

*República de Colombia*



Libertad y Orden

*Tribunal Administrativo del Meta - Sala Segunda Oral*

**MAGISTRADO PONENTE: HECTOR ENRIQUE REY MORENO**

Villavicencio, abril veintiséis (26) de dos mil dieciséis (2016)

<b>RADICACIÓN:</b>	<b>50001-33-33-001-2014-00314-01</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>CONSUELO RESTREPO PALACIO</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y LA FIDUPREVISORA S.A</b>
<b>M. DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y REST. DEL DERECHO</b>

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia del 25 de agosto de 2014, dictada por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, en la cual decidió rechazar de plano la demanda, por ineptitud sustancial, al no haberse acreditado el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

**ANTECEDENTES:**

La señora **CONSUELO RESTREPO PALACIO**, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda contra el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, FIDUPREVISORA S.A.**, con el fin de que se declare la existencia del silencio administrativo negativo, en relación con un derecho de petición radicado el 30 de octubre de 2012, ante la Secretaría de Educación del Departamento del Guaviare – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante el pago tardío de las cesantías parciales y, consecuentemente, se declare la nulidad del acto ficto.

Subsidiariamente solicitó que se declare la nulidad del oficio FPSM-279 del 30 de octubre de 2012, expedido por la Secretaría de Educación del Guaviare donde le indicó, que de conformidad con el artículo 33 del C.C.A. dio traslado de las solicitudes a la autoridad encargada de resolverlas.

Como consecuencia se ordene a las demandadas reconocer y pagar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, reconocidas con la Resolución No. 063 del 24 de junio de 2010, desde el 18 de agosto de 2010, hasta el 28 de febrero de 2011 (fecha de pago de la prestación); igualmente solicitó que las sumas que resulten sean indexadas, que la entidad de cumplimiento al fallo en el término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y se reconozcan los intereses moratorios correspondientes.

La demanda fue instaurada en julio 28 de 2014, de conformidad con el acta de reparto visible 23 del C1.

### **PROVIDENCIA OBJETO DE RECURSO**

El 25 de agosto de 2014 el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio dictó auto rechazando de plano la demanda instaurada por la señora CONSUELO RESTREPO PALACIO, por ineptitud sustancial de la misma, al no acreditarse el requisito de procedibilidad, que no es susceptible de subsanación a través de la figura de la inadmisión, dado que tal exigencia no se encuentra enlistada entre las causales contempladas como susceptibles de la corrección o enmienda, sino, por el contrario, objeto de rechazo según el artículo 36 de la Ley 640 de 2001.

### **RECURSO DE APELACION**

Dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada por el *a quo*, solicitando sea revocada y, en su lugar, se admita la demanda, fundamentando su pedimento en que tratándose de derechos ciertos e indiscutibles, el requisito de procedibilidad no es necesario, pues, la pretensión de reconocimiento y pago

de la indemnización moratoria, por el pago tardío de las cesantías, es una prestación que en los términos del artículo 53 de la Constitución Política es irrenunciable.

Explicó la recurrente, que el prerrequisito de la conciliación no aplica para la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, ya que estas constituyen una prestación periódica y que la indemnización moratoria por no pago oportuno de éstas, es inherente a las Cesantías, como prestación periódica que no prescribe, y que cuando es imprescriptible e irrenunciable no es objeto de negociación o conciliación.

#### **CONSIDERACIONES:**

Según lo normado en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, concordante con el numeral 3º del artículo 244 ibídem, este Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación contra las providencias susceptibles de este medio de impugnación, tal como lo es el auto que rechaza la demanda.

Ahora bien de los argumentos sostenidos por el juzgador de primera instancia y los reparos expuestos en el recurso de alzada, la Sala precisa que son dos los problemas jurídicos a resolver: 1) Si en el sub examine se requiere del requisito de procedibilidad consistente en la diligencia de conciliación extrajudicial y, 2) si la falta de acreditación del requisito de procedibilidad constituye una falencia de carácter sustancial que no es susceptible de la corrección o enmienda, sino objeto de rechazo de plano de la demanda.

Los problemas jurídicos planteados, serán resueltos en el siguiente orden:

### **1.- La Sanción moratoria es un derecho incierto y discutible**

De vieja data, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha precisado que la sanción moratoria es un derecho incierto y discutible, por lo que puede ser transigible, pues, se considera como un castigo al empleador incumplido, por el no pago oportuno de las cesantías, siendo *un derecho de eventual ocurrencia (no es cierto e indiscutible) en la medida en que no se causa de forma automática con el hecho del retraso (sic) sino que exige la ausencia de buena fe del empleador que se resiste al cumplimiento de la norma legal*<sup>1</sup>

Así las cosas, cuando se pretende que sea reconocida la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, se debe agotar previamente la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, pues, se reitera dicha indemnización no tiene carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable.

El requisito de procedibilidad se encuentra establecido en el artículo 161 del C.P.A.C.A., en el cual se le impone como obligación al demandante, antes de acudir a la jurisdicción, el agotamiento del trámite de la conciliación cuando en la demanda se formulen pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

*“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.*

Conforme lo anterior, es claro que en el presente caso se hace necesario agotar el requisito de procedibilidad consistente en la conciliación prejudicial, atendiendo la naturaleza del medio de control invocado y que la sanción moratoria, por el no pago oportuno de las cesantías, es un derecho incierto y discutible, como se precisó en parte precedente.

<sup>1</sup> Sección Segunda, Subsección “A”, M. P. Ana Margarita Olaya Forero, Exp. 2701-02

## 2.- Del rechazo de plano de la demanda cuando no se acredita el requisito de procedibilidad.

El artículo 169 del C.P.A.C.A., consagra expresamente las causales para rechazar la demanda, las cuales son: **1)** Cuando hubiere operado la caducidad. **2)** Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida. **3)** Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.

Así las cosas, se establece que la falta de requisito de conciliación extrajudicial no está enunciada como una causal de rechazo de plano de la demanda, posición que ha sido reiterada por el órgano de cierre de esta jurisdicción en varios pronunciamientos, en los siguientes términos:

*“Las normas transcritas son claras en establecer que la conciliación extrajudicial constituye un requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando los asuntos sean conciliables; que el rechazo de plano de la demanda únicamente procede: i) la caducidad del medio de control; ii) la no corrección de la demanda luego de haber sido inadmitida y iii) los asuntos que no son susceptibles de control judicial y que, cuando la misma no cumpla con los requisitos previstos en la Ley, **la decisión procedente es la inadmisión y no su rechazo de plano.**”*

*Por lo tanto, dado que **la conciliación extrajudicial es un requisito de procedibilidad de la demanda, la falta del mismo da lugar a su inadmisión** para la correspondiente corrección, por lo que el proveído apelado es a todas luces contrario a las disposiciones legales referidas y, por lo tanto debe revocarse, para en su lugar disponer que el a quo provea sobre la admisión de la demanda, si se tiene en cuenta que el requisito que echó de menos fue cumplido por el demandante, como consta a folios 167 a 168 y que la demanda no está incurso en ninguna de las causales de rechazo de plano<sup>2</sup>.*

Corolario de lo anterior, cuando no se acredita el agotamiento del requisito de procedibilidad, esto es, la conciliación extrajudicial debe inadmitirse la demanda para que dentro del término de ley se aporte la prueba

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA  
Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00260-01 Actor: VETA TECNOLOGIA EN MADERAS S. A. Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA

correspondiente, garantizando con ello, a la parte demandante, el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, siendo del caso señalar que en el evento de que dicha falencia no se corrija será viable rechazar la demanda.

Se precisa, que si bien es cierto, en el artículo 36 de la Ley 640 de 2001 consagraba que la ausencia de la conciliación extrajudicial originaba el rechazo de plano de la demanda, también lo es, que la Ley 1437 de 2011 derogó orgánicamente dicha norma, al respecto el Consejo de Estado en pronunciamiento emitido por la Sección Tercera el 09 de diciembre de 2013<sup>3</sup>, sobre el tema precisó lo siguiente:

*“De conformidad con lo hasta aquí expuesto, resulta claro que el legislador nacional estableció diversas reglas de interpretación encaminadas a identificar cuándo una norma jurídica ha perdido vigencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que resultaría un imposible jurídico pretender que la derogatoria de las leyes siempre fuera expresa.*

*Al descender al caso concreto se tiene que, por un lado, el artículo 36 de la Ley 640 de 2001 dispuso que la ausencia del requisito de procedibilidad de la conciliación daría lugar a rechazar de plano la demanda, mientras que, por el otro, la Ley 1437 de 2011, en su artículo 170, nada dijo al respecto, esto es, no se encuentra de manera expresa esta causa como motivo de rechazo.*

*En tal sentido, es posible entender que la intención del legislador al expedir la Ley 1437 de 2011 fue la de reunir todas las normas dispersas y unificarlas para resolver las cuestiones del procedimiento judicial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así pues, un ejemplo de ello es lo referente al requisito de procedibilidad de la conciliación, en el cual el Decreto-ley 01 de 1984 –Código Contencioso Administrativo–, no lo contempló y como consecuencia de ello, para dirimir tal circunstancia, se recurría a la Ley 640 de 2001.*

*Aunado a lo anterior, es menester mencionar que la Ley 1437 de 2011, de manera íntegra, establece las causales para admitir, inadmitir o rechazar la demanda.*

*(...)*

*De conformidad con lo anterior, esta Sala tendrá presente para el caso sub examine los presupuestos de la derogatoria orgánica, comoquiera que la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento*

<sup>3</sup> SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN A Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá D.C., Providencia del 09 de diciembre de 2013. Proceso: 700012333000201300115 01 Radicación: 47783 Actor: Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP. Demandado: Municipio de Toluviéjo. Referencia: Apelación de auto. Reparación Directa.

*Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -C.P.A.C.A.-, ley general posterior reguló de manera íntegra los requisitos de procedibilidad en la presentación de la demanda y a su vez, las causas que dan origen a la inadmisión y rechazo de la misma.*

*Así las cosas, respecto del rechazo de la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad en mención, ha de concluirse que la disposición, contenida en el artículo 36 de la Ley 640 de 2001 ya no subsiste, de conformidad con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 153 de 1887"*

La Sala considera que la decisión tomada por el juzgador de primera instancia de rechazar de plano la demanda por falta del requisito de procedibilidad, esto es, por no allegar la correspondiente acta del cumplimiento de la diligencia de conciliación extrajudicial, no es viable, ya que lo procedente en estos casos es inadmitir la demanda y ordenar a la parte actora que, en el término de ley, aporte la prueba del trámite adelantado ante la Procuraduría.

Así las cosas, para la Sala el auto recurrido debe ser revocado, ordenando que se le imprima el trámite antes referido, en aras de garantizar el debido proceso dentro de la presente actuación judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Oral del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

**RESUELVE:**


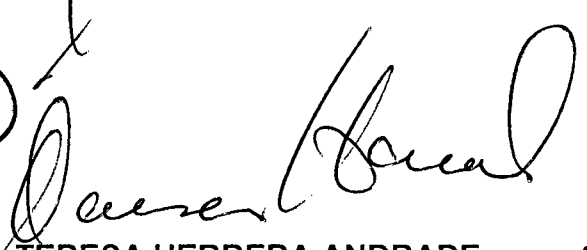
**PRIMERO: REVOCAR** el auto dictado en junio 25 de agosto de 2014 por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Villavicencio, que rechazó la demanda instaurada por la señora **CONSUELO RESTREPO PALACIO** en contra del **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y LA FIDUPREVISORA S.A.**, de conformidad con las razones señaladas en parte considerativa.

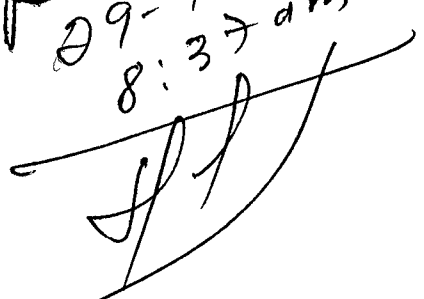
**SEGUNDO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, regresen las diligencias al despacho de origen.

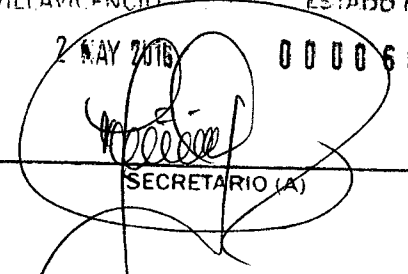
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta: 011

  
**HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO**

  
  
**CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ (E)<sup>4</sup> / TERESA HERRERA ANDRADE**

*Recibido.  
29-4-16.  
8:37 am*  


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META  
SECRETARÍA GENERAL  
1 Auto anterior se notifica a las partes por anotación e  
VILLAVICENCIO ESTADO No.  
2 MAY 2016 000068  
  
SECRETARIO (A)

<sup>4</sup> Encargada del Despacho del Dr. LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MONTAÑO, por incapacidad médica de éste.