



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
Magistrada sustanciadora: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

Santa Marta, D.T.C.H., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 47-001-2333-000-2019-00760-00
DEMANDANTE: ADOLFO NICOLÁS TORNÉ STUWE
DEMANDADO: DISTRITO DE SANTA MARTA
ASUNTO: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

SISTEMA DE ORALIDAD
-LEY 1437 2011-

Decide el Despacho¹ sobre la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio celebrado ante la Procuraduría 155 Judicial II para Asuntos Administrativos de Santa Marta el 05 de diciembre de 2019, entre Adolfo Nicolás Torné Stuwe, como convocante, y el Distrito de Santa Marta como convocada.

I. ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial el señor Adolfo Nicolás Torné Stuwe, presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial II para Asuntos Administrativos el 09 de septiembre de 2019, con el fin de que se concilie la declaratoria de nulidad del Decreto 009 de mayo 9 de 2019 *“por el cual se declara insubsistente un nombramiento”* y en consecuencia se proceda al reintegro del convocante en el cargo que desempeñaba en la Alcaldía Distrital y se reconozca y pague los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, así como los perjuicios morales causados por la declaratoria de insubsistencia.

Mediante decisión de 26 de septiembre de 2019 la Procuradora 155 Judicial II para Asuntos Administrativos de Santa Marta, admitió la solicitud de conciliación extrajudicial y señaló el día 19 de noviembre de 2019 a las 10:00 am como fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación. Sin embargo, dicha diligencia se reprogramó en dos oportunidades, celebrándose el día 5 de diciembre de 2019.

En la diligencia se logró acuerdo conciliatorio entre las partes, y mediante Oficio de 10 de diciembre de 2019 (Fl. 114), la Procuraduría 155 Judicial II para Asuntos Administrativos

¹ Según acuerdo PCSJA20-11549 de 07 de mayo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 5, numeral 5.4, se estableció como excepción a la suspensión de términos en la jurisdicción contenciosa administrativa, “La aprobación o improbación de las conciliaciones extrajudiciales que estuvieran pendientes de decisión en juzgados y tribunales administrativos al 16 de marzo de 2020, fecha a partir de la cual se dio inicio a la suspensión de términos.

de Santa Marta, remitió el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial de Santa Marta para el reparto ante los Magistrados que conforman esta Corporación.

El 11 de diciembre de 2019 le correspondió por reparto a este Despacho pronunciarse respecto de la aprobación del acuerdo conciliatorio efectuado por las partes, el cual declaró improbadamente la conciliación.

II. EL ACUERDO CONCILIATORIO.

Del acta de 5 de diciembre de 2019 de la Procuraduría Judicial II Delegada para Asuntos Administrativos, se extraen los siguientes apartes que se citan:

*“Posteriormente se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la entidad convocada **DISTRITO DE SANTA MARTA**, quien manifiesta: El Comité de Conciliación y Gestión Jurídica del Distrito de Santa Marta en sesión No. 051 de fecha 25 de noviembre de 2019 estudio la solicitud de conciliación de la referencia, en donde decide **CONCILIAR**, presentando la siguiente fórmula de arreglo: 1.- Frente a la primera pretensión concerniente a la declaratoria de nulidad del acto administrativo — Decreto 099 de 2019 —, la administración Distrital decide dejar sin efecto y/o revocar el acto enjuiciado. 2.- En lo concerniente a la segunda pretensión, esto es el reintegro, se propone no acceder a la misma, de conformidad a lo consignado en la ficha técnica. 3.- Frente a la tercera pretensión, es decir, que se le reconozca y pague los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de la declaratoria de su insubsistencia hasta la fecha en que se produzca el reintegro, es evidente la ilegalidad de la actuación desplegada por el señor **ANDRÉS RUGELES PINEDA**, en declarar insubsistente al señor **ADOLFO TORNE**, cuando gozaba del fuero de estabilidad, por tal razón, se accederá al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación hasta la fecha 27 de noviembre de 2019, fecha que se propone como de corte de obligaciones en virtud de la voluntad conciliatoria. La liquidación de los emolumentos laborales que se anexa, hace parte integral de esta propuesta de conciliación y esta suscrita por la Líder del Área de Capital Humano, quien es la competente para determinar las prestaciones sociales que corresponden a los funcionarios conforme su situación laboral, arrojando una suma de **SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (\$75.439.754)**, por concepto de salarios dejados de percibir y prestaciones sociales. 4.- Asimismo, frente a la cuarta pretensión que se le reconozca y pague la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios **EXTRAPATRIMONIALES** por daño al buen nombre, surge al romper que el convocante se vio afectado por las múltiples declaraciones efectuadas por el señor **RUGELES** en distintos medios de comunicación y de manera institucional por parte de la Alcaldía cuando regentaba el señor **RUGELES** como alcalde Encargado, aunado cuando máxime el convocante acredita que ha ocupado distintos cargos públicos como funcionario de la rama judicial (Juez de la República), Alcalde encargado, asesorías entre otras, destacándose en los mismos, que se refuerza además con la hoja de vida que reposa en la Oficina de Capital Humano de la Alcaldía Distrital de Santa Marta, por lo que sin lugar a dudas las declaraciones y afirmaciones realizadas por el señor **RUGELES** perjudicaron la imagen y el buen nombre del convocante, puesto que es la primera vez que se coloca en tela de juicio su profesionalismo ante la sociedad, dejando en el ambiente que su retiro del servicio obedeció por actos de corrupción como en múltiples oportunidades expresó el señor **RUGELES PINEDA**, basta con mirar el acto administrativo de insubsistencia para advertir que no tiene fundamento para dicha declaratoria, pero crea en el imaginario de la sociedad que esto obedeció a las declaraciones realizadas en días anteriores de la expedición del acto administrativo y asimismo colocando un rotulo en su hoja de vida, afectando lógicamente su buen nombre en el presente y en su proyección profesional, pues no es bien visto que a un funcionario se declaren insubsistente como lo sucedió en este caso. No obstante lo anterior, existe jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, el cual ha establecido unos topes por perjuicios extrapatrimoniales, y en ese orden se propondrá en audiencia de conciliación extrajudicial al pago de CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios*

*extrapatrimoniales, que arrojan la suma de **CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$41.405.800,00)**. 5.- Por ultimo, en cuanto a la quinta pretensión, consistente al pago de las costas y agencias en derecho, no se accede a la misma. La sumatoria de los salarios, prestaciones y los perjuicios extrapatrimoniales arrojan un total de **CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$116.845.554)**. Así las cosas, en caso de que la parte convocante acceda a la presente formula de arreglo, se advierte que la fecha de pago seria veinte (20) días hábiles una vez se encuentre ejecutoriada la providencia judicial que apruebe la conciliación extrajudicial. De igual manera me permito aportar a 1 folio liquidación expedida por la Líder de programa Capital Humano del Distrito de santa Marta, de fecha 05 de diciembre de 2019. Seguidamente se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocante para que manifieste su posición frente a lo expuesto por la parte convocada: **Acepto la propuesta presentada por el Distrito de Santa Marta.***

Del acuerdo conciliatorio citado, se evidencia que el Distrito de Santa Marta de conformidad con lo resuelto por el Comité de Conciliación de la entidad, aceptó conciliar las pretensiones de nulidad del acto administrativo de insubsistencia del actor, le reconoce los salarios dejados de percibir durante el interregno de la insubsistencia y reconoce 50 SMLMV por concepto de perjuicios morales. Por otra parte, no acepta la solicitud de reintegro al cargo ni tampoco el pago de costas y gastos del proceso. El actor aceptó la propuesta del Distrito de Santa Marta.

Sin embargo, en el acta del acuerdo conciliatorio la Agente del Ministerio Público esbozó los siguientes argumentos por los cuales solicitaba a esta autoridad judicial la improbación del acuerdo, así:

“Atendiendo el citado referente jurisprudencial, corresponde a esta Agencia establecer si se encuentran suficientes elementos probatorios que indiquen que en caso de acudir en sede judicial en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, la entidad convocada pueda resultar condenada, además de revisar si la conciliación y su eventual aprobación no resulta desproporcionada y redundante en beneficio de los intereses de las partes. En este punto para el Ministerio Público, no están debidamente respaldadas en la actuación las razones que llevan al Comité a proponer formula conciliatoria frente a las razones por las que el convocante los invito a conciliar.

Esta agente solicitara a la autoridad judicial competente que impruebe el presente acuerdo en esta oportunidad, por las siguientes razones:

1.1. En esta temprana etapa de Conciliación, no se observan debidamente probados los cargos formulados contra el acto administrativo, cuya revocatoria se ha ofrecido y que se pretende enjuiciar en sede judicial, tampoco se observa debidamente probado el reconocimiento patrimonial propuesto, producto de la misma, estimándose que debe agotarse un debate probatorio en el proceso, importa destacar por ejemplo, que en punto a los perjuicios inmateriales no se arrojó prueba alguna a la solicitud de conciliación y no se esta en presencia de uno de aquellos asuntos en los que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que se presuman, por ejemplo en casos de muerte, privación injusta de la libertad, etc.

1.2. De otra parte, el cargo fundamental de nulidad del acto que se pretende demandar radica en no haber respetado el Alcalde encargado, el término de seis meses para el retiro del quejoso, después de radicada queja por acoso laboral por parte del convocante, sin embargo de la documentación anexada, se infieren dos situaciones relevantes de cara a este aspecto:

a) que el comité de convivencia laboral del ente, declaró inicialmente que no hubo acoso laboral, decisión que no se acredita haya sido objeto de revocatoria, toda vez que en la decisión de desarchivar, se limitaron a señalar que el comité no estaba llamado a declarar si hubo o no acoso y ordené remitir la actuación al Ministerio Público para que este efectuara el estudio, sin que se hubiere allegado a la actuación la decisión que

sobre el particular haya tornado la Procuraduría General de la Nación, máxime que el artículo 11 de la ley 1010 de 2006 establece que :

“La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de /os hechos puestos en conocimiento”

Así las cosas, al no contarse con una conclusión de la autoridad encargada de verificar la ocurrencia o no de los hechos puestos en conocimiento, esto es, del acoso laboral, la garantía prevista por la norma en el sentido de carecer de efecto el acto de terminación unilateral o de destitución, se encuentra en suspenso, de tal manera que en este momento no es posible concluir si el acto en cuestión carece de efectos, conforme lo prevé el ordenamiento jurídico, pues no se ha determinado si se dio el acoso laboral enrostrado.

b) que el cargo en el que estaba nombrado el convocante y que fue declarado insubsistente era de aquellos de libre nombramiento y remoción, por ser un empleo de dirección, confianza y manejo, lo que debe llevar a que el juez realice un estudio sistemático y un debate jurídico sobre el alcance del contenido del artículo 10 de la ley 1010 de 2006, para este caso puntual.

.- Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público, ni viole la ley (Art. 73 de la ley 446 de 1998).

Como se dijo en el análisis precedente, no obra prueba siquiera sumaria de los perjuicios morales que se propone reconocer, de tal manera que de realizarse este reconocimiento y pago se afectaría el patrimonio del ente territorial y tratándose de una propuesta total de pago de perjuicios materiales e inmateriales, no es posible escindir el mismo y darle aprobación parcial al acuerdo.

*Frente al presupuesto que se estudia, se estima necesario destacar que la legalidad del acuerdo conciliatorio implica que el mismo no solamente sea acorde con el ordenamiento jurídico, sino que las pretensiones que se pretenden conciliar, tengan vocación de prosperidad, esto es, que se encuentren plenamente acreditados todos los cargos de nulidad invocados y como se indicó precedentemente, **no se acreditó que la Procuraduría General de la Nación haya determinado que efectivamente ocurrió la conducta de acoso laboral.***

De otra parte para esta agencia no es clara la postura del comité de Conciliación, conformado entre otras autoridades por el Alcalde, quienes una parte han recomendado conciliar y reconocer el pago de salarios hasta el día antes de la audiencia de conciliación programada inicialmente, pero no hayan recomendado el reintegro del convocante una vez cesó la ley de garantías, por el contrario autorizan el pago de salarios y prestaciones hasta la fecha de conciliación, resultando contradictorio que proponga revocar el acto administrativo pero no avale el reintegro del convocante, siendo que si considera que el acto se produjo con desviación de poder por el alcalde encargado, bien pudo remediar la situación que advierte y evitar mayores erogaciones a la entidad, vinculando nuevamente al convocante, máxime que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción. Por tales razones, itera esta agente, que el acuerdo conciliatorio al que han llegado las partes debe ser improbadado por la autoridad judicial competente. En consecuencia, se dispondrá el envío de la presente acta, junto con los documentos pertinentes, al Tribunal Administrativo del Magdalena, para efectos de control de legalidad, advirtiéndole a los comparecientes que el Auto aprobatorio junto con la presente acta del acuerdo, prestarán mérito ejecutivo, y tendrán efecto de cosa juzgada razón por la cual no son procedentes nuevas peticiones conciliatorias por los mismos hechos ni demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por las mismas causas (art. 73 Ley 446 de 1998 y 24 Ley 640 de 2001). Se da por concluida la diligencia y en constancia se firma el acta por quienes en ella intervinieron, una vez leída y aprobada siendo las doce del mediodía (12:00 m.) Las partes quedan notificadas en estrados.”

Negritas y subrayado fuera del texto original.

Se evidencia que aparte del acuerdo a que llegaron las partes, el Ministerio Público esbozó las anteriores razones por las que considera que la conciliación debe ser improbadada por esta Corporación.

Corresponde al Despacho, previo estudio de los requisitos establecidos en el Decreto 1716/2009² impartir o no aprobación a la conciliación prejudicial suscitada entre las partes.

IV. CONSIDERACIONES

4.1.- Procedencia y trámite de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa.

La Ley 640 de 2001, en sus artículos 23 y 24, consagra:

“ARTICULO 23. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia.

ARTICULO 24. APROBACIÓN JUDICIAL DE CONCILIACIONES EXTRAJUDICIALES EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.

A su vez, el artículo 161 del C.P.A.C.A³., establece la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

El Decreto 1716 de 2009 “por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001” establece cuales son los asuntos susceptibles de control judicial en materia contenciosa administrativa, así:

“Artículo 2º. 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.

² Compilado en el Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015.

³ 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.

Parágrafo 1º. *No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:*

- *Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.*
- *Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.*
- *Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.*

Parágrafo 2º. *El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.*

Parágrafo 3º. *Cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento de derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.*

Parágrafo 4º. *En el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, se entenderá incluida la acción de repetición consagrada en el inciso segundo de dicho artículo.*

Parágrafo 5º. *El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998.”*

El presente asunto versa sobre el acuerdo conciliatorio a que llegaron el Distrito de Santa Marta y el convocante Adolfo Nicolás Torné Stuwe, sobre las pretensiones indemnizatorias de este último producto de la declaratoria de insubsistencia ocurrida el 09 de mayo de 2019 mediante decreto No. 099 de la fecha.

Por tratarse de un conflicto cuya génesis se encuentra en un acto administrativo de contenido particular y concreto y no versar sobre los asuntos exceptuados en el Decreto 1716 de 2009, es procedente pronunciarse sobre el acuerdo conciliatorio remitido por el Agente del Ministerio Público.

5. Criterios normativos aplicables al caso concreto.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos se introdujo en la legislación con el Decreto 2158 de 1948, “*por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo*”, encontrando un nuevo impulso a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto 2282 de 1989.

La Ley 23 de 1991 “*Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones*” en su título quinto trata el tema de conciliación en la jurisdicción Contencioso Administrativa en sus artículos 59 y s.s., así:

⁴ Expediente 2002-00493, Consejero Ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, providencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 2009-00086, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno, providencia de 18 de marzo de 2010

“ARTICULO 59. *Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.*

Para los efectos del inciso anterior los entes territoriales estarán representados así: La Nación por los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, los Superintendentes, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República. Los Departamentos por los respectivos Gobernadores; las Intendencias y Comisarías por los Intendentes y Comisarios; el Distrito Especial de Bogotá, por el Alcalde Mayor y los Municipios por sus Alcaldes.

Las Ramas Legislativa y Jurisdiccional estarán representadas por los ordenadores del gasto.

Las entidades descentralizadas por servicios podrán conciliar a través de sus representantes legales, directamente o previa autorización de la respectiva Junta o Consejo Directivo, conforme a los estatutos que las rigen y a la asignación de competencias relacionadas con su capacidad contractual.

PARAGRAFO. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”.

A su turno, la Ley 446 de 1998⁵, que modificó la Ley 23 de 1991, estableció:

“Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

*“Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través sus representantes legales o por conducto de apoderado, **sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.***

Parágrafo 1º. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2º. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)”.

De conformidad con el artículo mencionado la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho era posible de forma judicial o prejudicial y no constituía requisito de procedibilidad de la acción.

Así mismo, según se infiere de la norma transcrita que la conciliación solo era viable para los asuntos de carácter particular y de contenido económico, pero nunca en asuntos de carácter tributario.

Con la entrada en vigencia de la Ley 640 de 2001, se dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en las acciones de reparación directa y controversias contractuales en los siguientes términos:

“ARTICULO 37. *Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud*

*de conciliación extrajudicial, **si el asunto de que se trate es conciliable**. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”.*

El Consejo de Estado⁶ unificó criterios frente a los presupuestos que se deben verificar antes de aprobar el acuerdo conciliatorio y estimó lo siguiente:

*“...En materia Contencioso Administrativa la Ley 23 de 1991 introdujo la conciliación también como mecanismo para descongestionar los despachos judiciales y al efecto previó que tanto en la etapa prejudicial como en la judicial, las personas jurídicas de derecho público podrían conciliar de manera total o parcial en aquellos conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que se ventilaran ante la mencionada jurisdicción a través de las **acciones de nulidad y restablecimiento del derecho**, de reparación directa y de controversias contractuales.*

Se agrega que de conformidad con el artículo 65A de la Ley 23 de 1991, tratándose de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que judicialmente deberían ser o son de conocimiento de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el evento en que las partes logren un acuerdo conciliatorio, éste debe someterse a un control de legalidad u homologación, para lo cual el operador judicial competente debe verificar que el arreglo: i) cuente con las pruebas necesarias que lo sustenten; ii) que no sea violatorio de la ley y; iii) que no resulte lesivo para el patrimonio público. (...)”.

La misma sentencia expuso lo siguiente:

“...Ahora bien, sin que de manera alguna implique una regla inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como criterio que pueda orientar a las partes, la Sala formula los siguientes parámetros para que sirvan de guía en las negociaciones que se realicen tratándose de conciliaciones extrajudiciales o judiciales y en especial en aquellos eventos en los cuales la entidad pública, en ejercicio de una posición de dominio pueda, en un momento determinado, imponer las condiciones del acuerdo que corresponda:

i) Cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la conciliación podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena.

ii) Cuando la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o ésta aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño –entre otros factores-, según corresponda. Por último, debe precisarse que las consideraciones y los parámetros antes señalados no están llamados a aplicarse en aquellos eventos en los cuales, aunque se encuentre acreditado el daño, no suceda lo mismo en relación con el quantum del perjuicio, situaciones en las cuales el propio juez debería acudir a la equidad como principio y fundamento para determinar el monto de la indemnización a decretar; en consecuencia, cuando en estas circunstancias se pretenda alcanzar un acuerdo conciliatorio, el margen de negociación entre las partes será mayor y serán ellas las que en su criterio y libre disposición –eso sí respetando los postulados de razonabilidad y proporcionalidad y evitando siempre el abuso de la posición dominante de una de las partes- definan los términos de su respectiva conciliación y, por su puesto, corresponderá al juez competente evaluar y definir, de conformidad con las particularidades de cada caso concreto, la legalidad del respectivo negocio jurídico. Finalmente cabe reiterar que, en todo caso, toda entidad pública que en un momento dado y bajo determinadas circunstancias ocupe una posición de dominio, tiene el deber de ejercer esa prerrogativa de forma razonable, motivada y proporcional de tal forma que en sus relaciones negociales, de cara en especial a la contraparte débil o aquella que no se encuentre en una posición de igualdad real, se logren acuerdos justos y equilibrados. (...)”.

⁶ Sentencia de 28 de abril de 2014 Sección Tercera – Sala Plena Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, radicado: 200012331000200900199-01 (41.834) Actor: Oscar Machado Torres y otros. Demandado: La Nación - Rama Judicial y Fiscalía General, Acción: reparación directa,

En consecuencia, para aprobar los acuerdos conciliatorios a que lleguen las entidades estatales, el operador judicial debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

I). Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (art. 61 Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81 Ley 446 de 1998). **II).** Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 Ley 23 de 1991 y 70 Ley 446 de 1998). **III).** Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar. **IV).** Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A Ley 23 de 1991 y art. 73 Ley 446 de 1998).

A la luz de los requisitos previamente expuestos el Despacho estudiará si se cumplen los requisitos establecidos en la ley y jurisprudencia para la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio suscrito entre el convocante Adolfo Nicolás Torné Stuwe y la alcaldía Distrital.

Descendiendo al caso concreto la Sala anticipa que negará la no aprobará el acuerdo conciliatorio de 05 de diciembre de 2019. Para llegar a dicha conclusión se analizarán los requisitos establecidos vía legal y jurisprudencial para la aprobación de acuerdos conciliatorios en los que sea parte una entidad estatal.

Que no haya operado la caducidad.

Analizados los requisitos establecidos previamente se observa que el acto administrativo que causó el perjuicio alegado al actor fue el No. 099 de 9 de mayo de 2019 *“Por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento”*, por lo que al tratarse de un acto administrativo particular y concreto el término de caducidad consagrado en el artículo 164 literal d) de la Ley 1437 de 2011⁷, es de cuatro (4) meses. En consecuencia, tendría hasta el 9 de septiembre de 2019 para presentar la solicitud de conciliación ante el Ministerio Público so pena de que opere el fenómeno jurídico de la caducidad.

En este punto, se observa que la solicitud de conciliación fue radicada ante la Procuraduría 155 Judicial II para Asuntos Administrativos el 9 de septiembre de 2019, encontrándose dentro del término legal. En consecuencia, el requisito de la interposición dentro del término de caducidad se encuentra cumplido.

⁷ d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes.

En el presente asunto nos encontramos frente a la discusión de los efectos jurídicos y económicos de un acto administrativo de contenido particular y concreto que declaró la insubsistencia del convocante. Dicho acto administrativo es susceptible de ser demandado a través del medio de control y restablecimiento del derecho. De igual forma, las pretensiones del convocante no se encuadran en los asuntos que por disposición legal no conciliables que se enlistan en el artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, motivo por el cual este requisito se encuentra cumplido.

Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.

En efecto, el convocante Adolfo Nicolás Torné Stuwe actúa por conducto de apoderado judicial según poder obrante a folio 15 del expediente en el cual se evidencia que este cuenta con facultades para recibir, desistir, conciliar, renunciar entre otros.

Por su parte el convocado Distrito de Santa Marta presentó ante el Agente del Ministerio Público la posición plasmada por el comité de conciliación de la entidad el 15 de octubre de 2019. Debe anotarse que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16⁸ y 19⁹ del Decreto 1716 de 2009, hoy compilados en el Decreto 1069 de 2015, es el Comité de Conciliación de la entidad estatal quién tiene la facultad legal de definir los asuntos conciliables, y dicha decisión se torna obligatoria para los apoderados de las entidades¹⁰.

En vista de lo anterior, se encuentra cumplido este requisito.

Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

Frente a este punto la Sala se permite efectuar los siguientes reparos:

⁸ (...) Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

⁹ 5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

¹⁰ ARTÍCULO 22. APODERADOS. <Artículo compilado en el artículo 2.2.4.3.1.2.8 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1069 de 2015> Las decisiones adoptadas por el Comité de Conciliación o por el representante legal de la entidad cuando no se tenga la obligación de constituirlo ni se haya hecho de manera facultativa, serán de obligatorio cumplimiento para los apoderados de cada entidad.

Las pretensiones del convocante versan sobre la legalidad del acto administrativo No. 099 de 9 de mayo de 2019 por medio del cual fue declarado insubsistente del cargo de Director Administrativo Código 009 Grado 05 en la Dirección Jurídica Distrital de Santa Marta.

Las razones que arguye el actor para cuestionar la legalidad del acto administrativo versan en que este había presentado queja contra el alcalde (E) de Santa Marta para la época de los hechos Andrés Rugeles Pineda, por acoso laboral. A juicio del actor, dicha denuncia le otorgaba una garantía de estabilidad laboral de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1010 de 2006 y por tanto no podía ser declarado insubsistente.

La posición del comité de conciliación del Distrito de Santa Marta fue la de conciliar parcialmente las pretensiones del actor, por las razones que expuso el Director Jurídico de la entidad en el comité celebrado el 15 de octubre de 2019, que a continuación se transcriben:

“De acuerdo con lo esbozado en el estudio técnico mi decisión es CONCILIAR, puesto que evidentemente con la expedición del Decreto 099 de 2019 es decir, la insubsistencia de ADOLFO TORNÉ se transgredieron disposiciones legales como la ley 1010 de 2006 y en tal sentido la medida de desvinculación no fue racional, porque se desconoció por completo la protección que se configuró a favor del señor Torne Stuwe el día 8 de abril de 2019, cuando se presentó la denuncia de acoso laboral, fecha par ala cual, a quién le correspondía desvirtuar las conductas de acoso era al encargado de la administración distrital. Y en conclusión, se presentaría en caso de acceder por la parte convocante la siguiente FORMULA DE ARREGLO:

Frente a la primera pretensión concerniente a la declaratoria de nulidad del acto administrativo Decreto 099 de 9 de mayo de 2019 – La Administración decide dejar sin efecto y/o revocar el acto enjuiciado. (...)

Bajo esos argumentos el Comité de Conciliación del Distrito optó por conciliar las pretensiones de nulidad del acto, no aceptó la pretensión de reintegro al cargo y se le reconocieron los salarios y emolumentos por valor de \$75.439.754 y se ordenó reconocer 50 SMLMV por concepto de perjuicios morales.

Para la Sala en el presente caso la entidad estatal no tuvo en cuenta que en tratándose de solicitud de conciliación extrajudicial, la posición del comité debe estar sustentada en debida forma en aplicación de criterios legales y jurisprudenciales, y con pruebas suficientes la posición de la entidad para acceder a conciliar, parcial o totalmente las pretensiones del convocante.

La Sala no comparte que con el Decreto 099 de 09 de mayo de 2019 se transgredieron las disposiciones de la Ley 1010 de 2006 en lo referente a la estabilidad laboral del quejoso por acoso laboral, por las siguientes razones:

El numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 en lo referente a la estabilidad laboral del denunciante, consagra:

“1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.”

Para la Sala la garantía de estabilidad laboral reforzada que se otorga para proteger a los empleados del acoso laboral, atendiendo el texto de la norma exige que los hechos denunciados ante la autoridad competente gocen de verificación. Lo contrario dejaría sin vigencia principios de buena fe en la actuación de cualquier ciudadano y, además daría por ciertos hechos que solo uno de los implicados ha evaluado como acoso laboral, **sin que la autoridad competente para su investigación los haya verificado** y sin escuchar a la parte acusada de acoso, lo cual pondría en riesgo el debido proceso.

Sin embargo, en el presente asunto se evidencia, que el comité de convivencia laboral del Distrito de Santa Marta, según consta a folio 79, archivó las denuncias de acoso presentadas por el señor Adolfo Torné Stuwe y demás miembros del gabinete distrital contra el alcalde encargado de Santa Marta para la época de los hechos. Tal situación, adquiere especial relevancia en el sub lite, máxime cuando el comité de convivencia del Distrito, en dicho momento consideró que no se encontraba acreditada la conducta endilgada al denunciado. Si bien es cierto, las funciones de los comités de convivencia laboral no tienen la facultad legal de determinar si hay acoso laboral o no, no menos cierto es que este órgano tiene entre sus funciones remitir al órgano disciplinario competente cuando advierte situaciones constitutivas de acoso laboral, lo cual no ocurrió.

Ahora bien, no es objeto de discusión que la existencia o no de acoso laboral por parte del alcalde (E) en la época de los hechos, no ha sido verificada por la autoridad competente, teniendo en cuenta que el convocante manifestó que estas apenas habían sido desarchivadas y enviadas a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

En este caso, bien sea por la ausencia de verificación por parte de la entidad, o por la decisión inicial del comité de no remitir las denuncias de acoso al órgano disciplinario competente, no se cumple con el tópico establecido en la parte final del numeral 1º del artículo 11 de la ley 1010 de 2006, es decir, que el fuero de estabilidad laboral no se encontraba activo.

Y esto resulta relevante en el sentido que el cargo que ostentaba el demandante era de libre nombramiento y remoción el cual por sus características establecidas en la ley 909 de 2004, el nominador goza de discrecionalidad para proveer dicho cargo.

En consecuencia, para la Sala en este momento procesal no resulta claro que estuviera activa la garantía de estabilidad laboral reforzada del convocante, por lo que el acto objeto de censura *prima facie* no adolece de ilegalidad.

En ese orden de ideas, la Sala no considera que exista una alta probabilidad de condena que invite al Distrito a hacer uso de mecanismos de solución de conflictos y que impida la defensa de sus intereses y el patrimonio del ente territorial en un proceso judicial.

Sobre este punto el Consejo de Estado se pronunció, en sentencia de 20 de enero de 2011 bajo radicado No. 540012331000200501044 01 (1135-10), sostuvo

“En tratándose de materias contencioso administrativas, dado el compromiso del patrimonio público que les es inherente, la Ley establece exigencias especiales que debe tener en cuenta el Juez al decidir su aprobación.
Al tenor de lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 le corresponde al Juez impartir aprobación al acuerdo conciliatorio en los siguientes casos:
a.) Cuando los hechos que sirven de fundamento a aquel se encuentren debidamente acreditados con las pruebas necesarias que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado.

Esta decisión de la Sala acoge las recomendaciones efectuadas por el Agente del Ministerio Público¹¹ y las comparte en el sentido de que si no existe una probabilidad de condena del ente estatal, no es posible que se puede aprobar el acuerdo conciliatorio allegado. No sobra advertir que si bien los jueces de la jurisdicción contenciosa no son garantes ni fiscales de los recursos públicos de las entidades estatales, la labor debe ser proactiva cuando se advierta que por decisiones de la administración, se pueda causar un menoscabo del patrimonio de todos los administrados.

En consecuencia y por las razones expuestas la Sala improbará el acuerdo conciliatorio celebrado entre el Distrito y el señor Adolfo Nicolás Torne Stuwe.

Por otra parte, observa la Sala que el comité de conciliación del Distrito accedió a reconocer 50 SMLMV esto es, la mitad de lo pretendido por el actor en su solicitud de conciliación por concepto de perjuicios morales.

¹¹ En la remisión del acuerdo conciliatorio la Procuradora 155 Judicial II para Asuntos Administrativos sostuvo: “Así las cosas, al no contarse con una conclusión de la autoridad encargada de verificar la ocurrencia o no de los hechos puestos en conocimiento, esto es, del acoso laboral, la garantía prevista por la norma en el sentido de carecer de efecto el acto de terminación unilateral o de destitución, se encuentra en suspenso, de tal manera que en este momento no es posible concluir si el acto en cuestión carece de efectos conforme lo prevé el ordenamiento jurídico, pues no se ha determinado si se dio el acoso laboral enrostrado.

Frente a esto considera la Sala que si bien el valor que se acepta conciliar por parte del Distrito reduce considerablemente las pretensiones del actor en un 50% no se advierte, en esta etapa, con pruebas siquiera sumarias que dichos perjuicios morales efectivamente se causaron.

En efecto, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado ha fijado unos topes indemnizatorios para el reconocimiento de perjuicios morales para casos de responsabilidad extracontractual del Estado por causa de muerte, lesiones personales, privación injusta de la libertad entre otros. En estos casos, el daño moral presupone la existencia de un perjuicio que debe ser reparado. Sin embargo, en tratándose de declaratorias de insubsistencia los perjuicios morales deben estar debidamente acreditados en el expediente, lo cual, a juicio de la Sala no se demostró en el sub lite.

La Sala echa de menos, la existencia de algún diagnóstico clínico que permita inferir que el actor ha sufrido un daño moral que avale el reconocimiento de los perjuicios. Empero, lo único que obra en el plenario son los dichos del actor que si bien ponen de presente la manifestación de los padecimientos que este sufrió durante el interregno de sus insubsistencia, no es prueba suficiente para esta Agencia Judicial de la causación de un perjuicio moral.

En ese sentido, al no encontrarse prueba si quiera sumaria de la causación de perjuicios morales, la Sala considera que aprobar estos perjuicios podría representar un menoscabo de los recursos del Distrito de Santa Marta.

Se advierte que el trámite de la conciliación extrajudicial no es ni constituye en sí mismo un proceso judicial. Se trata es de un requisito de procedibilidad que deben cumplir quienes quieran o necesiten acceder a la administración de justicia, requisito que, en caso de no prosperar, permite tanto a la parte convocante como a la convocada iniciar, ahí sí, un proceso judicial. En tal sentido, la decisión de improbar la conciliación extrajudicial a que llegaron las partes, no pone fin al proceso ni hace tránsito a cosa juzgada, toda vez que el convocante puede acudir en sede judicial a demandar los efectos del Decreto 099 de 9 de mayo de 2019.

Por las razones que se han expuesto en precedencia, el Tribunal Administrativo del Magdalena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en Sala Unitaria,

RESUELVE

PRIMERO.- IMPROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado el 5 de diciembre de 2019 entre Adolfo Nicolás Torné Stuwe y el Distrito de Santa Marta, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- Ejecutoriada la presente providencia, **DECLÁRESE** terminada la etapa de conciliación prejudicial adelantada ante la Procuraduría 155 Judicial II para Asuntos Administrativos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada