



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado Ponente: **LUIS NORBERTO CERMEÑO**

Arauca, Arauca, diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicado : 81001 3333 751 2015 00117 01  
Demandante : Hernando Barbosa Sierra  
Demandado : Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional  
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Providencia : Auto que resuelve el recurso de apelación

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación que presentó la parte demandante, contra la decisión que en primera instancia declaró la falta del requisito de procedibilidad del medio de control instaurado y la terminación del proceso.

### ANTECEDENTES

**1.** Hernando Barbosa Sierra presentó demanda (fl. 1-18) en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

**2.** El proceso le correspondió al Juzgado Administrativo Oral de Arauca en Descongestión, que luego lo remitió al Juzgado Primero Administrativo de Arauca, Despacho que adoptó la decisión que se impugna.

**3. La providencia apelada.** En la audiencia inicial del 13 de marzo de 2018 (fl. 84-89), ante la solicitud de la entidad demandada de declarar la excepción previa de no agotamiento del requisito de procedibilidad, por cuanto se omitió el trámite de la conciliación extrajudicial, la primera instancia indicó que el medio exceptivo está previsto en el numeral 5 del artículo 100 del Código General del Proceso, el cual hace referencia a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos legales, y en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si el asunto recae sobre derechos de connotación conciliables, se debe realizar previamente el trámite de la conciliación extrajudicial para demandar ante la jurisdicción contenciosa.

Advirtió la omisión del requisito del numeral 1 del artículo 161 del CPACA, pues lo pretendido por el demandante recae en el reajuste de su salario en un 20% adicional a partir del 1 de noviembre de 2003, lo que debía ser sometido al mecanismo alternativo de solución de conflictos, es decir, convocarse a conciliación prejudicial, por lo que declaró la ineptitud de la demanda por no haber agotado el requisito de procedibilidad y la terminación del proceso.



**4. El recurso de apelación.** La parte demandante presentó recurso de apelación (fl. 87-89), que fundamenta en que la petición se efectuó en 2015 por un servidor en servicio activo, regido por la Ley 131 de 1985, que estipulaba 1.6 SMMLV que se dio hasta el año 2003, sin olvidar que en el año 2000 hubo la transición de soldado voluntario a profesional, y como todo servidor público tiene derecho a devengar 1.6 según el Decreto 1794, artículo 1, inciso segundo, por lo que no es acogible lo resuelto, toda vez que lo que se reclama es el salario equivalente al 1.6 del SMMLV, estipulado en una Ley vigente, en un decreto vigente, y hoy confirmado por sentencia de unificación del pasado 25 de agosto de 2016.

Expresa que no puede el Estado colombiano pedirle a un funcionario que concilie su salario estipulado claramente en la ley y reconfirmado en una sentencia de unificación, eso lo dice el legislador en su sabia decisión de proteger los derechos de los colombianos, y no es problema que no haya reclamado antes, porque en el año 2015 en servicio activo buscó que sus prestaciones, cesantías, y salarios, porque al modificar el básico se entiende de contera se van a modificar todos los rubros que el servidor recibía, y no es un derecho que permita ser conciliado toda vez que es real, está estipulado en la Ley, y recuerda que el mismo Ministerio ha llamado a estos servidores para cancelarles el 20%, reconociendo el error que en su momento cometió, porque no puede ser que entre 2000 y 2003 se haya efectuado un pago de lo no debido, y esa omisión de haber pagado esos años, y tiempo después, 13 años, en enero de 2017, vuelve y comienza a pagar ese dinero como si nada hubiese pagado; se discuten derechos ciertos e indiscutibles, pero que además son reales, no admite ninguna otra discusión porque se encuentran contemplados en la Ley.

#### **5. El traslado del recurso**

**5.1.** La entidad demandada no presenta observaciones.

### **CONSIDERACIONES**

**1.** El Tribunal Administrativo de Arauca es competente para resolver el recurso de apelación planteado, pues se trata de un auto susceptible de este medio de impugnación (Artículos 153, 180.6, 243.3, CPACA), se adopta por la Sala de Decisión (Artículo 125, CPACA), y se decide conforme lo determina el artículo 244, numeral 3 del CPACA<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo; C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es el Código de Procedimiento Civil; y CGP es el Código General del Proceso.



**2. Problema jurídico:** ¿Procede revocar la providencia impugnada, como lo plantea el demandante en el recurso de apelación?

**3. El requisito de procedibilidad en el caso concreto**

**3.1.** La demanda versa sobre el reconocimiento y pago del reajuste del 40% al 60% del salario mínimo en servicio activo; para el *a quo* y la entidad estatal, la reclamación por este tipo de derecho exige el trámite previo de la conciliación extrajudicial, mientras para el demandante no es requerido, pues se trata de un derecho no conciliable, real, estipulado en Ley vigente y con respaldo de una sentencia de unificación.

**3.2.** 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 (Antes, 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 esta disposición 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 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 formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales*".



**3.3.** 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 básico mensual pagado desde el mes de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro (Hechos y pretensión primera, fl. 8-9), 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. 3-5) y la respuesta que se le radicó (fl. 6).

Significa lo anterior, que el derecho reclamado es la reliquidación de lo que ya recibió por salarios, esto es, *"la obligación del reajuste adeudado en el salario básico en servicio activo incrementado del cuarenta (40% al sesenta (60%) por ciento"* (fl. 9).

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; 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 puede ser tenido –No hay unanimidad sobre el tema, como se verá con la sentencia que se transcribe más adelante– como derecho irrenunciable, el monto del mismo –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 sería el pago del salario mensual, que entre otras cosas, no expresa que se le deba algún valor por dicho concepto; por lo tanto, el reconocimiento y pago de ese derecho, no es objeto de controversia en el proceso. Se aclara de nuevo, la disputa es sobre una diferencia en la cuantía, en la liquidación del monto, del salario básico.

Y como lo que se pide es la reliquidación de la cuantía recibida por ese derecho, 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



95

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, tal como lo expresaron la demandada y el *a quo*.

Se agrega que el concepto de reliquidación que se demanda, así como el de salario, no tiene 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, por sus respectivos periodos.

Por lo tanto, es una exigencia ineludible que por el concepto de reliquidación del derecho 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):

“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 *Ibíd*em, 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.

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 reconozca<sup>2</sup>.

De igual manera, el Consejo de Estado señaló<sup>3</sup>, 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 de 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 confirmará la providencia impugnada, toda vez que el requisito de procedibilidad sí es exigido en este tipo de proceso y derecho que se demanda y el demandante no lo acreditó en el expediente.

**3.4.** El artículo 100 del CGP, aplicable en algunos casos 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, los requisitos formales de la demanda son los establecidos en los artículos 162, 163, 165, 166 y 167 del CPACA; y en ninguno de ellos, se menciona al requisito de procedibilidad.

No obstante, 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 restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> 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).



En el expediente está probado que el demandante no cumplió con el requisito perentorio mencionado que se exige para la presentación de la demanda, pues no tramitó la conciliación prejudicial.

También se acreditó que desde su primer escrito, el demandante consideró que no era necesario recurrir a la conciliación (fl. 9-10), por lo que no hay un defecto subsanable, pues es cierto que a la fecha de radicación de la demanda no se hizo tal trámite, como allí se reconoce de manera expresa.

Esto, ya que 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, pues tal falencia no es de las causales para el rechazo (Entre otras sentencias del Consejo de Estado: 6 de agosto de 2015, rad. 410012333 0002012000 1301, 0779-2013, M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez), actuación que aquí se torna innecesaria, se reitera, porque con su primer escrito el demandante anunció que no se tramitó.

De ahí que como se demostró, al demandante sí le era exigible el trámite conciliatorio prejudicial para acudir en este caso a la vía judicial, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que reclama y el carácter de prestación pedida en su favor (Acápites 3.3. de éstas consideraciones).

Y al omitirse, no prospera el recurso de apelación que se presentó.

Lo anterior, al tener en cuenta que el CPACA consagra en el artículo 180.6, inciso tercero, que *"Si alguna de ellas prospera [Se refiere a las excepciones, lo cual ratifica que la falta de la conciliación no se enmarca en alguna de las del artículo 100, CGP, ni de las cuatro del primer inciso del artículo 180.6, CPACA, ni es un requisito formal de la demanda], 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"*.

**3.5.** Por lo tanto, se responde ante el problema jurídico planteado, que no procede en este caso, revocar la providencia que se apeló.

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

## RESUELVE

**PRIMERO. CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, proferida el 13 de marzo de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, conforme con lo expuesto.

11:33am  
27 MAY 2018  
Pmp/DM



8  
Proceso: 81 001 3333 751 2015 00117 01  
Demandante: Hernando Barbosa Sierra

**SEGUNDO. ORDENAR** que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUIS NORBERTO CERMEÑO**  
Magistrado

**PATRICIA ROCÍO CEBALLOS RODRÍGUEZ**  
Magistrada **ACORDO EL VOTO**

**YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO**  
Magistrada

Consejo Superior  
de la Judicatura