



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicado : 81001 3333 751 2015 00117 01
Demandante : Hernando Barbosa Sierra
Demandado : Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
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 parte demandante, contra la decisión que en primera instancia declaró la falta del requisito de procedibilidad del medio de control instaurado y la terminación del proceso.

ANTECEDENTES

1. Hernando Barbosa Sierra presentó demanda (fl. 1-18) en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. El proceso le correspondió al Juzgado Administrativo Oral de Arauca en Descongestión, que luego lo remitió al Juzgado Primero Administrativo de Arauca, Despacho que adoptó la decisión que se impugna.

3. La providencia apelada. En la audiencia inicial del 13 de marzo de 2018 (fl. 84-89), ante la solicitud de la entidad demandada de declarar la excepción previa de no agotamiento del requisito de procedibilidad, por cuanto se omitió el trámite de la conciliación extrajudicial, la primera instancia indicó que el medio exceptivo está previsto en el numeral 5 del artículo 100 del Código General del Proceso, el cual hace referencia a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos legales, y en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si el asunto recae sobre derechos de connotación conciliables, se debe realizar previamente el trámite de la conciliación extrajudicial para demandar ante la jurisdicción contenciosa.

Advirtió la omisión del requisito del numeral 1 del artículo 161 del CPACA, pues lo pretendido por el demandante recae en el reajuste de su salario en un 20% adicional a partir del 1 de noviembre de 2003, lo que debía ser sometido al mecanismo alternativo de solución de conflictos, es decir, convocarse a conciliación prejudicial, por lo que declaró la ineptitud de la demanda por no haber agotado el requisito de procedibilidad y la terminación del proceso.



4. El recurso de apelación. La parte demandante presentó recurso de apelación (fl. 87-89), que fundamenta en que la petición se efectuó en 2015 por un servidor en servicio activo, regido por la Ley 131 de 1985, que estipulaba 1.6 SMMLV que se dio hasta el año 2003, sin olvidar que en el año 2000 hubo la transición de soldado voluntario a profesional, y como todo servidor público tiene derecho a devengar 1.6 según el Decreto 1794, artículo 1, inciso segundo, por lo que no es acogible lo resuelto, toda vez que lo que se reclama es el salario equivalente al 1.6 del SMMLV, estipulado en una Ley vigente, en un decreto vigente, y hoy confirmado por sentencia de unificación del pasado 25 de agosto de 2016.

Expresa que no puede el Estado colombiano pedirle a un funcionario que concilie su salario estipulado claramente en la ley y reconfirmado en una sentencia de unificación, eso lo dice el legislador en su sabia decisión de proteger los derechos de los colombianos, y no es problema que no haya reclamado antes, porque en el año 2015 en servicio activo buscó que sus prestaciones, cesantías, y salarios, porque al modificar el básico se entiende de contera se van a modificar todos los rubros que el servidor recibía, y no es un derecho que permita ser conciliado toda vez que es real, está estipulado en la Ley, y recuerda que el mismo Ministerio ha llamado a estos servidores para cancelarles el 20%, reconociendo el error que en su momento cometió, porque no puede ser que entre 2000 y 2003 se haya efectuado un pago de lo no debido, y esa omisión de haber pagado esos años, y tiempo después, 13 años, en enero de 2017, vuelve y comienza a pagar ese dinero como si nada hubiese pagado; se discuten derechos ciertos e indiscutibles, pero que además son reales, no admite ninguna otra discusión porque se encuentran contemplados en la Ley.

5. El traslado del recurso

5.1. La entidad demandada no presenta observaciones.

CONSIDERACIONES

1. Aspectos procedimentales

1.1. 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), se adopta por la Sala de Decisión (Artículo 125, CPACA), y se decide conforme lo determina el artículo 244, numeral 3 del CPACA¹.

¹ CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo; 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. 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.



1.2. Mediante providencia del 17 de mayo de 2018 se confirmó el auto apelado, con fundamento en la normativa aplicable y precedentes de la Sección Segunda del Consejo de Estado (fl. 93-96); sin embargo, con decisión en vía de tutela, se ordenó proferir providencia de reemplazo (fl. 116-121), a lo que se le da cumplimiento.

2. Problema jurídico

¿Procede revocar la providencia impugnada, como lo plantea el demandante en el recurso de apelación?

3. El requisito de procedibilidad en el caso concreto

3.1. La demanda versa sobre el reconocimiento y pago del reajuste del 40% al 60% del salario mínimo en servicio activo; para el *a quo* y la entidad estatal, la reclamación por este tipo de derecho exige el trámite previo de la conciliación extrajudicial, mientras para el demandante no es requerido, pues se trata de un derecho no conciliable, real, estipulado en Ley vigente y con respaldo de una sentencia de unificación.

3.2. 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 (Antes, 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 esta disposición 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 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.

Ello por cuanto 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".

3.3. 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 del salario básico mensual pagado desde el mes de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro (Hechos y pretensión primera, fl. 8-9), conceptos de reclamación que se reafirman y reiteran en los demás acápites de la demanda, y que guardan total coherencia con las pruebas allegadas al expediente, como el derecho de petición (fl. 3-5) y la respuesta que se le radicó (fl. 6).

3.4. En la sentencia del 8 de marzo de 2019 en vía de tutela dentro del proceso 11001031500020180439000, M. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, se consideró que "5.9. De lo anterior, se puede concluir que el actor no estaba obligado a agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en repetidas ocasiones señaló que uno de los beneficios irrenunciables que ostentan los trabajadores es el salario y en esa medida se instituye como un "derecho cierto o adquirido", asimismo sostuvo que el empleado en ninguna circunstancia podrá "negociar, transigir, desistir o renunciar a un derecho que la ley laboral establezca como mínimo e irrenunciable".

Y al ordenar que se atienda lo dispuesto en dicha providencia, se le da cumplimiento con la presente decisión.

3.5. Por lo tanto, se responde ante el problema jurídico planteado, que procede en este caso, revocar la providencia que se apeló.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la providencia de primera instancia, proferida el 13 de marzo de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, conforme con lo expuesto, y **ORDENAR** que continúe el proceso en la etapa y con las decisiones que correspondan.

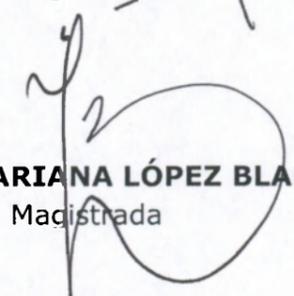


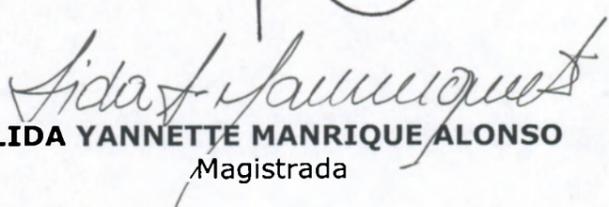
SEGUNDO. ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada

[Faint handwritten text and signature]



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia