

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Bogotá D.C., seis (06) de agosto de dos mil quince (2015).

EXPEDIENTE N°: 41001233300201200013 01.-

No. INTERNO: 0779-2013.-

ACTOR: PIEDAD PERTUZ MOLINA Y OTROS.-

DEMANDADO: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL
DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO – HUILA.-

ASUNTO: RECHAZO DEMANDA – REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD –
CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. -

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 13 de marzo de 2013 (fl.680), para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra auto interlocutorio de fecha 30 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila (Fl. 657 a 660) que rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la señora PIEDAD PERTUZ MOLINA y OTROS1 en contra de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO.

I- ANTECEDENTES

La señora PIEDAD PERTUZ MOLINA y OTROS, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda contra la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO, con la finalidad de que en sentencia se decrete la nulidad del Oficio DE-G-203 de 02 de abril del 20122, por medio del cual la Gerente de la Empresa Social del Estado3 le negó la reliquidación de las cesantías retroactivas solicitadas por los demandantes a través de petición de fecha 9 de marzo de 2012.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitaron los demandantes que la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Pitalito – Huila, reconozca y pague parcial o definitivamente la retroactividad de las cesantías, señaló que las mencionadas sumas deben ser indexadas de conformidad con la certificación sobre la variación del índice de precios al consumidor expedida por el DANE. La demanda se sustentó en los hechos sintetizados a continuación:

Las señoras Clara Helena Barrera Molina, Maricela Ortiz Murcia, Leonor Blanco Vargas, María del Carmen Peña, Piedad Pertuz Molina, María Emilia Puentes Artunduaga, Socorro Zambrano Moreno, Angélica Córdoba de Ramírez, Luz Marina Rivas Claros, María Adela Clavijo Hortua, Rosalba Carvajal Medina, Amanda Lucero Ordoñez Cruz, Ruth Dalila Parra, Carmen Peña de Luna, Nohemy Figueroa, Aydee Leyton de Cabrera y Etna Judith Pérez, fueron vinculadas laboralmente para que prestaran sus servicios en la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Pitalito Huila.



Al momento de la vinculación laboral de los demandantes, la legislación que regulaba la liquidación y pago de las cesantías era la establecida en la Ley 6ª de 194519, el Decreto 2755 de 196620, la Ley 65 de 194621 artículo 1º y el Decreto 1160 de 194722 y por tanto los ex servidores eran beneficiarios del régimen de retroactividad en las cesantías.

Con la entrada en vigencia de Ley 432 de 199823, el personal vinculado al sector territorial, puede afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, siempre y cuando medie autorización de los ex funcionarios para que la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito situé dichos recursos a través de ese Fondo.

A través de derecho de petición del 9 de marzo del 2012, las demandantes le solicitaron a la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito el reconocimiento de la reliquidación de las cesantías retroactivas, sin embargo, la entidad, mediante el oficio número DE – G – 203 de fecha 2 de abril de 2012, les negó la solicitud formulada.

A- Decisión apelada

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante auto de 30 de octubre de 2012 (Fl.657 a 660) declaró insubsistente los autos calendados el 8 de agosto24 y el 8 de octubre de 201225 y rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con fundamento a los siguientes argumentos:

Luego de admitida la demanda formulada por la señora Piedad Pertuz Molina y Otros en contra de la Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Antonio de Pitalito (fl. 650-652), la Sala del Tribunal Administrativo del Huila advirtió que ésta fue admitida sin cumplir el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161-1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo26.

Señaló que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia laboral, se predica de aquellos derechos que tengan el carácter de inciertos y discutibles y que en tratándose de la pretensión encaminada a solicitar la reliquidación retroactiva de las cesantías, el Tribunal consideró que por tratarse de una pretensión de naturaleza particular, subjetiva y de carácter económico, era imperativo agotar el requisito de la conciliación extrajudicial, previo a entablarse la demanda de la referencia.

B- Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación (Fl. 662 a 670) contra la providencia de 30 de octubre de 2012 por considerar que i) no es viable declarar “insubsistentes” los autos por medio de los cuales se inadmitió y posteriormente se admitió la demanda, y II) es contrario a derecho rechazar la demanda por la ausencia del requisito de procedibilidad, en tanto que se trata de derechos laborales ciertos e indiscutibles.

Aduce el recurrente que no puede exigirse el requisito de procedibilidad porque constitucional y legalmente se ha dicho que sólo cuando exista certeza de que el asunto sometido a litigio es incierto y discutible, debe agotarse la conciliación como requisito de procedibilidad.

Igualmente, el actor manifestó que no es posible so pena de vulnerar el principio de la inescindibilidad, pretender desligar el derecho al reconocimiento de la cesantía, del pago retroactivo de las mismas, porque precisamente lo que se ventila en el asunto es el régimen de cesantía de los demandantes que incluye tanto el derecho al reconocimiento como a la liquidación retroactiva del mismo.

CONSIDERACIONES

A- Competencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de los recursos de apelación en contra de las sentencias y autos dictados en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

De conformidad al artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación procede contra las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces entre otros contra el auto que rechaza la demanda.

C- Trámite

De conformidad al artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se advierte que el recurso de apelación interpuesto por las demandantes se tramita de acuerdo con la norma mencionada y por tanto se resuelve de plano el presente recurso, tal y como a continuación sigue:

D- Individualización del acto administrativo

El oficio DE – G – 203 de 2 de abril de 2012, expedido por la Gerente²⁹ de la Empresa Social del Estado, Hospital Departamental “San Antonio” de Pitalito negó la petición³⁰ de los demandantes³¹ encaminada a reconocer y pagar la reliquidación de las cesantías retroactivas por todo el tiempo laborado en la institución.

E- Problema jurídico

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por el actor (Fl. 662 a 670) en contra del auto de 30 de octubre de 2012 (fl. 657 a 660)³², los problemas jurídicos a resolver son los siguientes: i) establecer si la declaratoria de insubsistencia de la actuación procesal contenida en los autos de 8 de agosto y 8 de octubre de 2012 se encuentra ajustada a legalidad, ii) determinar si es obligatorio agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en el presente caso y iii) establecer si la ausencia del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial es causal de rechazo de la demanda.

F- Legalidad de la declaratoria de insubsistencia de la actuación procesal

La declaratoria de insubsistencia de las actuaciones procesales del 8 de agosto y del 8 de octubre de 2012 es viable en el entendido que cuando se advierte una irregularidad que no se encuadra en las causales de nulidad previstas en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, hay lugar a declarar la insubsistencia de los actos procesales.

Al respecto, el Consejo de Estado mediante auto de 13 de julio de 2000, expediente 17.58333, expresó:

“(...) la actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo (...)”

“(...) el error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores (...)”.

“(...) La Sala es del criterio que los autos ejecutoriados que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, en este caso por ausencia de requisitos para declarar la existencia de título ejecutivo, al no constituir ley del proceso en virtud de que no hacen tránsito a cosa juzgada, por su propia naturaleza de autos y no de sentencias, no deben mantenerse en el ordenamiento jurídico. (...)”

"(...) No es concebible que frente a un error judicial ostensible dentro de un proceso, no constitutivo de causal de nulidad procesal ni alegado por las partes, el juez del mismo proceso, a quo o su superior, no pueda enmendarlo de oficio (...)"

"Por consiguiente el juez: (...) no debe permitir con sus conductas continuar el estado del proceso, como venía, a sabiendas de una irregularidad procesal que tiene entidad suficiente para variar, en absoluto, el destino o rumbo del juicio; el juez no está vendado para ver retroactivamente el proceso, cuando la decisión que ha de adoptar dependería de legalidad real, y no formal por la ejecutoria, de otra anterior (...)"

"(...) Tal circunstancia conduce al juzgador que tome medidas sobre la irregularidad de lo actuado, en primer lugar, declarando el error advertido y, en consecuencia, la insubsistencia de lo actuado (...)"

En virtud lo anterior, se considera que **la figura de la insubsistencia de la actuación procesal es viable legalmente si se tiene como finalidad corregir "errores procesales" subsanables.**

G- Obligatoriedad de la conciliación prejudicial³⁴ como requisito de procedibilidad en el caso de la reliquidación de cesantías.

Sea lo primero señalar que de conformidad con el nuevo marco normativo - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, se tiene que uno de los requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales exigidos para formular la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se refiere a la conciliación extrajudicial contemplada en el artículo 161 numeral 1 *Ibidem*, que a la letra señala lo siguiente:

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.

De igual modo, se tiene que el Código General del Proceso, estableció respecto de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, lo siguiente:

Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como **tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.**

Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso.

En consideración a que las normas enunciadas atrás no señalaron de manera expresa los criterios que le permitan al juez identificar la naturaleza de los asuntos que eventualmente deberían someterse al trámite de la conciliación extrajudicial³⁵, se considera pertinente recordar que por regla

general, **son materia de conciliación aquellos derechos transables que tienen el carácter de inciertos y discutibles.**

No obstante lo anterior, en reciente jurisprudencia, la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial pasa a ser analizada en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio.

Así las cosas y como quiera que en el presente caso, se pretende la reliquidación de las cesantías definitivas de las accionantes, se considera que en el entendido de que estas no son una prestación periódica, sino unitaria, el requisito de procedibilidad debe agotarse.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado en reciente sentencia señaló lo siguiente:

En lo que concierne a las cesantías, parciales o definitivas, también ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación que no se constituye en una prestación periódica, sino unitaria, que, aún cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca.

De igual manera, el Consejo de Estado señaló³⁹, en tratándose de un caso similar que **al no discutirse la existencia del derecho al reconocimiento del auxilio de cesantías, sino el valor reconocido por el tiempo de prestación del servicio, la pretensión es de naturaleza particular, subjetiva y de carácter económico que puede ser objeto de transacción** y por lo tanto es necesario que la parte demandante cumpla con la carga de procesal de acreditar el agotamiento de la conciliación extrajudicial.

Por lo anterior, en relación a la solicitud de reliquidación de cesantías formulada por los demandantes a través de petición de 9 de marzo de 2012, se hace necesario exigir como presupuesto procesal el agotamiento de la conciliación prejudicial.

H- Del rechazo de la demanda por no agotamiento del requisito de procedibilidad.

De conformidad con el artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴⁰ las causales para rechazar la demanda son las siguientes:

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.

De acuerdo a la norma legal en cita, la falta de requisito de conciliación prejudicial no está enunciada como una causal de rechazo de plano de la demanda, motivo por el cual su consecuencia debe ser la inadmisión de la misma.

Sea oportuno mencionar que en igual sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencias del 30 de enero de 2014⁴¹ y el 21 de noviembre de 2013, señalaron:

*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 plano42.

En virtud a lo anterior y como quiera que **la consecuencia de no acreditar la conciliación prejudicial es la inadmisión** y no el rechazo de la demanda, se considera que a la parte demandante se le debe garantizar el derecho al debido proceso y en consecuencia se le debe brindar la oportunidad legal a que hay lugar para efecto de que acredite el cumplimiento del mencionado requisito, so pena de que el A quo rechace la demanda precisando los defectos por no corregirla en los términos aquí señalados.

En mérito de lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de primera instancia proferida por Tribunal Administrativo del Huila, el 30 de octubre de 2012, por medio de la cual declaró la insubsistencia de los autos de 8 de agosto y 8 de octubre de 2012 y rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Tribunal Administrativo del Huila que de no presentarse ninguna de las causales de rechazo contempladas en el artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, inadmita la demanda precisando los defectos, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DEVOLVER el proceso al Tribunal de origen para que siga el trámite legal, y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)
SLIV/EADP