



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: **ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2018-04260-00**

**Actor: JAMES TORO PABÓN**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO**

Asunto: Acción de tutela – fallo de primera instancia – Ampara el derecho de acceso a la administración de justicia – Análisis del defecto sustantivo por indebida aplicación de las normas procesales que exigen la conciliación prejudicial – Se reitera posición de la Sección sobre el carácter irrenunciable del salario.

### OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la solicitud formulada por el señor **James Toro Pabón**, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991 y en el numeral 2° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Solicitud de amparo

**1.1.** Mediante escrito radicado el **14 de noviembre de 2018<sup>1</sup>**, en la Secretaría General de esta Corporación, el señor **James Toro Pabón**, por intermedio de apoderada judicial, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Atlántico, para reclamar

---

<sup>1</sup> Folios 1 al 7.



el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, así como de los principios constitucionales “*de favorabilidad, eficacia, economía y celeridad.*”

1.2. Tales derechos y principios los consideró vulnerados con ocasión de la providencia del 26 de septiembre de 2018, dictada por la referida autoridad, que confirmó el auto proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Barranquilla el 27 de febrero de 2018, que declaró probada la excepción de inepta demanda, por falta de requisitos sustantivos, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el actor contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

### 1.3. Pretensiones

1.3.1. A título de amparo constitucional, el actor solicitó que “*Ordene al Tribunal Administrativo del Atlántico – Seccional Barranquilla – Sala de Decisión “A” que acoja los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado referente a la conciliación prejudicial, las (sic) cuales en términos generales han manifestado que tratándose de las prestaciones periódicas, como salarios, en vigencia del vínculo laboral (como es el caso concreto) los cuales no son susceptibles de conciliación, porque no hay lugar a transacción por ser derechos ciertos e indiscutibles y por ende irrenunciables, razón por la cual NO requieren del requisito de conciliación prejudicial.*”

1.3.2. En consecuencia, la parte actora pidió “*DEJAR SIN EFECTOS el fallo proferido el día 26 de septiembre de 2018 por Tribunal Administrativo del Atlántico – Seccional Barranquilla – Sala de Decisión “A”, con ponencia de la Magistrada Judith Romero Ibarra que resolvió confirmar la decisión de fecha 27 de febrero de 2018 mediante la cual el Juzgado Octavo Oral Administrativo declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado número 08-001-33-33-001-2017-00174-00 incoado por JAMES TORO PABON contra el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.*”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Folio 3 vuelto del expediente de tutela.



## 1.4. Sustento de la solicitud

**1.4.1.** Para fundamentar la protección constitucional, la parte actora consideró que se vulneraron los derechos fundamentales referidos, al exigir el requisito de conciliación prejudicial, pues con ello se desconocen *“los derechos tanto de rango constitucional como legal que resultan aplicables en desarrollo de la normatividad vigente al caso concreto, lo que da como resultado que se rechace la demanda, cuando hay un sinnúmero de demandas, que pasan a ser más de miles, en curso y otro número igual en vía gubernativa, donde la jurisdicción contencioso administrativa, por considerar que tienen los mismos elementos fácticos, objetivos y legales, ha venido profiriendo sentencias definitivas sin exigir el requisito de conciliación prejudicial, en consideración a que se trata del reclamo de derechos ciertos e indiscutibles que conforme al artículo 53 superior no son conciliables”*.<sup>3</sup>

**1.4.2.** El actor alegó que sustentó la pretensión de reconocimiento y pago de la acreencia laboral en lo dispuesto por el artículo 53 Constitucional y señaló que la certeza del derecho cuyo reconocimiento reclama radica en la existencia de una norma vinculante para la entidad accionada que fija el monto del salario que debe ser pagado al demandante al haber hecho tránsito de soldado voluntario a soldado profesional.

**1.4.3.** Agregó que, la Sección Segunda del Consejo de Estado dictó sentencia de unificación de jurisprudencia el 25 de agosto de 2016<sup>4</sup>, sobre el incremento salarial de los soldados voluntarios y la correcta interpretación del inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, a la cual la entidad demandada del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho no le ha dado una correcta aplicación.

**1.4.4.** Alegó la existencia de un defecto sustantivo, por considerar que se dio una indebida aplicación a los artículos 42 A de la Ley 270 de 1996<sup>5</sup> y 161 numeral 1º de la Ley 1437 de 2011<sup>6</sup>, en virtud

<sup>3</sup> Folio 4 del expediente de tutela.

<sup>4</sup> Radicado Número 85001333300220130006001, con ponencia de la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>5</sup> “ARTÍCULO 42A. **CONCILIACIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.** <Artículo adicionado por el artículo 13 de la Ley 1285



de los cuales la conciliación solo puede exigirse si el derecho que se reclama es renunciable.

## 2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los hechos que a continuación se relacionan, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

**2.1.** El señor **James Toro Pabón**, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio número 20173170356581 MDN-CGFMCOEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER del 6 de marzo de 2017, suscrito por el Oficial de la Sección Nómina Ministerio de Defensa Nacional – Comando General Fuerzas Militares Ejército Nacional – Dirección de Personal, por medio del cual se le negó la solicitud de *“reajuste de la asignación salarial mensual, conforme a los factores y porcentajes legales, a la liquidación de un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta (60%) por ciento.”*

**2.1.1.** El demandante solicitó, a título de restablecimiento del derecho, que se condenara al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional al reconocimiento y pago del reajuste de la asignación salarial mensual, conforme a lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 1º de septiembre de

---

de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> **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.”**

<sup>6</sup> **“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. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.”



2000<sup>7</sup>.

**2.1.2.** La parte actora sustentó la pretensión de reajuste del salario devengado en los siguientes supuestos fácticos:

**2.1.2.1.** El demandante ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario en vigencia de la Ley 131 de 1985, siendo aceptado como soldado voluntario conforme a la Ley 131 de 1985, según la Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército No 1008, teniendo esta calidad para el 31 de diciembre de 2000.

**2.1.2.2.** Sin solución de continuidad, por decisión del Ejército Nacional el demandante, al igual que todos los soldados voluntarios, pasaron a ser denominados soldados profesionales a partir del 1° de noviembre de 2003, fecha desde la cual su vinculación ha estado regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y, posteriormente, por el Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004.

**2.1.2.3.** El actor fue incorporado como soldado profesional por Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército No. 1175 del 20 de octubre de 2003 y continúa vinculado al servicio activo del Ejército Nacional, recibiendo una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un cuarenta por ciento (40%).

**2.2.** El Juzgado Octavo Administrativo Oral de Barranquilla, en el trámite de la audiencia inicial, declaró probada la excepción de inepta demanda por falta de requisitos sustantivos y procesales, por no haberse agotado del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial.

**2.3.** Para arribar a la citada resolutive, consideró que las

---

<sup>7</sup> **ARTICULO 1o. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.



pretensiones de la demanda no se referían a derechos ciertos e indiscutibles y, en consecuencia, debió haberse agotado el requisito de la conciliación, pues se trataba de la reliquidación de prestaciones sociales.

**2.4.** La parte actora interpuso recurso de apelación que fue resuelto por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en providencia del 26 de septiembre de 2018, confirmando la decisión recurrida.

**2.5.** El Tribunal consideró que *“Conforme a las pretensiones del actor, es claro que el derecho reclamado es la reliquidación de la asignación de salario, lo que significa que el actor no cuestiona ni persigue el pago de sus derechos laborales por salarios debidos, ni por cesantía adeudada, su inconformidad se centra en la cuantía de la base con la que se liquidaron y pagaron, pues considera que se utilizó el 40% cuando debió ser la variable del 60%”*.

**2.5.1.** Precisó que la parte actora no estaba reclamando beneficios laborales *“como el pago del salario de las cesantías ni de la prima de servicios y vacaciones por cuanto estos ya se encuentran reconocidos, lo que solicita es la reliquidación de la cuantía recibida por esos derechos, que al tenor del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 sí puede ser conciliable, pues se trata de obtener una suma superior a la que determina la entidad demandada aspecto que puede ser sujeto de acuerdo por el empleador.”*<sup>8</sup>

**2.5.2.** Advirtió que, comoquiera que se pretende la reliquidación de cesantías, prima de servicios y vacaciones, al variar la base prestacional, se considera que éstas no son prestaciones periódicas.

### **3. Actuaciones procesales relevantes**

#### **3.1. Admisión de la demanda**

**3.1.1.** Mediante auto del 23 de noviembre de 2018<sup>9</sup>, la Consejera que funge como ponente admitió la demanda de tutela, dispuso

<sup>8</sup> Folio 86 del cuaderno principal y cd anexo.

<sup>9</sup> Folios 25 y 26 del expediente de tutela.



Acción de tutela – Fallo de primera instancia

Actor: James Toro Pabón

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO

Rad.: 11001-03-15-000-2018-04260-00

que se notificara al demandante y a la autoridad judicial demandada.

**3.1.2.** Asimismo, ordenó notificar al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla y a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como tercero interesados en las resultas del proceso.

## **3.2. Contestaciones**

### **3.2.1. Informe de la autoridad accionada – Tribunal Administrativo del Atlántico**

**3.2.1.1.** La Magistrada Ponente de la decisión censurada rindió informe del 4 de diciembre de 2018, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora.

**3.2.1.2.** Agregó que, en el caso concreto, no se configura alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial que la Corte Constitucional ha establecido.

### **3.2.2. Informe de los terceros vinculados**

#### **3.2.2.1. Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional**

Guardó silencio.

#### **3.2.2.2. Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla**

Guardó silencio, no obstante estar debidamente notificado, según constancia obrante a folio 20 del cuaderno principal del expediente de tutela.



## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la petición de amparo constitucional efectuada por el señor **James Toro Pabón**, según lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, el Decreto 1069 de 2015 y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena.

### 2. Problemas jurídicos

2.1. De cara al examen de la situación expuesta por el accionante y del material probatorio recaudado, los problemas jurídicos que subyacen al caso concreto son los siguientes:

2.1.1. Si concurren en la presente solicitud de protección constitucional los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela que hagan procedente el estudio de fondo de los derechos fundamentales invocados.

2.2.2. En el evento que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, se resolverá si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales del actor al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la igualdad, con ocasión del proferimiento de la providencia censurada.

2.2.3. Concretamente, se abordará el subproblema referido a si el auto interlocutorio que resolvió el recurso de apelación incurrió en desconocimiento del precedente y en defecto sustantivo, al concluir que en el caso concreto debió agotarse el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial y que al no haberse efectuado ello, la demanda resultaba inepta.

2.2.4. Por razones de orden metodológico, se analizarán los siguientes temas *i)* procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; *ii)* estudio de los requisitos de procedibilidad adjetiva; y *iii)* análisis del caso en concreto con fundamento en los cargos expuestos en el libelo introductorio.



Acción de tutela – Fallo de primera instancia

Actor: James Toro Pabón

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO

Rad.: 11001-03-15-000-2018-04260-00

### 3. Razones jurídicas de la decisión

#### 3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

3.1.1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>10</sup> **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema<sup>11</sup> y declaró su **procedencia**.<sup>12</sup>

3.1.2. Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

3.1.3. Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

<sup>10</sup>Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González.

<sup>11</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>12</sup> Se dijo en la mencionada sentencia **“DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”**



**3.1.4.** Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural. Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

## **3.2. Análisis de los requisitos adjetivos de procedibilidad**

La Sala analizará si la presente acción cumple los siguientes requisitos de procedibilidad adjetiva *i)* que no se trate de tutela contra tutela, *ii)* la inmediatez y *iii)* la subsidiariedad, es decir el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección de los derechos que se dicen vulnerados.

### **3.2.1. Tutela contra tutela**

En la presente solicitud de amparo se advierte que no se trata de una **tutela contra tutela**, puesto que la providencia judicial que censura la parte actora, fue proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **James Toro Pabón** contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

### **3.2.2. Inmediatez**

**3.2.2.1.** Frente al requisito de inmediatez se ha insistido en que la acción de tutela debe incoarse en un plazo razonable<sup>13</sup>, el cual debe ser ponderado por el juez en cada caso, pues de lo contrario se desconocería el alcance jurídico establecido por el constituyente y se desvirtuaría su finalidad de ser un medio de

---

<sup>13</sup> Dicha criterio fue expuesto en la sentencia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Así mismo, reiterado entre otras en: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 26 de febrero del 2015, Radicación 2015-00045-00, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 15 de octubre del 2015, Radicación 2015-01605-01, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.



protección actual, inmediato y efectivo<sup>14</sup>.

**3.2.2.2.** De acuerdo con lo anterior, esta Sección<sup>15</sup> ha considerado como plazo prudencial el de seis (6) meses desde la ocurrencia del hecho generador –el cual lo constituye en acciones dirigidas contra providencia judicial la ejecutoria de la decisión cuestionada- que da lugar a la solicitud de protección y la presentación de la misma, y cuando este es excesivo se declara su improcedencia.

**3.2.2.3.** No obstante, se debe analizar en cada caso si median razones suficientes que justifiquen el retardo, como para omitir su consideración y entrar al fondo del debate jurídico planteado.

**3.2.2.4.** En relación con el acatamiento del requisito de inmediatez en el *sub examine*, la Sala advierte que el actor reprocha el auto interlocutorio de segunda instancia dictado el **26 de septiembre de 2018**, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, notificado por estado el 10 de octubre de 2018, ejecutoriado el 15 de octubre de la citada anualidad, por lo que la acción de tutela se tiene como presentada en forma oportuna, un toda vez que la petición de amparo se radicó el **14 de noviembre de 2018**, esto es sin que hubiera transcurrido un término superior a seis meses.

### **3.2.3. Subsidiariedad**

**3.2.3.1.** En lo referente a la **existencia de otro mecanismo de defensa** para controvertir la decisión que, en concepto de la parte actora, vulnera sus derechos fundamentales, se advierte que no cuenta con otro medio de defensa judicial ordinario para el efecto,

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-290 de 14 de abril de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>15</sup> Ver sentencias: de 18 de abril de 2013 Rad. No. 11001-03-15-000-2012-01172-01, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia; 3 de julio de 2013. Rad. No. 11001-03-15-000-2012-01891-01, 12 de agosto de 2013 Rad. No. 11001-03-15-000-2013-1435-00 Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; 3 de julio de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00142-01, 12 de septiembre de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02203-01, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro; 21 de septiembre de 2016, Rad. 11001-03-15-000-2016-01549-01, Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, 10 de mayo de 2018, Rad. 11001-03-15-000-2018-00592-00, M.P. Rocío Araújo Oñate, entre otras.



por cuanto la providencia censurada resolvía el recurso de apelación que interpuso oportunamente la parte actora.

**3.2.3.2.** Tampoco proceden en el caso concreto los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia, por cuanto se trata de un auto interlocutorio y si bien el mismo pone fin al proceso, las causales de procedencia invocadas no se ajustan a las establecidas en las normas procesales que regulan tales recursos.

Al estar superados los requisitos de procedibilidad adjetiva, corresponde a la Sala estudiar el fondo del asunto.

### **3.3. Caso concreto**

#### **3.3.1. Alegación de la parte actora**

**3.3.1.1.** La Sala advierte que estudiará en forma conjunta los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente invocados por la parte actora como sustento de su petición de amparo constitucional, por tener ellos el mismo fundamento fáctico y jurídico, al haber atribuido la vulneración de sus derechos fundamentales a la declaratoria de la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, por parte de las autoridades judiciales accionadas en las providencias censuradas en sede de tutela.

**3.3.1.2.** En efecto, el reproche de la parte actora consiste en que el despacho judicial tutelado incurrió en defecto sustantivo al aplicar indebidamente los artículos 42 A de la Ley 270 de 1996 y 161 numeral 1º de la Ley 1437 de 2011, en virtud de los cuales la conciliación solo puede exigirse si el derecho que se reclama es renunciable, comoquiera que lo pretendido en el medio de control es el reajuste de la asignación salarial mensual, que es una prestación periódica y un derecho que tiene el carácter de irrenunciable, cierto e indiscutible.

**3.3.1.3.** Adicionalmente, el actor considera que se desconocieron



Acción de tutela – Fallo de primera instancia

Actor: James Toro Pabón

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO

Rad.: 11001-03-15-000-2018-04260-00

los precedentes contenidos en pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la naturaleza de los asuntos que pueden someterse a conciliación y aquellos que se refieren a la certeza e indiscutibilidad del derecho que reclama –incremento salarial de soldados profesionales–, características éstas que se derivan de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 y la interpretación contenida en la sentencia de unificación de jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016.

### **3.3.2. Apreciación de las pruebas incorporadas a la actuación**

**3.3.2.1.** Al valorar las pruebas allegadas a la actuación, en especial las consideraciones expuestas en las providencias censuradas para declarar probada la excepción de inepta demanda, encuentra la Sala que la autoridad accionada interpretó en forma equivocada las pretensiones de la demanda, toda vez que consideró que la reclamación judicial recaía sobre la reliquidación de las prestaciones sociales reconocidas al demandante –primas, cesantías y vacaciones,– y que, en consecuencia, ello era susceptible de conciliación, toda vez que se buscaba incrementar la base salarial de la liquidación efectuada por la entidad demandada.

**3.3.2.2.** En efecto, al resolver el recurso de apelación, el Tribunal Administrativo del Atlántico consideró que la parte actora no estaba reclamando beneficios laborales *“como el pago del salario de las cesantías ni de la prima de servicios y vacaciones por cuanto estos ya se encuentran reconocidos, lo que solicita es la reliquidación de la cuantía recibida por esos derechos, que al tenor del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 sí puede ser conciliable, pues se trata de obtener una suma superior a la que determina la entidad demandada aspecto que puede ser sujeto de acuerdo por el empleador.”*<sup>16</sup>

**3.3.2.3.** Sin embargo, de la lectura de la demanda ordinaria de nulidad y restablecimiento incoada por el actor se desprende con meridiana claridad que el demandante lo que pretendió fue el

<sup>16</sup> Folio 86 del cuaderno principal y cd anexo.



incremento del salario devengado como soldado profesional, actualmente vinculado al Ejército Nacional, con fundamento en la norma jurídica que regula su cuantía y la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado que fijó la adecuada interpretación y aplicación de ésta, lo que impacta en la liquidación de las demás prestaciones económicas.

### 3.3.3. Análisis de los defectos alegados

**3.3.3.1.** La alegación de la parte actora torna imperativo precisar cuándo una controversia en materia laboral es un asunto transigible y los eventos en que no lo es, para lo cual se debe identificar si el derecho que se alega es incierto y discutible o, por el contrario, goza de certeza, evento éste último en el cual no habría lugar a la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de la acción.

**3.3.3.2.** Lo anterior con fundamento en lo señalado por el artículo 53 de la Constitución Política<sup>17</sup> que le confiere el carácter de irrenunciables a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, encontrando que el salario –que se reitera fue el objeto de la reclamación en sede de nulidad y restablecimiento– tiene tal carácter.

**3.3.3.3.** De lo expuesto, se puede concluir que el actor no estaba obligado a agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad teniendo en cuenta que, tal como lo alegó, tanto esta Corporación como la Corte Constitucional<sup>18</sup> han considerado que uno de los beneficios irrenunciables que ostentan los trabajadores es el salario y en esa medida se constituye como un “derecho cierto o adquirido”<sup>19</sup>, lo que, a su vez implica que el servidor público o el trabajador no pueden “negociar, transigir, desistir o renunciar a un derecho que la ley laboral establezca como mínimo e

<sup>17</sup> “...Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles...”

<sup>18</sup> Ver entre otras, sentencia T- 149 de 1995; T-592 del 2009; Sentencia T-426/14.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de octubre de 2016, Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, rad. 11001-03-15-000-2016-02357-00.



*irrenunciable”.*

**3.3.3.4.** En virtud de lo expuesto en precedencia se advierte que, efectivamente, la autoridad accionada le dio una interpretación errónea a las normas jurídicas que consagran la conciliación como requisito de procedibilidad en relación con derechos transigibles, esto es a los artículos 42 A de la Ley 270 de 1996 y 161 numeral 1º de la Ley 1437 de 2011, lo que conllevó a que se vulneraran los derechos del actor al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

**3.3.3.5.** Lo anterior, por cuanto tales normas procesales de orden público y de ineludible cumplimiento indican que el requisito procede **“cuando los asuntos sean conciliables”** y en el *sub examine* el derecho laboral reclamado por el accionante es intransigible e irrenunciable por su carácter de cierto e indiscutible, en virtud de referirse al incremento de su asignación salarial mensual, de tal manera que se estima que no era válido que se exigiera el agotamiento del requisito prejudicial y se declarara probada la excepción de inepta demanda

**3.3.3.6.** Así lo concluyó esta Sección, en la sentencia del 5 de julio de 2018<sup>20</sup>, en la que se analizó un caso con idénticos presupuestos fácticos y jurídicos y se precisó que la reclamación salarial del accionante hacía referencia a un derecho cierto e indiscutible, de tal manera que la existencia de la conciliación resultaba contraria al ordenamiento jurídico e impedía el acceso a la administración de justicia.

### **3.3.4. Conclusión y protección de los derechos fundamentales invocados**

**3.3.4.1.** Al encontrar que efectivamente se presentó la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte actora, por haber incurrido la providencia censurada en defecto sustantivo por indebida interpretación de las normas procesales alegadas

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de julio de 2018, Rad. 11001-03-15-000-2018-01784-00(AC), M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio



como desconocidas, la Sala concederá el amparo constitucional solicitado.

**3.3.4.2.** Para el efecto, por razones de economía procesal y celeridad, dejará sin efectos los proveídos del **26 de febrero de 2018** del Juzgado Octavo Oral Administrativo de Barranquilla y del **26 de septiembre de 2018**, dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico que confirmó la decisión de declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado número 08-001-33-33-001-2017-00174-00 incoado por James Toro Pabón contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

**3.3.4.2.** En consecuencia, dispondrá la devolución del expediente al despacho judicial de primera instancia para que éste dicte una nueva providencia, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia, para lo que se le concederá un término improrrogable de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente fallo.

### III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del ciudadano **James Toro Pabón**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DEJAR** sin efectos los autos interlocutorios del **26 de febrero de 2018** del Juzgado Octavo Oral Administrativo de Barranquilla y del **26 de septiembre de 2018**, dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico que confirmó la decisión de declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la



Acción de tutela – Fallo de primera instancia

Actor: James Toro Pabón

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO

Rad.: 11001-03-15-000-2018-04260-00

demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado número 08-001-33-33-001-2017-00174-00 incoado por James Toro Pabón contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

**TERCERO:** En consecuencia, se **ORDENA** al Juzgado Octavo Oral Administrativo de Barranquilla, que en el término improrrogable de diez (10) días, contados a partir de la notificación de este proveído, dicte una nueva providencia teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de este fallo.

**CUARTO: NOTIFICAR** a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**QUINTO:** Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ROCÍO ARAÚJO ONATE**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

