



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA

San Andrés Isla, Ocho (8) de Noviembre de Dos Mil Trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

REFERENCIA : EXP. N° 88-001-33-33-001-2012- 00077-01
M. DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
DEMANDANTE : ILVA KELLY FORBES
DEMANDADO : DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN
ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA
CATALINA- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

1. OBJETO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la decisión proferida por el Juez Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial, en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 CPACA celebrada el día veintiuno (21) de Agosto del año en curso, consistente en dar por terminado el presente proceso al encontrarse que la actora no cumplió con el requisito previsto en el numeral primero del artículo 161 del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1 Decisión Apelada:

En la continuación de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 C.P.A.C.A., en la etapa de excepciones previas, el a quo al resolver la excepción de “falta de requisito de procedibilidad” propuesta por el ente demandado, verificó si era necesario en este asunto el cumplimiento del

requisito de procedibilidad contenido en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

Señala la providencia en mención, que analizado el escrito de la demanda y la formulación del requisito para proceder a la admisión de la misma, el demandante debe cumplir con tal requisito, dado que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral impetrado por el actor, tiene por objeto la nulidad del acto administrativo contenido en un oficio, mediante el cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, negó el reconocimiento y pago de cesantías, intereses de cesantías y un día de salario por mora en el pago de las cesantías por el tiempo, “al servicio a órdenes de la entidad como docente”, bajo la modalidad de contratación de órdenes de prestación de servicio-OPS; así como el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, factores salariales, vacaciones, prima de navidad, prima de vacaciones, entre otros.

Afirma, que las pretensiones determinan claramente un conflicto de naturaleza particular, incierto y discutible, de contenido económico sobre el cual es posible llegar a un acuerdo, pues, al momento de presentación de la demanda solo tiene meras expectativas, derivadas de la acusación de los actos administrativos amparados con presunción de legalidad.

Por lo anterior, no le asistió duda al juzgador de instancia, que es requisito obligatorio para instaurar “la acción” consagrada en el artículo 138 del C.P.A.C.A, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial.

2.2 De la Apelación:

Inconforme con la decisión de 1ª instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra la aludida decisión y lo sustentó con fundamento en los siguientes argumentos:

“Los artículos 10 y 102 de la ley 1437 del 2011 obligan a las autoridades administrativas y judiciales a aplicar la jurisprudencia unificada tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-816/2011, indicó lo pertinente y reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. En cuanto a las expectativas de derecho y en cuanto a los derechos inciertos y discutibles, cuando se habla de expectativas de derecho es

porque en el tiempo en el que surge una nueva ley, no se ha cumplido plenamente los extremos del derecho discutido, en este caso todos los extremos están cumplidos y están derivados de la relación laboral consistente en la prestación personal del servicio en la retribución directa de aquél en la subordinación, en la permanente prestación del servicio según se indique en la demanda, y no se trata de derechos inciertos y discutibles porque esta discusión ya ha sido superada. La Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 1994 y el Consejo de Estado en la Sentencia 6534 del 5 de Junio del año 2008, con ponencia del Doctor Alfonso Vargas Rincón, reconocen que los docentes irregularmente contratados tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que los docentes contratado de forma regular, es decir, si tiene los mismos derechos no se trata de una expectativa de derecho ni de una atribución que se haga de parte de la actora si no que es un reconocimiento formalmente ya establecido en el sistema jurídico colombiano, siendo así estos derechos que reclama la demandante hacen parte de aquellos mínimos que debe tener todo trabajador colombiano según lo establece el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, un tratamiento diferente como se otorga en la presente providencia vulnera entre otros el preámbulo constitucional en cuanto hace a la justicia el artículo 1 y el artículo 230 en lo que hace referencia la aplicación de un ordenamiento jurídico basado en el derecho, vulnera el artículo 13 de la Constitución Política en lo que hace referencia a la igualdad jurídica por que no se reconoce el mismo trato ni la igualdad ante la ley, vulnera la buena fe en los términos de artículo 83 de la Constitución Política en tanto que este principio se entiende como la confianza que tiene y que ofrece el empleador y que ofrece trabajador en esa relación laboral, cuando se trata de una relación laboral, en este caso entre el Estado y un empleado, en consecuencia se trata de una providencia que es contraria al ordenamiento jurídico en segundo lugar entre las formalidades la demanda se encuentra cuando es requisito exigible y los asuntos son conciliables, no como en este caso la ausencia del requisito de procedibilidad es causal de inadmisión y de terminación del proceso ni de rechazo de la demanda, o cosas por el estilo, en este caso se da por terminado el proceso causal que no corresponde, que no procede y que en consecuencia el Honorable Tribunal deberá pronunciarse porque la exigencia contenida en la ley 1437 del 2011 se refiere a tres hipótesis las cuales ya han sido sustentadas en la primera audiencia pero que queremos referirnos a ella en tanto que hacen parte de esta apelación, estas tres hipótesis son la conciliación se puede dar en tres hipótesis posibles: I) Cuando sea conciliable II) Cuando no este prohibida por la ley y III) en la circunstancia de que exista una medida cautelar momento en el cual no procede, en este caso se trata de derechos mínimos protegidos por la Constitución y la Ley, artículo 53 y el artículo 27 de la Constitución Política y que no podría la parte actora conciliar por debajo de la Ley, por debajo de la Constitución por lo tanto con todo respeto se solicita la revocatoria de esta providencia y se ordene la admisión de la demanda y la continuación del proceso”.

2.3 Traslado del Recurso:

- **Parte Demandada**

Dado que el recurso se impetró en la audiencia en forma oral, no se pudo dar traslado del mismo a la parte demandada, toda vez que el apoderado de la entidad accionada no asistió a la misma.

- **Ministerio Público**

Manifiesta, que la procuraduría en aras de asegurar el debido proceso da fe cierta, de que se han cumplido las instancias procesales y que la parte demandante tiene como así lo hizo todo el derecho de apelar la decisión que considera que está adversa a sus intereses y que sea entonces el Tribunal Contencioso Administrativo de la Isla de San Andrés, quien tome la decisión respecto de la decisión impugnada

2.4 Trámite de Instancia:

El proceso fue recibido en la secretaría de este Tribunal el día 22 de Agosto de 2013 (fl. 117 cuaderno de apelación).

Fue radicado y repartido a este Despacho el 22 de Agosto de 2013 (fl. 124 cuaderno de apelación) y pasa al Despacho el 23 de Agosto de 2013 (fl. 125 cuaderno de apelación).

Se registra proyecto de auto el 24 de Octubre de 2013 (fl. 126 cuaderno de apelación).

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala en esta oportunidad, resolver el recurso de alzada contra la decisión proferida en audiencia, que decretó la terminación del proceso de la referencia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 180 numeral sexto inciso tercero del C.P.A.C.A., al declarar probada la excepción previa propuesta por la parte demandada, en tanto la actora no cumplió con el requisito previsto en el numeral primero del artículo 161 ibídem.

El Artículo 35 de la Ley 640 de 2001 establece que en los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción civil, administrativa y de familia. Esta figura luego fue tratada por la ley 1285 de 2009 cuyo **Artículo 13. Modificó el artículo 42 de la Ley 270 de 1996 cuyo texto es el siguiente:**

"Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

La citada ley fue reglamentada por el decreto 1716 de 2009, del cual rescatamos el tenor del artículo segundo del mismo:

Artículo 2°. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

En materia laboral la figura de la conciliación se encuentra limitada para aquellos derechos irrenunciables, lo anterior teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 53 de la lex superior. Dicho principio constitucional se encuentra desarrollado en los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales consagran el principio de irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y la posibilidad de celebrar transacciones sobre ellos.

Sobre el caso particular de las personas que ejercen la docencia y que fueron vinculados a través de contratos de prestación de servicios, el Consejo de Estado en la sentencia 6534 de 05 de junio de 2008, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, estableció lo siguiente:

"DE LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS DOCENTES

El artículo 2º del decreto 2277 de 1979 definió la labor docente aplicable a todos los maestros, en los siguientes términos:

Ahora bien, la situación de los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, no resulta igual. Respecto de ellos, tales exigencias deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentren ínsitas en la labor que desarrollan: es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

"Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo."

Tal definición fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...", y los cuales están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, que son el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación, así como a su inspección y vigilancia, y no gozan de autonomía, en cuanto a que si requieren un permuta, un traslado, un otorgamiento de permiso, etc. necesitan la autorización de las autoridades locales, que son las que administran la educación conforme el Estatuto Docente y la ley 60 de 1993, a través de su respectiva Secretaría de Educación. (arts. 106, 153 y 171 ley 115 de 1994)".

En realidad, el a quo exige el cumplimiento de la conciliación prejudicial en el caso sub-examine, debido a las vicisitudes que pueden entrañar inseguridad jurídica en cuanto a la definición mínima de lo cierto e indiscutible en los derechos reclamados, máxime si se tiene en cuenta la ambigüedad con que se ha tratado estos asuntos y la disparidad de criterios que ha tenido la misma jurisprudencia del máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin embargo son más los argumentos que nos acercan a que se debe seguir el proceso que los que nos alejan de ello, afirmación ésta que cobra hoy relevancia si tomamos en cuenta que ya la demanda fue admitida, que se realizó la audiencia inicial, que se debe aplicar el principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, y que

en todo caso los derechos y pretensiones reclamados derivan de una presunta relación laboral, que serían por definición legal irrenunciables.

Precisamente, respecto de los mencionados asuntos, el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, modificó el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, y señala que: *las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar extrajudicialmente sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo*, lo anterior nos lleva al punto de entender que dichos asuntos son susceptibles de conciliación siempre y cuando no versen sobre derechos ciertos e indiscutibles que se generen con ocasión a la existencia de un vínculo laboral; máxime cuando en el caso de marras se solicita la nulidad del acto administrativo que dio lugar al cercenamiento de los derechos objeto de discusión, teniendo en cuenta que el mismo goza de la presunción de legalidad, lo cual tampoco sería susceptible de ser conciliable.

Por lo expuesto la Sala concluye que los derechos reclamados son de naturaleza laboral, que por ello son derechos ciertos, irrenunciables e indiscutibles y que consecuentemente no son susceptibles de ser conciliables.

En consecuencia, se revocará la decisión apelada proferida por el juez Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial, ordenando, una vez ejecutoriado el presente proveído, devolver el expediente al juzgado de origen para que continúe con el trámite del proceso.

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓQUESE el auto proferido por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en audiencia celebrada el veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013), mediante el cual se dio por terminado el presente proceso.

RADICADO: 88-001-33-33-001-2012-00077-01

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ILVA KELLY FORBES

DEMANDADO: DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

SEGUNDO: una vez ejecutoriado el presente proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen para que continúe con el trámite del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior proveído fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JOSE MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

Ausente con permiso

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ