



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicado : 81001 3333 002 2014 00477 01
Demandante : Ciro Alfonso Peñaranda Rojas
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil-
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Providencia : Auto que resuelve el recurso de apelación

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación que presentó la Agente del Ministerio Público, contra la decisión que en primera instancia no declaró la falta del requisito de procedibilidad del medio de control.

ANTECEDENTES

1. Ciro Alfonso Peñaranda Rojas presentó demanda (fl. 1-41) en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil-, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. El proceso le correspondió al Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca, que adoptó la decisión que se impugna.

3. La providencia apelada. En la audiencia inicial del 14 de julio de 2016 (fl. 108-110-CD), la Agente del Ministerio Público pidió en defensa del ordenamiento jurídico, declarar de oficio la excepción previa de no agotamiento del requisito de procedibilidad, por cuanto se omitió el trámite de la conciliación extrajudicial. La primera instancia, con el respaldo de los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009 y 2 del Decreto 1716 de 2009, consideró que lo pretendido por el demandante es la reliquidación de la asignación de retiro para que se incluya la partida del subsidio familiar, y aquella tiene la connotación jurídica de ser una prestación periódica de carácter cierto e indiscutible, que compromete los derechos laborales mínimos e intransigibles, por lo que al tenor del artículo 53 Superior y el numeral 1 del artículo 161 del CPACA, el asunto no es conciliable, y negó la excepción propuesta por la Procuradora 64 Judicial I Administrativa de Arauca.

4. El recurso de apelación. La Procuradora 64 Judicial I Administrativa de Arauca presentó recurso de apelación (fl. 109, 110-CD), que fundamenta en la defensa del ordenamiento jurídico, y sustenta en que se encuentra desconociendo la Ley en virtud del cual debió agotarse el requisito de la conciliación extrajudicial de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, numeral 1 del artículo 161 del CPACA y el artículo 2



del Decreto 1716 de 2009 en concordancia con la Ley 640 de 2001, dentro del presente proceso, en razón a que el actor solicita la inclusión de la partida del subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en la actividad, para lo cual incoa a través del medio de control la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, así mismo solicita el reconocimiento de unos factores económicos que se aproximan más o menos a 20 millones de pesos, por lo que al incoarse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debió agotarse la conciliación extrajudicial en virtud de la Ley.

5. El traslado del recurso

Las partes demandante y demandada no presentaron objeciones.

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal Administrativo de Arauca es competente para resolver el recurso de apelación planteado, pues se trata de un auto susceptible de este medio de impugnación (Artículos 153, 180.6, 243.3, CPACA) y se decide conforme lo determina el artículo 244, numeral 3 del CPACA¹.

La providencia se adopta por la Sala de Decisión (Artículo 125, CPACA), toda vez que en el caso de llegar a prosperar el recurso de apelación, se le pondría fin al proceso (Artículo 243, numerales 1 a 4, CPACA).

2. **Problema jurídico:** ¿Procede en este caso, declarar la excepción previa de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad -Conciliación extrajudicial-, como lo plantea el Ministerio Público en el recurso de apelación?

3. Precisión previa

La Procuradora 64 Judicial I Administrativa de Arauca en forma repetitiva alega en su recurso una inexistente falta de unidad de criterio en esta Corporación Judicial sobre la exigencia del requisito de procedibilidad, y en términos inapropiados e inaceptables "*censura*" al Tribunal Administrativo de Arauca y lo acusa sin fundamento alguno y de forma injusta, que "*genera un poco de inequidad y rechazo para quien busca y propende por la consecución de una justicia pronta*".

Una elemental lectura de las providencias a que se refiere (Exp. 2014-00459, M. P. Alejandro Londoño Jaramillo por una parte y exp. 2014-

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



00413 y 2014-00415, ambas con ponencia de Luis Norberto Cermeño), muestra la equivocación de la Agente del Ministerio Público en sus juicios, pues hubiera encontrado:

a. En el primero de los procesos se le declaró desierto el recurso porque *"se echa de menos la argumentación del Ministerio Público en el recurso de apelación interpuesto en audiencia, enmarcada en los fines constitucionales consagrados para su intervención en los procesos judiciales"*. Como se reiterará más adelante, este es un requisito que debe presentar, cuya omisión suya y de otros Procuradores ha ocasionado -y seguirá causando- el rechazo del recurso en más de una oportunidad en todas las instancias partiendo desde el Consejo de Estado, impugnación que ni siquiera se debe conceder por la primera instancia en esos casos.

b. Los casos no eran sobre la misma materia. En el primero se discutían aspectos de la asignación de retiro, prestación periódica de término indefinido, y en los otros dos, la reliquidación de lo que ya se había recibido por salarios y por auxilio de cesantía de quienes ya no eran miembros de la entidad, luego son derechos de naturaleza jurídica distinta, tal como se precisó en los dos últimos procesos.

c. En virtud de la naturaleza diferente de los derechos reclamados, en el primer caso se demandó a Cremil, mientras que en los otros dos a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

d. Cuando se trata como en estos casos, de derechos con naturaleza jurídica diferente, es dable encontrar aspectos similares -La acción es la de nulidad y restablecimiento del derecho-, pero también circunstancias distintas, como la caducidad de la acción, requisito de procedibilidad, estimación de la cuantía, entre otros que se deben conocer y aplicar para cada uno de ellos.

De manera que no existe la falta de unidad de criterio que predica sin razón fáctica ni jurídica la Agente del Ministerio Público.

A lo anterior se agrega que en las Corporaciones Judiciales es viable que se presenten criterios jurídicos discrepantes, lo cual ocurre incluso en las sentencias de unificación, como en la de M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 19 de noviembre de 2012, rad. 73001-23-31-000-2000-03075-01, 24897, que tuvo salvamento de voto, sin que ello acarree las infundadas consecuencias que supone la apelante.

4. Las apelaciones del Ministerio Público

4.1. Inicialmente, se determinará si se le debe dar trámite al recurso de apelación presentado por la Agente del Ministerio Público.



4.2. El artículo 277 de la Constitución Política establece como una de las funciones de los Agentes del Ministerio Público, "*7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*"; por su parte, el artículo 300 del CPACA permite la intervención del Agente del Ministerio Público ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo y el numeral 2 establece que procede ante los Tribunales Administrativos y Juzgados Administrativos; así mismo, el artículo 303 consagra que "*está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales*"; y como sujeto procesal especial, tiene "*amplias facultades, entre ellas la de interponer recursos, emitir conceptos, solicitar nulidades, pedir, aportar y controvertir pruebas*" (Artículo 46, CGP).

Sin embargo, la facultad está limitada, como lo prescriben las normas jurídicas que se citaron, pues solo pueden intervenir en defensa (i) del orden jurídico, (ii) del patrimonio público, o (iii) de los derechos y garantías fundamentales.

El Consejo de Estado señala (M. P. Enrique Gil Botero, 27 de septiembre de 2012, rad. 0800123-31-000-20080055701, 44541,) que al Ministerio Público le está vedado desplazar a las partes o demás sujetos procesales, así como relevarlas de cualquier carga o deberes y obligaciones dentro de la actuación procesal, tiene una carga argumentativa que consiste en señalar de manera expresa cuáles son las circunstancias, razones o motivos en virtud de las cuales ejerce los medios de oposición a las providencias, así como identificar el apoyo constitucional de su postura, y siempre circunscrita su actuación a la materialización de los tres objetivos ya señalados; en otra de sus sentencias, (M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 13 de mayo de 2015, exp. 66001 2331000 200700058 01, 37118) reitera sobre la competencia del Ministerio Público para instaurar recursos de apelación²:

"Lo primero que debe precisar la Sala es que los recursos de apelación formulados por el Ministerio Público solo son procedentes cuando, con ellos, se pretende la defensa de los intereses públicos que constitucionalmente le corresponde proteger; particularmente, cuando exista una posible afectación del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales de las partes y no, como sucede en el presente asunto, para suplir las cargas procesales de las partes en los aspectos atinentes al objeto del litigio [ver, letra "c", del acápite III]; por consiguiente, dado que en el asunto de la referencia no se evidencian razones para considerar que existe una afectación de las señaladas anteriormente y teniendo en cuenta que la Procuraduría cuestiona la causa del daño que el *a quo* consideró

² Criterios que se han reiterado, entre otras, en la sentencia M.P. María Claudia Rojas Lasso, 31 de julio de 2014, rad. 11001-03-15-000-2014-00861-00; la Corte Constitucional comparte esta postura, entre otras, en las sentencias, C-479 de 1995, C-245 de 1995.



como determinante del daño (aspecto sustancial del litigio), la Sala no tendrá en cuenta sus argumentos, como quiera que desbordan los límites de sus competencia para apelar".

4.3. En el presente caso, la apelante sí procedió a cumplir con el requisito que le impone la Constitución, al expresar que *"El interés del Ministerio Público consiste en la defensa del ordenamiento jurídico"*, y efectuó su debida sustentación al respecto, por lo que se le dará trámite al recurso de apelación interpuesto.

5. El requisito de procedibilidad en el caso concreto

5.1. El recurso de apelación plantea que como no se va a tocar un *"derecho cierto e indiscutible, sencillamente se va a discutir o se va a conciliar aquel factor de carácter económico"*, debió agotarse la conciliación extrajudicial en virtud de la Ley.

La providencia de primera instancia consideró que como se trata de la reliquidación de la asignación de retiro y tiene la connotación jurídica de ser una prestación periódica de carácter cierto e indiscutible, que compromete los derechos laborales mínimos e intransigibles, el asunto no es conciliable.

5.2. Sobre el tema, se tiene que con anterioridad al CPACA, las Leyes 270 de 1996 (art. 42A) y 640 de 2000 (art. 37), establecieron la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones judiciales (con anterioridad, las Leyes 23/91 y 446/98 consagraban la figura jurídica pero no la hacían obligatoria), y con la expedición de la Ley 1285 de 2009, se introdujeron varias modificaciones en materia contencioso administrativa, especialmente por medio del artículo 13, que la exigió como presupuesto procesal para el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales, estableciendo que procedía dicho requisito, siempre y cuando los asuntos fueran conciliables. Pero dicho artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 no determinó la naturaleza de los asuntos que fueran *"conciliables"* para someterlos al trámite de la conciliación extrajudicial y por ello, el Gobierno Nacional, en aras de determinar si un asunto es o no tiene tal carácter, profirió el Decreto 1716 de 2009, que en el artículo 2, parágrafo 1 estableció que no son susceptibles de conciliación en asuntos contencioso administrativo: Los que versen sobre conflictos de carácter tributario, los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y aquellos en los cuales la correspondiente acción haya caducado, y agregó en el parágrafo 2 que *"El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles"*.

En el listado, que era de mero corte enunciativo, no se incluía ninguna mención a derechos laborales, y a hoy tampoco se ha efectuado precisión normativa alguna; por lo que es deber del Juez en cada caso concreto,



determinar la naturaleza de lo que se reclama, para establecer si tiene el carácter de conciliable, aspecto de fundamental trascendencia para decidir si se exige el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, pues el CPACA establece en su artículo 161, que *"La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales"*.

5.3. Las pretensiones de la demanda son concretas y precisas, y por lo mismo fijan el concepto del derecho que se reclama y el objeto del debate judicial, al señalar que se pide la reliquidación de la asignación de retiro (Pretensión segunda, fl. 2), concepto de reclamación que se reafirma y reitera en los demás acápites de la demanda, y que guardan total coherencia con las pruebas allegadas al expediente, como el derecho de petición (fl. 30-32) y la respuesta que se le radicó (fl. 33, c.01).

Significa lo anterior, que el derecho reclamado es la reliquidación de la asignación de retiro que se le reconoció al demandante.

El artículo 53 de la Constitución Política establece sobre el tema, dos reglas: (i) La irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; y (ii) Las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.

Y como lo que se pide hace relación a la asignación de retiro, derecho que se asemeja a la pensión, tiene la connotación jurídica de ser una prestación periódica, de término indefinido, el artículo 53 constitucional no faculta que pueda ser transigida y conciliable, pues se le otorga el carácter de un derecho cierto e indiscutible, y por lo mismo, irrenunciable; la Corte Constitucional (Sentencia T-467 de 2015) la ha descrito como *"una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, [...], de establecer con la denominación de "asignación de retiro", una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes"*.

Por lo tanto, no es una exigencia que por el concepto de la asignación de retiro, derecho en disputa, se agote el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, que exige el artículo 161, numeral 1, del CPACA



El Consejo de Estado respalda esta decisión (Sentencia del 3 de agosto de 2015, rad. 05001-23-33-000-2012-00439-01, 0240-14, M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez):

“De la transcripción anterior se desprende que **la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales** y la facultad para conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, **son principios mínimos fundamentales del Estado Social del Derecho**, que deben irradiar en todo el ordenamiento jurídico en tanto que éstos tienen rango constitucional y buscan dar efectivo cumplimiento a las finalidades sociales.

Sea oportuno mencionar que el Consejo de Estado en providencia de 11 de marzo de 2010, al referirse a la interpretación del artículo atrás referido, consideró lo siguiente:

(...) El artículo 53 de la Constitución Política estable como garantía fundamental en materia laboral, el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, el cual refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para todo trabajador tiene el derecho laboral. De tal forma que las garantías establecidas en su favor, no puedan voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia. Lo anterior explica el carácter de orden público que ostentan las normas que regulan el trabajo humano, y el hecho de que los derechos y prerrogativas en ellos reconocidos se sustraigan a los postulados de la autonomía de la voluntad privada. Así lo preceptúa el artículo 14 de Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que: “las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables. (...)”

Tomando como punto de partida lo señalado en anterioridad, resulta claro que **“el derecho a la seguridad social, en punto de la prestación pensional, constituye un patrimonio inalienable e irrenunciable, del trabajador,** el cual hace parte de las condiciones de dignidad y justicia que deben orientar toda relación laboral”, y por tanto, **no es necesario cumplir con el requisito de conciliación prejudicial para acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.** (...)”

Así las cosas y en el entendido que la pensión de vejez, también está sujeta a la aplicabilidad de los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política³, **se considera que en tratándose del reconocimiento del derecho, sus ajustes y reliquidaciones, no es necesario cumplir con el requisito de conciliación prejudicial para acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa** y en consecuencia se dispone confirmar la decisión proferida el 25 de noviembre de 2013 en la audiencia inicial del artículo 180 del C.P.A.C.A., a través de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró no probada la excepción de **“no cumplimiento del requisito de procedibilidad consistente en el trámite de la conciliación extrajudicial”.** Resaltado es del texto.

De manera que el requisito de procedibilidad no es exigido en este tipo de proceso, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se reclama y el carácter de prestación pedida en su favor, por lo cual no es atendible

³ Además téngase en cuenta que el artículo 272 de La Ley 100 de 1993 prescribe que “El sistema integral de seguridad social establecido en la presente ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 532 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”.

5:53 PM
26 JUL 2016



el artículo 100 del CGP, aplicable por la remisión que hace el artículo 306 del CPACA, ni tampoco el numeral 1, del artículo 161 del CPACA.

De ahí que se declara infundado y sin razón fáctica ni jurídica el recurso de apelación que presentó la Agente del Ministerio Público.

5.4. Por lo tanto, se responde ante el problema jurídico planteado, que no procede en este caso, declarar la excepción previa de inepta demanda por falta del requisito de procedibilidad que pidió la apelante.

5.5. Es necesario advertir que en la audiencia inicial se debe hacer valer ante situaciones como la presente, que el saneamiento del proceso es etapa antecedente a la de excepciones previas (Artículo 180, CPACA), con las consecuencias procesales que acarrea la decisión que se adopta en aquella primera parte.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia de primera instancia, proferida el 14 de julio de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca.

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

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha y se expide dentro del Proceso 81 001 3333 002 2014 00477 01, demandante: *Ciro Alfonso Peñaranda Rojas*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

[Handwritten signature]
LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

[Handwritten signature]
EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado

[Handwritten signature]
ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO
Magistrado