caso del salario, o anual, si se trata de la cesantía, por sus respectivos periodos; en ambos casos, cesó la causación del derecho, como bien lo plantea la demanda, en la fecha de retiro (14 de abril de 2014); de ahí que no sea posible pretender ni obtener el reconocimiento y pago por lapso superior a esa fecha máxima.

Por lo tanto, es una exigencia ineludible que por el concepto de reliquidación de los derechos en disputa, se agote el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, que exige el artículo 161, numeral 1, del CPACA

El Consejo de Estado respalda esta decisión (Sentencia del 6 de agosto de 2015, rad. 41001233300020120001301, 0779-2013, M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez):

“G. Obligatoriedad de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en el caso de la reliquidación de cesantías.

*Sea lo primero señalar que de conformidad con el nuevo marco normativo - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, se tiene que uno de los requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales exigidos para formular la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se refiere a la conciliación extrajudicial contemplada en el artículo 161 numeral 1 *Ibídem*, que a la letra señala lo siguiente: (...)*

De igual modo, se tiene que el Código General del Proceso, estableció respecto de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, lo siguiente: (...)

En consideración a que las normas enunciadas atrás no señalaron de manera expresa los criterios que le permitan al juez identificar la naturaleza de los asuntos que eventualmente deberían someterse al trámite de la conciliación extrajudicial, se considera pertinente recordar que por regla general, son materia de conciliación aquellos derechos transables que tienen el carácter de inciertos y discutibles.

No obstante lo anterior, en reciente jurisprudencia, la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial pasa a ser analizada en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio.

Así las cosas y como quiera que en el presente caso, se pretende la reliquidación de las cesantías definitivas de las accionantes, se considera que en el entendido de que estas no son una prestación periódica, sino unitaria, el requisito de procedibilidad debe agotarse.



Expediente número 2014-00452-01
Actores: Angelino Avendaño Nañez y otros
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado en reciente sentencia señaló lo siguiente:

En lo que concierne a las cesantías, parciales o definitivas, también ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación que no se constituye en una prestación periódica, sino unitaria, que, aún cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca¹.

De igual manera, el Consejo de Estado señaló², en tratándose de un caso similar que al no discutirse la existencia del derecho al reconocimiento del auxilio de cesantías, sino el valor reconocido por el tiempo de prestación del servicio, la pretensión es de naturaleza particular, subjetiva y de carácter económico que puede ser objeto de transacción y por lo tanto es necesario que la parte demandante cumpla con la carga procesal de acreditar el agotamiento de la conciliación extrajudicial.

Por lo anterior, en relación a la solicitud de reliquidación de cesantías formulada por los demandantes a través de petición de 9 de marzo de 2012, se hace necesario exigir como presupuesto procesal el agotamiento de la conciliación prejudicial”.

De manera que se revocará la providencia impugnada, toda vez que el requisito de procedibilidad sí es exigido en este tipo de proceso, y el demandante no lo acreditó en el expediente.

4.4. *El artículo 100 del CGP, aplicable al caso por la remisión que hace el artículo 306 del CPACA, establece como una de las excepciones previas, la siguiente:*

“Artículo 100. Excepciones previas. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: (...)

5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales (...).”

A su vez, uno de los requisitos previos para demandar por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo exige el numeral 1, del artículo 161 del CPACA, cuando consagra que:

“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

¹ 4 de septiembre de 2008, radicación 13001-23-31-000-1999-06585-01(6585-05), Mag. Pte. Luis Rafael Vergara Quintero. 9 de abril de dos mil catorce (2014). Radicación No.: 27001 23 33 000 2013 00347 01 (0539-2014).

² Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación 68001-23-33-000-2013-00057-01(3089-13).



Expediente número 2014-00452-01
Actores: Angelino Avendaño Nañez y otros
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales".

En el caso concreto se nota por los documentos aducidos en el expediente y por la respuesta al recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría, que no cumplió con el requisito esencial y perentorio para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, cual es, haber agotado la conciliación extrajudicial ante la Procuraduría, siendo obligatoria, tal como el Tribunal lo había decidido.

Por lo tanto, el recurso de apelación prospera y en esa medida se revocará la provincia objeto de la alzada y se ordenará, en consecuencia, el archivo del proceso por la imposibilidad de continuar con su trámite, todo en clara aplicación del inciso tercero, numeral 6, del artículo 180 del CPACA, que a la letra dispone:

"Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad"³.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de primera instancia, proferida el 5 de abril de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca.

En su lugar:

DECLARAR que se probó la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, y en consecuencia, **DAR** por terminado el proceso, de acuerdo a los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: EN FIRME la presente providencia, **DEVUELVA** el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones en el Sistema Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha, la que consta en el acta correspondiente.

³ Cuando la falta del requisito de procedibilidad se advierta por el Juez o Magistrado Ponente al proferir la primera providencia del proceso, procede inadmitir la demanda para que la omisión sea subsanada por tratarse de un requisito formal, pues tal falencia no es de las causales para el rechazo; entre otras sentencias del Consejo de Estado: 6 de agosto de 2015, rad. 41001233300020120001301, 0779-2013, M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

02:50 Pm
17 JUL 2014
Rueda

Expediente número 2014-00452-01
Actores: Angelino Avendaño Nañez y otros
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho


EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado