



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo Sucre, veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACION: 70-001-33-33-001-2015-00014-01
DEMANDANTE: ARCELIO MANUEL LÁZARO LÁZARO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FIDUPREVISORA S.A.
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Entra el Despacho, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, mediante providencia de marzo 25 de 2015, según la cual, se rechazó la demanda.

I.- ANTECEDENTES

ARCELIO MANUEL LÁZARO LÁZARO, por intermedio de apoderado judicial, formuló demanda, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FIDUPREVISORA S.A.**, con el objeto de que se declarara la nulidad del Oficio No. **700.11.03 SE OPSM 2631** de 28 de octubre de 2014, proferida por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales, de conformidad con la Ley 1071 de 2006, equivalente

a un día de salario por cada día de retardo.

La demanda en mención, fue objeto de reparto por parte de la Oficina Judicial de Sincelejo¹, correspondiendo el conocimiento, en primera instancia, al Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, Despacho que mediante auto 25 de marzo del hogaño, dispuso su rechazo², argumentando que la parte accionante, no agotó el requisito de procedibilidad, consistente en la conciliación extrajudicial, por no tratarse de un asunto cuyo debate se circunscriba a derechos ciertos y de carácter indiscutibles, como es el caso de los pensionales y por consiguiente, para la presentación del respectivo medio de control, es ineludible agotar la etapa de la conciliación extrajudicial, de que trata el artículo 161 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011.

Contra la anterior determinación, la parte actora, interpuso recurso de apelación³, argumentando, que el asunto a tratar en esta Litis, no es de carácter conciliable, por los argumentos expuestos por la Honorable Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado, ya que no se está en la obligación de conciliar o transigir, derechos ciertos e indiscutibles, además de hallarse frente a una prestación de tipo periódico, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, puesto que las cesantías ingresan, real y efectivamente, al patrimonio del trabajador, a título oneroso y como retribución periódica y habitual, por efectuarse una actividad personal y subordinada.

II.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Competencia.

Como quiera que este Tribunal, a través de esta Sala de Decisión Oral, es competente para resolver el recurso de alzada, de conformidad con el

¹ Folio 24.

² Folios 26 – 29.

³ Folios 33 – 36.

numeral 1° del artículo 243, artículo 125 y artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema jurídico.

Vistas las posturas de la parte recurrente y del juzgado de primer grado, esta Sala de Decisión, estima como problema jurídico a desatar: ¿La indemnización y/o sanción moratoria, estipulada en la Ley 1071 de 2006, causada por el pago extemporáneo de las cesantías parciales, es considerada como derecho cierto e indiscutible, no susceptible de conciliación o transacción entre las partes en contienda?

2.3.- Análisis de la Sala.

La parte actora, sostiene que la presente controversia, no amerita el cumplimiento del requisito de procedibilidad, referido al agotamiento de la conciliación extrajudicial, como quiera que se trata de derechos ciertos, irrenunciables e imprescriptibles, lo cual torna improcedente esa diligencia previa.

Vista la apreciación del demandante, este Tribunal estima, que la temática a dilucidar en el caso de marras, estriba en el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por el pago extemporáneo de las cesantías parciales reconocidas al actor, en virtud de lo consagrado en la Ley 1071 de 2006, erogación susceptible de transacción, como quiera que no tiene la condición de derecho cierto e indiscutible, pues, así lo ha sostenido el Alto Tribunal Contencioso Administrativo⁴, cuando dijo:

*“(...) El convenio aprobado por decisión judicial incluyó el reconocimiento y pago de la **indemnización moratoria** y de*

⁴ Sentencia de 23 de agosto de 2007, radicado 673001-23-31-000-2000-02858-01(2974-05), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P. Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

cualquier otro emolumento que llegare a causarse. De manera que el pago de la sanción moratoria carece de causa en el presente proceso y, por ende, no es viable acceder a su reconocimiento pues, de hacerse, se estaría desconociendo el acuerdo de voluntades de quienes son parte y favoreciendo un enriquecimiento para el demandante y un empobrecimiento para la administración.

De otra parte, **en cuanto a la procedencia de la transacción en asuntos como el sometido a consideración**, la Subsección "A" de la Sección Segunda de esta Corporación, en fallo del 29 de mayo de 2003, radicación número 44001-23-31-000-1999-0530-01 (2701-02), actor Napoleón Carranza, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, sostuvo que si bien es cierto de conformidad con el artículo 53 constitucional el trabajador tiene una limitación de carácter constitucional para la libre disposición de sus derechos laborales ciertos e indiscutibles por medio de transacción o conciliación, **los derechos inciertos o discutibles, como puede ser en determinado momento el derecho a la sanción moratoria, sí pueden ser objeto de una transacción válida.**

En el caso sometido a consideración, el derecho innegable e incuestionable que no es susceptible de transacción o conciliación es el de las cesantías. **La sanción moratoria, sí es objeto de tales mecanismos alternativos de solución de conflictos laborales dado que no es una prestación social en sí misma, sino una penalidad por el incumplimiento de una obligación.** Como quedó establecido, el actor, mediante apoderada, con pleno consentimiento, libre de toda presión, fuerza o apremio, convino el pago de la suma de \$8.000.000 por concepto de "intereses e indexación, indemnización moratoria y cualquier otro emolumento que llegare a causarse (Ley 244/95)", y, por tanto, no hay lugar a la sanción impetrada (...)" (Subrayas y negrillas del Despacho)

Así las cosas, la erogación laboral que reclama en esta oportunidad el demandante, no ostenta la condición de prestación periódica, como tampoco, tiene la calidad de derecho prestacional principal, ya que su causación, depende del pago una prestación económica principal, como es las cesantías parciales, de suerte, que no puede considerarse como un emolumento cierto, sin ánimo de discusión.

Por lo anterior, no se acoge la postura del accionante y se concluye, que en la presente controversia, debe agotarse la conciliación extrajudicial,

obligatoriamente, conforme lo estipulado en el numeral 1° del artículo 161 del CPACA.

Ha de precisarse, que la cita jurisprudencial que apoya el argumento de apelación del demandante, para inferir que la sanción y/o indemnización moratoria, corresponde a una prestación periódica, con ello, a un derecho cierto e indiscutible excluido de conciliación, no se acompasa con el caso concreto, como quiera que el pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, que se anuncia en la demanda y en el recurso de apelación, versa sobre la noción y naturaleza de la **pensión**, como derecho irrenunciable, desde el punto de vista constitucional, supuesto diametralmente diferente, al que se discute en esta sede jurisdiccional, ya que como se anotó en precedencia, esa erogación es accesoria y no de causación automática.

Así entonces, dando respuesta al planteamiento propuesto, se tiene que la indemnización y/o sanción moratoria, que deviene de la mora en el pago tardío de las cesantías parciales, es un derecho incierto y discutible, con ello, renunciable y prescriptible, susceptible de conciliación y transacción, en tanto que para su causación, se requiere de la existencia de un derecho laboral principal, como lo es las cesantías, de modo, que primeramente, para verificar la ocurrencia de esa indemnización, es menester la existencia de las cesantías, de lo contrario, no se podría hablar de una penalidad por mora en su pago, siendo así que su carácter accesorio, prevé que las partes puedan discutir sobre la ocurrencia o no de esa tardanza.

Ahora bien, la ausencia del acta que acredite el agotamiento de requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, no genera rechazo *ipso facto* de la demanda, como quiera que ese requisito, no está concebido en el artículo 169 del CPACA, normativa que estipula las causales de rechazo, que son: i) cuando hubiere operado la caducidad; ii) cuando habiendo sido inadmitida, no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida; y iii) cuando el asunto no sea susceptible de control jurisdiccional.

Y es que la postura del máximo órgano contencioso administrativo⁵, que se acoge en este momento, estriba en que si bien la Ley 640 de 2001, estipula que la ausencia de conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad, ocasiona el rechazo inmediato de la demanda, la Ley 1437 de 2011, en su intención de integrar en un solo cuerpo normativo, todas las normas que regulaban esa exigencia y que se encontraban dispersas en todo el ordenamiento, reguló los requisitos de procedibilidad en la presentación de la demanda, no incluyendo la ausencia de esa exigencia, como causal de rechazo, por ello, de conformidad con las reglas de interpretación, prevista en el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, determinó que la regla de rechazo de demanda, señalada en la Ley 640 de 2001, no subsiste, pues, la Ley 1437 de 2011, no contempló esa posibilidad en asuntos contenciosos administrativos.

Al respecto, para mayor ilustración, se trae lo sostenido por el Honorable Consejo de Estado⁶:

“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 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.

⁵ Cfr. Entre otras: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Auto del 2 de mayo de 2013. C. P.: GUILLERMO VARGAS AYALA Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00260-01. Actor: VETA TECNOLOGÍA EN MADERAS S. A. Demandado: ALCALDÍA LOCAL DE LOS MÁRTIRES Y EL CONCEJO DE JUSTICIA DE BOGOTÁ. Referencia: APELACIÓN AUTO - MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO y la providencia citada a continuación.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Auto de 9 de diciembre de 2013. Radicado 70001-23-33-000-2013-00115-01 (47783). C. P. Dr. MAURICIO GÓMEZ FAJARDO.

(...)

Así pues, se advierte que el propósito de la nueva normativa es el de darle una aplicación distinta a la que anteriormente se contemplaba la Ley 640 de 2001 por cuya virtud había lugar a rechazar la demanda cuando se carecía del requisito de procedibilidad.

(...)

Así las cosas, **esta Sala revocará la providencia del Tribunal Administrativo de Sucre, mediante el cual se rechazó la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de conciliación, comoquiera que lo idóneo era haber inadmitido la demanda para que el actor tuviera la oportunidad de aportarlo (...)**" (Subrayas y negrillas de la Corporación).

Atendiendo la tesis del Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, se observa que en el asunto de la referencia, la parte demandante, no aportó el documento donde acredite que agotó la conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, como requisito de procedibilidad, previsto en el numeral 1º del artículo 161 del CPACA, de modo que su ausencia, no constituye rechazo *in limine* de la demanda, sino a su inadmisión, a efectos de que la parte interesada, aporte en el interregno que se otorga para la subsanación, la respectiva prueba de su agotamiento.

Así las cosas, este Tribunal revocará la decisión en alzada y dispondrá que el A quo, proceda con la inadmisión de la demanda, en aras de brindarle la oportunidad a la parte actora, en virtud del principio *pro actione* y acceso a la administración de justicia, para que aporte el certificado o acta de agotamiento de la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad, como quiera que el asunto que se reclama en esta oportunidad – reconocimiento y pago de la indemnización y/o sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales – es objeto de transacción, por ende, de conciliación, por su condición de ser un derecho incierto y discutible.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto de 25 de marzo de 2015, por medio del cual el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, rechazó la demanda, según lo expuesto.

SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, a que estudie la inadmisión de la demanda, de conformidad con lo expuesto, sin perjuicios de la existencia de otros yerros formales, que se puedan advertir.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, regrésese el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0071/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ