

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Auto Interlocutorio

MAGISTRADO PONENTE: JHON ERICK CHAVES BRAVO

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE:	76001-33-33-008-2020-00036-01
DEMANDANTE:	JOSE DE JESUS SALCEDO WAGNER <a href="mailto:lufesa53@hotmail.com">lufesa53@hotmail.com</a>
DEMANDADO:	NACION – FOMAG – MINEDUCACION – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA <a href="mailto:notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co">notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co</a> <a href="mailto:njudiciales@valledelcauca.gov.co">njudiciales@valledelcauca.gov.co</a>
ASUNTO:	APELACIÓN DE AUTO

Puesto a disposición del despacho el presente asunto el 9 de septiembre de 2022 se dispone:

I. OBJETO DE LA DECISION

Se procederá a resolver por la Sala el recurso apelación, propuesto por la parte demandante, contra el auto No. 421 del 14 de septiembre de 2020, por medio del cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cali rechazó la demanda<sup>1</sup>.

II. ANTECEDENTES

El señor José de Jesús Salcedo Wagner, por medio de apoderado judicial, demandó a la NACION – FOMAG – MINEDUCACION – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, solicitando que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos;

- Acto ficto configurado el día 30 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el día 30 de julio de 2019, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA al señor José de Jesús Salcedo Wagner, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordenara a la demandada el pago de la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante los demandados y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

<sup>1</sup> Ver archivo No. 10 del expediente digital.



Mediante el auto No. 206 del 01 de julio de 2020 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cali inadmitió la demanda toda vez que; i) la pretensión principal consistente en declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 30 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el día 30 de julio de 2017, no era consecuente con la realidad fáctica evidenciada dentro de las pruebas aportadas; ii) de la constancia de conciliación extrajudicial se evidenció que el FOMAG no fue convocado ante la Procuraduría para agotar dicho requisito de procedibilidad, pese a ser parte demandada en el presente asunto y; iii) se evidenció que la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el 14 de mayo de 2019, antes de radicar la petición de reconocimiento de sanción moratoria, por lo que se solicitó aclarar dicha situación y se concedió el término de diez (10) días para que la parte actora subsanara las falencias descritas, ante lo cual el apoderado judicial de la parte demandante allegó subsanación a la demanda dentro del término.

### III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:

Mediante auto interlocutorio No. 421 del 14 de septiembre de 2020<sup>2</sup>, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali rechazó la demanda, tras considerar que no se agotó la conciliación extrajudicial con el FOMAG como requisito de procedibilidad del medio de control.

Señaló que, si bien, el Consejo de Estado en providencia del 08 de marzo de 2019 determinó que la conciliación prejudicial no sería procedente en los casos en que se controviertan derechos laborales, ciertos e indiscutibles, se hacía necesario entonces, establecer si el asunto en cuestión versa o no, sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Por lo cual explicó que, la sentencia de unificación CE-SUJ2 004 del 25 de agosto de 2016, definió la naturaleza jurídica de la sanción moratoria como una penalidad para establecer que no es accesoria a la prestación social de las cesantías, puesto que, la misma se incorporó al ordenamiento jurídico para sancionar al empleador por el pago tardío de la prestación social como deber legal, de manera que no constituye una carga laboral o retribución por los servicios prestados.

De conformidad con lo anterior, concluyó que, el presente medio de control no versa sobre un derecho cierto e indiscutible, de tal modo que, resulta exigible la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad y comoquiera que no se acreditó el agotamiento del mismo en cuanto a la entidad demandada -FOMAG- es propio rechazar la demanda.

---

<sup>2</sup> Ver archivo No. 10 del expediente digital



#### **IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación<sup>3</sup> y explicó que, el Juez A quo no tuvo en cuenta lo dispuesto por la Ley 962 de 2005, el Capítulo II del Decreto 2831 de 2005 y el artículo 2.4.4.2.3.2.3 del Decreto 1272 de 2018 en los cuales se dispone que las entidades territoriales actúan como voceros del Ministerio de Educación - FOMAG, razón por la cual, estima que la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad se entiende agotada cuando se realizó la conciliación con el Departamento del Valle del Cauca y por tanto, no debió rechazarse la demanda de la referencia.

Asimismo, sustentó su recurso explicando que, el Juez A quo no tuvo en consideración el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 la cual indica que la entidades territoriales están obligadas a contribuir con el pago de la sanción moratoria cuando se demuestre que por su culpa se incurrió en mora en la expedición del acto administrativo, por lo que si es necesario vincular al Departamento del Valle del Cauca como parte demandada.

Finalmente, conforme a lo anterior, solicitó revocar la disposición adoptada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cali consistente en rechazar la demanda por no haberse agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad del medio de control.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

El asunto que se discute se contrae a establecer si la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría se agotó ante las demandas como requisito de procedibilidad para la presentación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor José de Jesús Salcedo Wagner, tendiente al reconocimiento de la sanción moratoria a que tiene derecho como docente oficial por el pago tardío de sus cesantías.

---

<sup>3</sup> Ver archivo No. 13 del expediente digital



## 2.MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De conformidad con el numeral 1 del artículo 243 del CPACA modificado por el artículo 66 de la Ley 2080 de 2021<sup>4</sup>, aplicable al caso<sup>5</sup>, el recurso de apelación procede contra el auto que rechaza la demanda o su reforma y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.

Teniendo en cuenta que en el presente caso se pretende controvertir un auto que rechaza la demanda, el recurso de apelación interpuesto resulta procedente y su resolución le corresponde a la Sala en virtud de lo previsto en el numeral 2, literal g)<sup>6</sup> del artículo 125 *ibidem*.

El Consejo de Estado – Sección Segunda – C.P: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del 16 de abril de 2021, radicación No. 76001-23-33-000-2018-0573-01(0502-21), en la que se aclaró que el requisito de conciliación es exigible en este tipo de asuntos y que no es posible aplicar la Ley 2080 de 2021 en cumplimiento de los postulados del artículo 86 *ibidem*, lo anterior en los siguientes términos:

*“ 24. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, carece de la condición de ser cierto e indiscutible, de manera que, el requisito de procedibilidad establecido en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, se torna exigible como quiera que la norma que contenía tal exigencia procesal se encontraba vigente al momento de la interposición de la demanda.*

---

<sup>4</sup> “Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción”.

<sup>5</sup> **Ley 2080 de 2021. Artículo 86. Régimen de vigencia y transición normativa.** La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

Las nuevas reglas del dictamen pericial contenidas en la reforma a los artículos 218 a 222 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplicarán a partir de la publicación de la presente ley para los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en los cuales no se hayan decretado pruebas.

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En estos mismos procesos, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

<sup>6</sup> **“ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS.** <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:>

La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

[...]

g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas; [...].”



25. En este punto es pertinente indicar que si bien el artículo 161 *ibidem* fue objeto de modificación por parte del artículo 34<sup>7</sup> de la Ley 2080 de 2021<sup>8</sup>, en el sentido de consagrar que el requisito de procedibilidad será facultativo en los asuntos laborales, también lo es que, esa misma normatividad en su artículo 86<sup>9</sup> al referirse a la vigencia y transición de la norma, estipuló que los recursos interpuestos entre otros, se regirán por las leyes vigentes al momento de su interposición, razón por la cual, la modificación contenida en Ley 2080 del presente año no resulta aplicable al caso bajo estudio”

26. Esclarecido que la sanción moratoria no tiene el carácter de derecho laboral cierto e indiscutible y por lo tanto, la parte accionante se encontraba obligada a cumplir con el agotamiento del requisito de procedibilidad prejudicial, se procede a examinar si la parte actora agotó el mencionado presupuesto procesal...”

### 3. CASO CONCRETO

De conformidad con el artículo 328 del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante, pronunciándose **solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.**

El punto de inconformidad de la parte demandante es que en su concepto si cumplió con el requisito de procedibilidad, comoquiera que, si bien solo agotó la conciliación extrajudicial con el Departamento del Valle del Cauca, la Ley 962 de 2005, el Capítulo II del Decreto 2831 de 2005 y el artículo 2.4.4.2.3.2.3 del Decreto 1272 de 2018 establecen que las entidades territoriales actúan como voceros del Ministerio de Educación - FOMAG, de tal modo que la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad se entiende agotada aunque no se haya presentado directamente con el FOMAG.

Para resolver, se tiene que revisado el plenario, se observa que por parte del Juez se inadmite la demanda en razón a que la pretensión consistente en declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 30 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el día 30 de julio de 2019, la cual fue realizada ante el Fomag, sin embargo, no era consecuente con la realidad fáctica evidenciada dentro de las pruebas aportadas; ya que de la constancia de conciliación extrajudicial se evidenció que el FOMAG no fue convocado ante la Procuraduría para agotar dicho requisito de procedibilidad, pese a ser parte demandada en el presente asunto, sino ante el Departamento del Valle.

<sup>7</sup> Artículo 34.

Modifíquese el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

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.

El requisito de procedibilidad será facultativo en los asuntos laborales, pensionales, en los procesos ejecutivos diferentes a los regulados en la Ley 1551 de 2012, en los procesos en que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial, en relación con el medio de control de repetición o cuando quien demande sea una entidad pública. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

<sup>8</sup> por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

<sup>9</sup> En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.



Dentro del término concedido, la parte actora subsanó la demanda, corrigiendo las falencias anotadas en el auto inadmisorio bajo los siguientes argumentos: *“En cuanto al numeral 2°, me permito indicar que: de conformidad con lo establecido en el Decreto 1716 de 2009 y a los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación, donde se ha indicado que la obligación de intentar un arreglo o la obligación de realizar una conciliación prejudicial ante el Ministerio Público obstruye la libertad de acceder a la administración de justicia y quebranta lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, es por ello que se ha concluido que dicha obligación no es un requisito de procedibilidad para asuntos laborales, es por ello que si bien se convocó a una audiencia prejudicial inicialmente para el Departamento del Valle del Cauca, posteriormente cuando se presentó la petición ante la Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se realizó nuevamente la convocatoria a audiencia prejudicial. En consecuencia, solicito se admita la demanda de la referencia sin la exigencia de conciliación prejudicial para la demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En cuanto al numeral 3°, me permito aclarar que: la solicitud de sanción moratoria se presentó ante el Departamento del Valle del Cauca el día 20 de febrero de 2019 (Adjunto copia) y la conciliación prejudicial con dicha entidad se convocó el día 14 de mayo del mismo año, es decir posterior a la fecha de presentación de la solicitud, sin embargo ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la solicitud se elevó 30 de julio de 2019, y no se realizó convocatoria a audiencia de conciliación prejudicial, por no ser un requisito de procedibilidad como se indicó en el numeral anterior, significa lo anterior, que la petición ante el Departamento del Valle del Cauca se presentó con anterioridad a la convocatoria a audiencia de conciliación prejudicial”*

Así las cosas, revisados nuevamente los argumentos del apelante y de la Juez A quo para rechazar la demanda, se tiene que fueron acertados comoquiera que en asuntos como el presente se exige el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, pero se debe precisar que en el presente asunto si bien se surtió el trámite de la conciliación extrajudicial, esto ocurrió el 14 de mayo de 2019, fecha anterior a la solicitud dirigida al Fomag la cual se efectuó el día 30 de julio de 2019 acto que es objeto de la demanda.

A contrario a lo interpretado por el apoderado de la parte demandante en este caso no se trata acerca de la aplicación de la Ley 962 de 2005, el Capítulo II del Decreto 2831 de 2005 y el artículo 2.4.4.2.3.2.3 del Decreto 1272 de 2018, sino que efectivamente el agotamiento de este requisito no se efectuó en relación al acto demandado por ser este posterior a dicho trámite y ante autoridad diferente.

El particular efectivamente se trata de una sanción moratoria cuya naturaleza jurídica es la penalidad al empleador por el pago tardío de las prestaciones sociales en cabeza del trabajador, situación que no tiene el carácter laboral y, en consecuencia, se hace exigible la mencionada conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para la presentación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, condición que no se cumplió en el presente caso, pues no se surtió con el FOMAG como entidad encargada de efectuar el pago de la SANCION MORATORIA., por lo que procedía el rechazo de la



demanda que no fue subsanada y en ese sentido se confirmará la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** el auto interlocutorio No. 421 del 14 de septiembre de 2020, por medio del cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cali rechazó la demanda.

**SEGUNDO.- DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen una vez ejecutoriado el presente auto, para que continúe con el trámite de las demás etapas correspondientes al proceso.

**JHON ERICK CHAVES BRAVO**  
Magistrado

**FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ**  
Magistrado

**RONALD OTTO CEDEÑO BLUME**  
Magistrado