

CONCILIACION PREJUDICIAL – Presupuesto de la acción contenciosa administrativa. Alcance

La Sala considera necesario precisar, en atención a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, que este mecanismo alternativo de solución de conflictos no está diseñado para transigir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido particular, sino sobre los efectos económicos producidos con su expedición.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 – ARTICULOS 13 A 42

NOTA DE RELATORIA: Sobre la conciliación prejudicial, Corte Constitucional, sentencia C-713-2008, M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

CONCILIACION PREJUDICIAL – Alcance. Requisitos / CONCILIACION PREJUDICIAL – Recae sobre los efectos económicos del acto no sobre su legalidad

La administración no concilia sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, sólo respecto a sus efectos económicos cuando advierte la ilegalidad manifiesta del mismo, determinación que debe ser avalada por el Juez de lo Contencioso Administrativo al revisar el acuerdo conciliatorio, por ser el llamado establecer de forma definitiva la conformidad de la decisión administrativa con el ordenamiento jurídico. Así las cosas, se concluye que para que se pueda transigir sobre los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular, se deben cumplir dos condiciones: i) que con la expedición del acto se incurra en alguna de las causales de revocación directa establecidas en el artículo 69 del C. C. A., es decir, cuando la administración advierta una ilegalidad o inconstitucionalidad manifiesta, una contravención al orden público o la producción de un perjuicio injustificado y; ii) que la cuestión verse sobre derechos o asuntos susceptibles de disposición. Consecuentemente con lo anterior, la Sala considera que no puede afirmarse que por discutirse la legalidad de un acto administrativo no pueda acudir a la conciliación de sus efectos patrimoniales, como lo manifiesta la parte actora.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL – Improcedencia

De conformidad con el artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, no son conciliables, y por lo tanto no resulta necesario el agotamiento del requisito de procedibilidad, los asuntos que versen sobre conflictos tributarios y, las controversias que se deben ventilar a través de los procesos de ejecutivos de los contratos estatales. Por otro lado, la disposición transcrita señala que el agente del Ministerio Público no podrá avalar un acuerdo conciliatorio cuando observe que se ha configurado la caducidad de la acción, y en caso que ésta se realice el juez de lo contencioso administrativo deberá declararla ilegal. Asimismo, la Sala considera que no es procedente la conciliación cuando con ella se pretende disponer de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social, siempre que éstos se hayan obtenido con el lleno de los requisitos señalados en la ley, es decir, cuando son ciertos e indiscutibles, pues su naturaleza es irrenunciable de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política. Lo que implica que las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho, por lo que no deben agotar el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

REINTEGRO POR SUPRESION DEL CARGO – Es obligatoria tramitar la conciliación extrajudicialmente frente a la posibilidad de optar entre el reintegro o la indemnización / CONCILIACION EXTRAJUDICIAL – Es obligatorio su tramite frente a la supresión del cargo al existir la posibilidad de optar entre el reintegro o la indemnización

El demandante pretende que se declare la nulidad del acto ficto que negó su solicitud de reintegro al cargo que desempeñaba, el cual fue suprimido, y como consecuencia de tal declaración, que se condene a la accionada a reintegrarlo al cargo de Auxiliar Código 565, Grado 09, de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Cartagena de Indias D.T. y C y, a pagarle los sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir. Como quiera que el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, le otorgó a este tipo de empleados la facultad de escoger entre el reintegro a un cargo similar al suprimido o la indemnización correspondiente, sus intereses en este aspecto son susceptibles de disposición, por ende de conciliación. En ese orden de ideas, las pretensiones de la demanda presentada por el actor en ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del C. C.A. son de carácter económico, y no versan sobre derechos ciertos e indiscutibles, ni sobre otros asuntos cuyo carácter es no conciliable. Razón por la cual, la Sala considera que el ejercicio de la presente acción ésta sometido a la obligación de adelantar trámite de la conciliación extrajudicial, la cual no fue cumplida por el demandante.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 39

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veinte (20) de enero del año dos mil once (2011)

Radicación número: 13001-23-31-000-2009-00254-01(1823-09)

Actor: EQUIVALDO MERCADO CARRILLO

Demandado: DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS

Auto interlocutorio- Apelación

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 30 de julio de 2009 dictado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio del cual se rechazó la demanda formulada por el señor

Equivaldo Mercado Carrillo contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, por no haber agotado presuntamente el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., y actuando a través de apoderado, el señor Equivaldo Mercado Carrillo solicitó que se declarara la nulidad del acto ficto o presunto mediante el cual se negó su solicitud de reincorporación al cargo en el que se desempeñaba, que fue suprimido mediante la Resolución No. 0462 de 2001, de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se que ordene a la entidad demandada a reintegrarlo en el cargo en que se venía desempeñando, o uno de igual o superior jerarquía.

También pidió que se condene a la accionada a pagar los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir, desde la fecha de desvinculación hasta la fecha de su reintegro.

Finalmente, solicitó que se condene a la accionada a pagar las costas del proceso.

El Tribunal Administrativo de Bolívar por medio de auto de 30 de julio de 2009 rechazó la demanda formulada por el actor, al considerar que en el caso sub judice no se agotó el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 42A de la Ley 270 de 1996¹, adicionado por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal rechazó la demanda presentada por Equivaldo Mercado Carrillo por las razones que se resumen a continuación (fls. 21-23):

Luego de citar los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009 y 2º del Decreto 1716 de 2009, reglamentario de la primera disposición, el Tribunal señaló que la conciliación extrajudicial es un requisito de procedibilidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual.

¹ Estatutaria de la administración de justicia.

En ese orden de ideas, señaló el A quo que la presente acción persigue la nulidad de un acto administrativo ficto y como consecuencia, el restablecimiento del derecho de la parte actora de tipo económico, materia que no fue excluida por el artículo 2º, parágrafo 1º, del decreto arriba referido, por lo que no le asiste la razón al actor cuando manifiesta que no es necesario agotar este requisito de procedibilidad.

Por lo anterior, se concluyó en la providencia recurrida que el ejercicio de la referida acción está condicionado respecto a su procedibilidad al adelantamiento del trámite de la conciliación prejudicial, sin embargo, advirtió que en el expediente no obra constancia alguna de la solicitud de dicha conciliación, razón por la cual rechazó de plano la demanda.

III. EL RECURSO

La parte demandante interpuso recurso de apelación, en el cual expone los siguientes argumentos (fls. 24-26):

En primer lugar, señaló que la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho limita la posibilidad de llevar a cabo conciliaciones como requisito de procedibilidad, toda vez que la nulidad de los actos administrativos sólo procede cuando éstos han violado el orden constitucional o legal por alguna de las causales establecidas en el C. C. A., en ese sentido, arguyó que la violación de normas de rango superior en de ninguna forma puede ser objeto de conciliación.

Asimismo, señaló que tampoco es posible conciliar las pretensiones de contenido económico que constituyen el restablecimiento del derecho, toda vez que éste se concede como consecuencia de la transgresión al orden jurídico por parte de las autoridades, las cuales están en la obligación de cumplir la Constitución y la ley.

Resaltó el apelante que las disposiciones contenidas en la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009, que en su parecer socavan el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, fueron expedidas bajo las directrices de códigos, entre estos el Código Contencioso Administrativo, que desarrollaron la derogada Constitución de 1886, norma que fue derogada por la Constitución de 1991, y por ende, dichos reglamentos se encuentran derogados.

Por otro lado, manifestó el recurrente que la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009 se limitan a establecer que en aquellos asuntos que sean susceptibles de conciliación, ésta será requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C. C. A., sin embargo, señaló que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sólo es susceptible de conciliación si se procede así: (i) la entidad accionada debe revocar su acto administrativo y conciliar las pretensiones de contenido económico, (ii) si los asuntos son susceptibles de conciliación.

Aunado a lo anterior, afirmó que los casos enunciados en el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto 1716, están enunciados a manera de ejemplo y en ningún caso son taxativos.

Consecuentemente con lo anterior, afirmó que ni la ley y el decreto mencionados establecen que todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de contenido económico necesariamente tienen que agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico

Procede la Sala a establecer si previamente a la interposición de la presente demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C. C.A., el accionante debía agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

4.2. Generalidades de la conciliación extrajudicial en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con la expedición de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009 el legislador introdujo varias modificaciones a la Ley 270 de 1996, entre ellas, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa.

Sobre el particular, el artículo 13 de la Ley 1285 señaló como presupuesto procesal, para el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y controversias contractuales, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial. En los términos de la norma:

“ARTÍCULO 13. Apruébase 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.”.

En primer lugar, la Sala considera necesario precisar, en atención a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, que este mecanismo alternativo de solución de conflictos no está diseñado para transigir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido particular, sino sobre los efectos económicos producidos con su expedición.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C- 713 de 2008², al llevar a cabo la revisión previa del proyecto de ley estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara “por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, que posteriormente se promulgó como la referida Ley 1285, expuso lo siguiente:

“(…) 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 CCA. 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 CCA.

En este último evento resulta razonable aceptar la exigencia de conciliación prejudicial, pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial (sic), y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto, que se ventila a través de la acción de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art.237-2 de la Constitución Política). En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo 13 del proyecto.(…)”

² M. P. Clara Inés Vargas Hernández

Aclarado lo anterior, considera la Sala que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 debe ser armonizado para el caso con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998³, para entender como funciona este mecanismo de solución de conflictos cuando se pretende conciliar sobre los efectos patrimoniales de un acto administrativo, en ese orden, la administración y el afectado, sólo podrán transigir sobre un eventual restablecimiento de tipo económico del derecho conculcado por la expedición del acto, siempre y cuando en el escenario propuesto para la solución amistosa se tenga conocimiento de alguna de las causales de revocatoria directa de la decisión administrativa descritas en el artículo 69 del C. C. A.

Se reitera que la administración no concilia sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, sólo respecto a sus efectos económicos cuando advierte la ilegalidad manifiesta del mismo, determinación que debe ser avalada por el Juez de lo Contencioso Administrativo al revisar el acuerdo conciliatorio, por ser el llamado establecer de forma definitiva la conformidad de la decisión administrativa con el ordenamiento jurídico.⁴

Así las cosas, se concluye que para que se pueda transigir sobre los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular, se deben cumplir dos condiciones: i) que con la expedición del acto se incurra en alguna de las causales de revocación directa establecidas en el artículo 69 del C. C. A., es decir, cuando la administración advierta una ilegalidad o inconstitucionalidad manifiesta, una contravención al orden público o la producción de un perjuicio injustificado y; ii) que la cuestión verse sobre derechos o asuntos susceptibles de disposición.

³ Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

⁴ En la Sentencia C- 713 de 2008, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 2 del artículo 13 del proyecto de reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el cual establecía que las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo Contencioso Administrativo únicamente requerirían revisión de la Jurisdicción cuando así lo solicitara y sustentara el Ministerio Público. Lo anterior, toda vez que en los asuntos de esta naturaleza está involucrado el patrimonio público, de modo que el Congreso debe ser particularmente cauteloso y riguroso en el diseño de mecanismos de control judicial, buscando siempre ampliar las medidas de protección al erario. Además, porque en muchas ocasiones el acuerdo conciliatorio implica un análisis sobre la legalidad de actos administrativos, asunto que por su naturaleza está reservado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Consecuentemente con lo anterior, la Sala considera que no puede afirmarse que por discutirse la legalidad de un acto administrativo no pueda acudir a la conciliación de sus efectos patrimoniales, como lo manifiesta la parte actora.

4.3. Excepciones al deber de agotar la etapa de conciliación extrajudicial.

En atención a que el legislador estableció como única excepción a la obligación de agotar el requisito de procedibilidad para ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C.A., que el asunto sobre el que recae el acto administrativo no sea conciliable dada la naturaleza de los derechos o los temas involucrados, resulta necesario determinar cuáles asuntos tienen ese carácter.

Al respecto, se advierte que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 no señaló pautas o criterios que le permitieran al juez identificar la naturaleza de los asuntos que eventualmente pueden someterse al trámite de la conciliación extrajudicial.

En ese orden de ideas, el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo en comento, estableció unas pautas para determinar si un asunto es o no de carácter conciliable, en efecto, el artículo 2º del Decreto 1716 de 2009 señala lo siguiente:

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

De conformidad con el artículo transcrito, no son conciliables, y por lo tanto no resulta necesario el agotamiento del requisito de procedibilidad, los asuntos que versen sobre conflictos tributarios y, las controversias que se deben ventilar a través de los procesos de ejecutivos de los contratos estatales. Por otro lado, la disposición transcrita señala que el agente del Ministerio Público no podrá avalar un acuerdo conciliatorio cuando observe que se ha configurado la caducidad de la

acción, y en caso que ésta se realice el juez de lo contencioso administrativo deberá declararla ilegal.

Asimismo, la Sala considera que no es procedente la conciliación cuando con ella se pretende disponer de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social, siempre que éstos se hayan obtenido con el lleno de los requisitos señalados en la ley, es decir, cuando son ciertos e indiscutibles, pues su naturaleza es irrenunciable de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política. Lo que implica que las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho, por lo que no deben agotar el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.⁵

4.3. El caso concreto.

Con las precisiones hechas arriba, resta estudiar si el presente asunto se encuentra incluido dentro de aquellos que no son susceptibles de conciliación extrajudicial.

Previamente, resulta importante resaltar que la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, debe ser analizada en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio.

En el sub judice se observa que el demandante pretende que se declare la nulidad del acto ficto que negó su solicitud de reintegro al cargo que desempeñaba, el cual fue suprimido, y como consecuencia de tal declaración, que se condene a la accionada a reintegrarlo al cargo de Auxiliar Código 565, Grado 09, de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Cartagena de Indias D.T. y C y, a pagarle los sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir.

Sobre el asunto objeto de controversia, el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, norma aplicable al caso concreto, prescribe:

⁵ En el mismo sentido, se ha pronunciado esta Sección: Sentencia de 6 de abril de 2010, Exp. 2010-00002. M. P. Luis Rafael Vergara Quintero; Sentencia de 8 de marzo de 2010. Exp. 2009-01920. M. P. Luis Rafael Vergara Quintero; Auto de 19 de noviembre de 2009. Exp. 0728-09. M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Auto de 11 de marzo de 2010. Exp. 1563-2009. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

“Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.”(Subrayado fuera de texto).

En armonía con el artículo transcrito, como quiera que la ley le otorgó a este tipo de empleados la facultad de escoger entre el reintegro a un cargo similar al suprimido o la indemnización correspondiente, sus intereses en este aspecto son susceptibles de disposición, por ende de conciliación.⁶

En ese orden de ideas, las pretensiones de la demanda presentada por el actor en ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del C. C.A. son de carácter económico, y no versan sobre derechos ciertos e indiscutibles, ni sobre otros asuntos cuyo carácter es no conciliable. Razón por la cual, la Sala considera que el ejercicio de la presente acción ésta sometido a la obligación de adelantar trámite de la conciliación extrajudicial, la cual no fue cumplida por el demandante.

Por las anteriores consideraciones, para la Sala es imperativo confirmar el auto apelado, toda vez que el acto administrativo acusado es de contenido económico y es posible conciliar sus efectos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”:

V. RESUELVE:

CONFÍRMASE el auto de 30 de julio de 2009 proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio del cual se rechazó la demanda presentada

⁶ Sobre el carácter conciliable de los derechos en situaciones con contornos fácticos y jurídicos similares, esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, a manera de ejemplo tenemos el auto de 10 de octubre de 2002, Exp. 2017-02, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en aquella ocasión se aprobó un acuerdo conciliatorio producto de la supresión del cargo de una docente cobijada por el fuero de escalafón de carrera administrativa, la cual se produjo por la creación de un nuevo municipio, en atención a que éste recaía sobre derechos conciliables y no era lesivo para los intereses de la Administración.

por el señor Equivaldo Mercado Carrillo, por no cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial establecido por la Ley 1285 de 2009.

Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA