



Libertad y Orden

República de Colombia
Rama Judicial
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
SINCELEJO SUCRE

Sincelejo, veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015).

Expediente número: 70001 33 33 001 **2015 00014** 00
Demandante: ARCELIO MANUEL LAZARO LAZARO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FIDUPREVISORA S.A.
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Asunto: Rechazo de la demanda por falta de agotamiento requisito de procedibilidad.

ANTECEDENTES

El señor ARCELIO MANUEL LAZARO LAZARO, por conducto de apoderado interpuso demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FIDUPREVISORA S.A., pretendiendo se declare la nulidad del Oficio No.700.11.03 SE OPSM 2631 de 28 de octubre de 2014 a través del cual le fue negado el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Estado la demanda en el momento procesal de decidir sobre su admisión o nó el Despacho advierte que no cumple con el requisito de procedibilidad de intentar la conciliación extrajudicial.

En el líbello demandatorio, la parte demandante afirma no haber agotado el requisito de procedibilidad que exige el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, amparándose en la sentencia de 10 junio de 2010 proferida por el Consejo de Estado, Radicado interno 2009-113, MP. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, transcribiendo el siguiente aparte:

“Cuando se ha adquirido el derecho pensional por cumplir los requisitos establecidos en la ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no está en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho, ya que es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su otorgamiento están dadas por la ley y ella no puede ser objeto de negociación, por ninguno de los extremos, por ser de orden público.”

*Se concluye entonces que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en estos casos es **IMPROCEDENTE**, por cuanto los derechos que se discuten son ciertos, imprescriptibles e irrenunciables.”*

CONSIDERACIONES

En cuanto a la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad, para incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se señala que la Ley 640 de 2001, en su artículo 35, dispone el agotamiento previo de la conciliación, como requisito de procedibilidad, para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia, en los asuntos que tengan el carácter de conciliables.

Siguiendo esa línea, el artículo 13 de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, con relación al trámite de la conciliación extrajudicial prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 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.”*

A su vez el Decreto 1716 de 2009, reglamentario del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, estableció:

“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.

Parágrafo 1°. 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 2°. El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

Parágrafo 3°. 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 4°. 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 5°. 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.

Artículo 3°. Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o

b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o

c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

Parágrafo único. Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción.”

De igual manera, el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, exige como requisito previo para demandar, la conciliación extrajudicial, a saber:

“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.

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.”

(...)

De lo cual se infiere, que es requisito obligatorio y necesario antes de presentar los medios de control judicial, agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial siempre que los asuntos sean conciliables.

El H. Consejo de Estado señaló que por ser este un requisito de procedibilidad para demandar en ejercicio de las acciones de Reparación Directa, Contractual y

de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la no presentación de la misma genera rechazo de la demanda¹, sostuvo entre otras cosas, lo siguiente:

“Es pertinente, en la materia, destacar, como la Sala de manera reciente, abordó el estudio de las diferentes situaciones que se pueden dar en torno al tema de la conciliación como requisito de procedibilidad, por ello y por razones pedagógicas se transcribe lo siguiente:

“Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-713 del 15 de julio de 2008, se pronunció señalando que, “la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no contraría la Constitución siempre y cuando en su configuración concreta se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia”², e igualmente afirmó que, “de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del C.C.A. Así mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A.”³

“Así las cosas, no hay duda que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85 a 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, debe demostrar, no solamente que radicó la solicitud de conciliación ante la entidad competente, en este caso, el Ministerio Público, conforme a la ley 640 de 2001, normatividad que regula lo relativo a la conciliación, sino adicionalmente, que la audiencia respectiva se celebró y que esta no prosperó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, o que transcurrieron más 3 meses desde la presentación de la solicitud de conciliación sin celebrarse la audiencia.

“Cabe destacar que, con este requisito de procedibilidad, no se impide el acceso a la administración de justicia, toda vez que si la audiencia fracasa, las partes pueden acudir a la jurisdicción para resolver su litigio, por el contrario, si la conciliación es exitosa, los interesados evitan un desgaste innecesario ante el aparato judicial y garantizan la solución de sus conflictos de forma expedita.

“Así las cosas, lo que se pretende con el trámite de la conciliación prejudicial y la celebración de la audiencia respectiva, es propiciar un ambiente en el que se les permita a las partes exponer sus argumentos y peticiones con el fin de tratar de arreglar sus diferencias y evitar un juicio posterior, sin que esto vulnere su derecho a demandar ante la jurisdicción, si así lo creen conveniente para sus intereses.

“Por lo anterior, es necesario que se lleve a cabo la celebración de la conciliación, o demostrar que transcurrieron más de 3 meses desde la presentación de la solicitud sin que la audiencia se hubiera celebrado, previo a instaurar la demanda correspondiente, pues se insiste, no es suficiente la presentación de la solicitud ante la entidad competente a menos que hubieren transcurrido el término de 3 meses ya señalado, como quiera que así no se satisface la finalidad del requisito. Ahora bien, esto no quiere decir que la normatividad obligue a que las partes concilien sus diferencias, puesto que en razón a la naturaleza consensual de la figura, los interesados pueden

¹ Auto interlocutorio del 25 de noviembre de 2009. Expediente 05000-12-31-000-2009-00858-01(37555). C.P. Enrique Gil Botero.

² Página 202 de la sentencia de constitucionalidad.

³ Página 204 de la sentencia de constitucionalidad.

negarse a llegar a un acuerdo por no encontrarlo satisfactorio y aún así, pueden instaurar la demanda correspondiente.

“En consecuencia, se deja en claro que a partir de la expedición de la ley 1285 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, contractuales, y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite, el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial y la celebración de la audiencia respectiva, de lo contrario, en razón a que este es un requisito de procedibilidad su incumplimiento genera el rechazo de la acción.

“Respecto al trámite de la conciliación extrajudicial, es necesario señalar que se deben seguir los lineamientos consagrados en la ley 640 de 2001, fundamentalmente, lo establecido en los artículos 19 a 25 de esa normatividad. Allí, al referirse a la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, se afirma que ésta suspende el término de caducidad de la acción, hasta el momento en que se logre el acuerdo conciliatorio, se registre, si así lo ordena la ley, se expidan por el conciliador las constancias previstas en el artículo segundo de la ley 640 o se cumpla el plazo de tres meses después de presentada la solicitud sin llevarse a cabo la audiencia⁴.

“Si bien es cierto que actualmente la celebración de las audiencias de conciliación prejudiciales que se tramitan ante la Procuraduría, no se realizan con la prontitud necesaria por el sinnúmero de solicitudes que se han presentado, esto no es obstáculo para solicitar como requisito de procedibilidad que la audiencia se haya celebrado, toda vez que el mero inicio del trámite de la conciliación no es suficiente para cumplir la finalidad de la ley 1285 de 2009 cuando estableció este mecanismo, que dejaría de ser un requisito previo o de procedibilidad para transformarse en uno de concomitancia. Además, si las partes radican la solicitud de conciliación y transcurren 3 meses sin que se lleve a cabo la audiencia, pueden instaurar la demanda, conforme a lo establecido en la ley 640 de 2001, porque en este caso se tiene por cumplido el requisito.”⁵

Ahora bien, específicamente cuando se pretenda el reconocimiento de derechos inciertos y discutibles, resulta obligatorio agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, al respecto el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Succión “A” en sentencia de 9 de abril de 2014, Radicado No. 27001-23-33-000-2013-00347-01(0539-14), C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, dispuso:

“El asunto que demanda la atención de esta Sala en el presente proceso se contrae a establecer, de una parte, si se configura una ineptitud de la demanda frente al ente territorial demandado Departamento del Chocó, por inexistencia del requisito de procedibilidad, al no haberse convocado en el trámite de la conciliación prejudicial y, de otro lado, si le era dable al a quo

⁴ “ART. 21.-Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”

⁵ Auto proferido por la Sección Tercera el 21 de octubre de 2009, expediente 37.137. C.P. Enrique Gil Botero.

pronunciarse sobre una excepción de mérito, como lo es la de prescripción de derechos laborales, en el trámite de la audiencia inicial. No se pronunciará esta Corporación sobre los argumentos de la excepción previa, referidos a la ineptitud de la demanda por no haberse hecho presente DASALUD CHOCÓ a la audiencia de conciliación prejudicial, ya que la sustentación del recurso no comprendió tal pronunciamiento.

Siendo dos (2) los motivos que dieron lugar a la alzada, procede la Sala a pronunciarse por separado sobre los argumentos planteados:

1) **Excepción previa de inepta demanda:** A voces del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, **“...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...”**.

Por manera que, en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que para la fecha de presentación de la demanda⁶ se encuentra regulada por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, si el asunto se refiere a una reclamación por derechos conciliables, será requisito indispensable para acceder a la jurisdicción, la realización previa del trámite de conciliación prejudicial, norma que fue redactada en idéntico sentido por el numeral 1 del artículo 161 *ibídem*.

En punto de los asuntos que se consideran conciliables, ya esta Corporación ha explicado en su jurisprudencia que, en tratándose de derechos laborales y para dar cumplida aplicación al artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, **“...son materia de conciliación aquellos derechos transables que tengan el carácter de “inciertos y discutibles”. No obstante, la posición de la Sala referente a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, debe ser analizado en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio”**⁷ (Subraya fuera de texto).

En otras decisiones y sobre el mismo tema, también precisó esta Corporación que gozaban de la calidad de derechos irrenunciables y, por ende, no susceptibles de conciliación, las prestaciones periódicas, como es el caso de los salarios, en vigencia del vínculo laboral, y las mesadas pensionales, sobre las cuales no hay lugar a transacción por ser derechos ciertos e indiscutibles.

Descendiendo al caso bajo estudio y analizado el derecho de petición elevado por la demandante, sobre el cual se estructura la existencia del acto ficto negativo, se colige que su reclamación se encausó a obtener la liquidación y pago de **“...las acreencias laborales y cesantías ...”**⁸ sin precisar los conceptos que encierran la expresión acreencias laborales, esto es, si refiere a salarios, primas, bonificaciones ordinarias y especiales, horas extras, etc., ni menos aún el lapso durante el cual estos se causaron, por lo que resulta imposible atribuirle la calidad de derechos ciertos e indiscutibles, constituyéndose, por ende, en un asunto perfectamente conciliable.

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 reconozca⁹

⁶ 5 de febrero de 2013, folio 17.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, auto del 19 de abril de 2012, actor Ciro Rodolfo Habib Manjarrés contra Cajanal, radicación 44001-23-31-000-2011-00105-01(2029-11), Mag. Pte. Alfonso Vargas Rincón.

⁸ Folio 10.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, del 4 de septiembre de 2008, actor Francisco Antonio Méndez Lambraño contra Universidad de Cartagena, radicación 13001-23-31-000-1999-06585-01(6585-05), Mag. Pte. Luis Rafael Vergara Quintero.

Vistas así las cosas, se muestra evidente que la reclamación de las “prestaciones sociales y cesantías” del demandante, en los términos de su derecho de petición, conciernen a derechos inciertos y discutibles, por lo que, al tenor de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, era exigible el trámite de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Despejado este punto, fuerza concluir que, si la parte demandante aspiraba a vincular a la actuación procesal en sede judicial al ente territorial Departamento del Chocó, ha debido convocarlo al trámite prejudicial de la conciliación que se surtió ante el Ministerio Público, por lo que, su omisión, como en efecto se dio, inhibe el ejercicio de la acción en su contra, circunstancia que le da la razón a la recurrente en cuanto a la procedencia de la excepción previa de inepta demanda por ausencia del requisito de procedibilidad.”

CASO EN CONCRETO

Descendiendo al caso en estudio, se encuentra que la pretensión está dirigida a que se declare la nulidad del Oficio No.700.11.03 SE OPSM 2631 de 28 de octubre de 2014 a través del cual fue negado al demandante el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Como consecuencia, solita se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FIDUPREVISORA S.A., reconocer y pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas con la Resolución No.914 de 27 de agosto de 2012, en razón de un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de septiembre de 2012 y hasta el 7 de octubre de 2013 fecha de pago de la prestación.

De lo cual se aprecia, que el asunto objeto de demanda, no se trata de un derecho pensional, y por consiguiente un derecho cierto de carácter irrenunciable como erradamente lo interpreto el demandante, para no agotar el requisito de la conciliación extrajudicial.

Las normas relacionadas como la jurisprudencia, han sido claras en determinar cuáles asuntos son susceptibles de la conciliación, en razón de lo cual, cuando se pretende el reconocimiento de la sanción moratorio por el pago tardío de las cesantías, se está en presencia de una prestación unitaria, quiere decir ello, que aun cuando su liquidación se realice de manera anual o excepcionalmente al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del acto que la reconozca.

Lo que traduce que la reclamación incoada concierne a derechos ciertos y discutibles de contenido económico y carácter particular sobre el que se exige

previamente, antes de presentar el medio de control, el agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial.

Por lo expuesto y advirtiendo que no se agotó el requisito de procedibilidad de la Conciliación Extrajudicial respecto al acto acusado, el Despacho rechazará la presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por el señor ARCELIO MANUEL LAZARO LAZARO contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FIDUPREVISORA S.A.

En consecuencia, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo,

RESUELVE

1°.- Rechazar el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesto mediante apoderado por el señor ARCELIO MANUEL LAZARO LAZARO contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FIDUPREVISORA S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al interesado la demanda y sus anexos sin necesidad de desglose.

3°.- Reconocer personería para actuar como apoderado de la parte demandante al Doctor PORFIRIO RIVEROS GUTIERREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.450.964 y T.P. No. 95.908 del C.S. de la J., en los términos y para los fines del poder conferido¹⁰.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO OSORIO AFANADOR
JUEZ**

¹⁰ Folio 1.