



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho.

SE.022

Radicado: 110010325000201200458 00 (1900-2012)

Actor: Laureano Pérez Avella

Demandado: Procuraduría General de la Nación y departamento de Casanare.
Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984

La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹- que se tramitó en virtud de demanda interpuesta por el señor Laureano Pérez Avella en contra de la Procuraduría General de la Nación y el departamento de Casanare.

ANTECEDENTES

El señor Laureano Pérez Avella, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Procuraduría General de la Nación y al departamento de Casanare.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a) Decisión disciplinaria de primera instancia del 29 de mayo de 2009 mediante la cual la Procuraduría Regional de Casanare sancionó al demandante con destitución e inhabilidad de 15 años para ejercer cargos públicos.
- b) Decisión del 28 de septiembre de 2010 emitida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, a través de la cual se confirmó la sanción impuesta.

¹ Vigente para la época de la demanda.

c) Resoluciones 0024 del 25 de enero de 2011 y 0044 del 7 de febrero de la misma anualidad, proferidas por el gobernador de Casanare por medio de las cuales se ejecutó la sanción y se retiró del servicio al accionante, respectivamente.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se disponga lo siguiente:

i) Ordenar a la entidad demandada desanotar la sanción impuesta de los antecedentes disciplinarios.

ii) Reintegrar sin solución de continuidad al señor Laureano Pérez Avella al cargo de asesor, código 105, grado 01, que ocupaba en la gobernación de Casanare al momento de la desvinculación, o a uno de igual o superior jerarquía.

iii) Condenar a la accionada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que devengaba el demandante, entre ellas, las primas de navidad, servicios, vacaciones, cesantías y sus intereses, las cuales fueron dejadas de percibir desde el retiro, sumas respecto de las cuales deprecia su indexación.

iv) Condenar a las entidades demandadas al pago de costas procesales.

3. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

(ff. 4-5 c. ppal.)

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El 14 de julio de 2008 el señor Luis Alberto Yustre informó a la gobernación de Casanare que Laureano Pérez Avella, en calidad de asesor de la planta global del ente territorial, recibió dinero con el propósito de gestionar la revocatoria de la Resolución 508 de 2005 emitida por la Secretaría de Agricultura departamental, por medio de la cual se adjudicó un predio rural en favor de Pablo Jose Amaya Vargas.

2. La Oficina de Control Interno Disciplinario de la gobernación de Casanare el 21 de julio de 2008 inició investigación disciplinaria en contra del accionante, bajo el radicado 0648-2008. Posteriormente, el 22 de agosto de la misma anualidad, ordenó la suspensión provisional del disciplinado en su condición de asesor.

3. El 29 de septiembre de 2008 el disciplinado solicitó a la Procuraduría Regional de Casanare que, en ejercicio del poder preferente, asumiera la investigación en su contra. En razón a ello, el ente de control ordenó una visita especial al proceso, en la cual concluyó que la Oficina de Control Interno Disciplinario de la gobernación debía declarar la nulidad de lo actuado, como

quiera que dentro de este se trasgredieron los derechos de defensa y contradicción del señor Laureano Pérez Avella; y en consecuencia, levantar la suspensión provisional. No obstante, no se cumplió con dicho pedimento.

4. Luego, el 24 de noviembre de 2008 el viceprocurador general de la Nación resolvió ejercer el poder preferente sobre el asunto, remitiéndolo para el efecto a la Procuraduría Regional de Casanare; la cual bajo el radicado 058-04879-2009 profirió decisión disciplinaria de fecha 29 de mayo de 2009 a través de la cual sancionó a Laureano Pérez Avella con destitución e inhabilidad general de 15 años. Decisión que fue confirmada el 28 de septiembre de 2010 por parte de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

5. El gobernador de Casanare en cumplimiento de los fallos disciplinarios profirió las Resoluciones 0024 del 25 de enero de 2011 y 0044 del 7 de febrero de la misma anualidad, a través de las cuales ejecutó la sanción y ordenó el retiro del servicio del señor Laureano Pérez Avella.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 29 de la Constitución Política; 6, 9, 12, 17, 20, 118, 140, 141, 142, 143, 156, 163, 169 y 171 de la Ley 734 de 2002.

Como concepto de violación de la normativa invocada, expuso que los actos demandados incurrieron en los siguientes vicios:

a. Irregularidad por violación en el contenido de la decisión de cargos: Señaló que el pliego de cargos proferido dentro de la investigación disciplinaria no cumplió a cabalidad con los requisitos que prevé el artículo 163 de la Ley 734 de 2002.

Refirió que el ente investigador hizo mención de los hechos sin establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, omitió indicar la modalidad de la conducta y en el segundo cargo reprochó un comportamiento inexistente, que además de no ser objeto de indagación, sirvió como fundamento para imponer el correctivo disciplinario al señor Laureano Pérez Avella.

b. Vulneración del derecho al debido proceso, defensa, contradicción e indebida valoración probatoria: En primer lugar, afirmó que los términos preestablecidos por la ley para adelantar el proceso disciplinario, fueron desatendidos por la demandada, transgrediéndose el principio rector «El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código». Al respecto, expuso que:

i) La investigación disciplinaria se prolongó por más de seis meses, lapso que en virtud del artículo 156 de la Ley 734 de 2002 es suficiente para determinar si se adopta la decisión de cargos o se archivan las diligencias.

ii) Pese a que la Ley 734 de 2002 prevé que el operador disciplinario tendrá 20 días siguientes al vencimiento del periodo probatorio para proferir la decisión sancionatoria de primera instancia, en el *sub lite* la accionada dejó transcurrir 7 meses y 13 días, contados desde el 16 de octubre de 2008, cuando se expidió el pliego de cargos y el 29 de mayo de 2009, fecha en la que se emitió el fallo;

iii) No se señaló término probatorio;

iv) La decisión de segunda instancia se emitió vencidos los 45 días de que trata el artículo 171 de la Ley 734 de 2002, desconociéndose con ello las sentencias C-181 de 2002 y C-036 de 2003.

En segundo lugar, advirtió que las probanzas allegadas al proceso no son suficientes para demostrar la responsabilidad del señor Laureano Pérez Avella. Igualmente, denotó que aquellas que fueron decretas mediante auto del 16 de diciembre de 2009, a saber, documentos y testimonios², no fueron practicadas; así como tampoco se le corrió traslado de la declaración rendida por Rafael Alberto Gómez Vargas, lo que impidió que el disciplinado ejerciera en debida forma su derecho de defensa y contradicción.

Finalmente, recordó que fueron tan evidentes las irregularidades presentadas durante el proceso disciplinario radicado 0648-2008, que el agente del Ministerio Público, encargado de la vigilancia administrativa del mismo, solicitó la nulidad de las actuaciones.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Consideró que era procedente la suspensión provisional toda vez que el ente investigador vulneró los derechos al debido proceso, defensa y contradicción del disciplinado al haber proferido los actos demandados desconociendo las pruebas que oportunamente fueron solicitadas y decretadas. Dicha solicitud fue denegada por esta corporación mediante providencia del 28 de julio de 2014 (ff. 150-154 c. ppal.).

CONTESTACIÓN

Departamento de Casanare (ff. 181-188 c. ppal.)

La parte demandada se opuso a las pretensiones del escrito introductor al indicar que los actos disciplinarios fueron proferidos por un funcionario competente y en cumplimiento de cada una de las etapas procesales propias del asunto. Igualmente, aseveró que al investigado le fueron garantizados sus derechos de defensa y contradicción, ya que además de que se le escuchó en versión libre, le fueron notificadas en debida forma todas las providencias emitidas dentro del

² En el escrito de demanda no se especifica cuáles son los documentos y quienes eran los testigos.

plenario, como por ejemplo, la apertura de la investigación, el pliego de cargos y la decisión sancionatoria.

También señaló que las pruebas documentales y testimoniales³ fueron decretadas, practicadas y recaudadas por el jefe de la oficina de control disciplinario interno, como funcionario competente, respetándose las oportunidades que la ley otorga al disciplinado para ejercer su derecho de defensa. Seguidamente, refirió que apreciadas las probanzas conjuntamente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las mismas dieron certeza al operador disciplinario de la responsabilidad del señor Laureano Pérez Avella.

Finalmente, en cuanto al término que duró la investigación, consideró que pese a que el mismo se prolongó en el tiempo, lo cierto es que, ello por sí solo no vulnera el derecho al debido proceso, como lo afirmó el actor, pues tal como lo expuso la Corte Constitucional, mientras no exista una causal para ordenar el archivo de la investigación, la misma se mantendrá vigente y el funcionario no perderá competencia para tomar las decisiones a que haya lugar.

Propuso como excepción:

Inexistencia de las causales de nulidad y restablecimiento del derecho: Observó que las causales de nulidad que alega el accionante no tienen vocación de prosperidad, ya que los actos demandados fueron proferidos por un funcionario competente, con respeto de las formalidades propias del proceso, en virtud de las pruebas allegadas y garantizándole al disciplinado su derecho de defensa y contradicción.

Procuraduría General de la Nación (ff. 189-206 c. ppal.)

La Procuraduría General de la Nación se opuso a todas las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, los actos administrativos acusados fueron expedidos con observancia de las disposiciones constitucionales y legales que gobiernan el procedimiento disciplinario, y con respeto de los derechos al debido proceso y defensa del disciplinado. Su defensa se basó en los siguientes razonamientos:

Nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso: Realizó un listado de las pruebas decretadas y valoradas por la entidad demandada dentro del trámite disciplinario, para concluir que analizadas las mismas de forma conjunta, en virtud de la libertad probatoria y el principio de la sana crítica, la responsabilidad del señor Laureano Pérez Avella está plenamente probada. En esa misma línea argumentativa, resaltó que de la lectura de los testimonios de los señores Luis Alberto Yustre, Luis Alfonso Hernández y Alberto Gómez Vargas, en armonía con la queja presentada, el recibo manuscrito por Laureano Pérez Avella y los convenios suscritos entre la SAGYMA y el INCODER, era claro que, la conducta desplegada por Laureano Pérez Avella constituye falta disciplinaria. Al mismo tiempo, indicó que si bien la entidad restó credibilidad a la declaración de

³ No especifica a qué pruebas en particular se refiere.

Henry Noé Negro Torres, lo hizo debido a la presunta amistad de este individuo con el disciplinado y a que en su contenido se encontraron inconsistencias.

Destacó que el hecho de que el actor no hubiere ejecutado ninguna acción para lograr la revocatoria de la Resolución 208-2005 (sic⁴) es irrelevante para el perfeccionamiento de la conducta, por cuanto no se está ante un bien jurídico tutelado sino ante la afectación funcional de un deber sin justificación que se agotó con el «acceder» u «ofrecer», sin requerirse la realización de un acto efectivo posterior.

Irregularidades por violación de los tiempos procesales: Estimó que la investigación fue tramitada con respeto de las garantías legales y constitucionales del investigado, garantizándole el adelantamiento de cada una de las etapas correspondientes.

A su vez, observó que si bien los términos procesales deben ser acatados de forma estricta, en aras de salvaguardar los derechos a la igualdad, acceso a la administración de justicia y recurso judicial efectivo, también lo es que no toda tardanza o incumplimiento de un término constituye una violación al debido proceso, en la medida que solo la demora injustificada acarrea su desconocimiento.

De forma particular, sobre el archivo de las diligencias, que afirmó el actor debió ordenarse, indicó que el mismo no era procedente por cuanto no se cumplió con las condiciones previstas en el artículo 73 ni en el inciso 3 del artículo 156 de la Ley 734 de 2002, en la medida en que entre el término de la investigación disciplinaria y la emisión del auto de cargos no transcurrieron más de 18 meses, lapso establecido cuando se trata de faltas gravísimas, aplicable en el *sub examine*. Así mismo, denotó que la Oficina de Control Disciplinario Interno abrió investigación el 21 de julio de 2008 y el 16 de octubre de la misma anualidad profirió pliego de cargos, lo que significa que tardó solo tres meses de una etapa a otra.

De otro lado, en cuanto a la ausencia de indagación preliminar frente al segundo cargo imputado en el pliego de cargos, recordó que de conformidad con el artículo 150 *ibidem* esta etapa no es obligatoria y esta instituida para establecer la identidad del presunto autor o autores de la falta.

Falta de práctica de las pruebas decretadas oportunamente en el proceso: Mencionó que el gobernador de Casanare mediante providencia del 16 de enero de 2009 resolvió modificar el auto que denegó los testimonios de los señores Alfonso Hernández Cristiano, Henry Noé Negro Torres y Rafael Alberto Gómez, solicitados por el disciplinado en la etapa de descargos, para en su lugar decretarlos. Decisión que se cumplió los días 16 y 19 de diciembre de la misma anualidad.

⁴ Resolución 508 de 2005,

Así entonces, recalcó que contrario a lo expuesto por Laureano Pérez Avella las pruebas peticionadas sí fueron decretadas y practicadas, solo que durante el análisis de la mismas no se les dio la credibilidad que este esperaba, en tanto resultaron inconsistentes y «afectadas de falencias relativas a la realidad de su contenido», como es el caso de la declaración del señor Henry Noé Negro Torres.

Falta de la determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó: Afirmó que el comportamiento del demandante fue debidamente delimitado, descrito y calificado dentro del proceso disciplinario.

Irregularidades en la obtención de la prueba: Aseveró que el testimonio del señor Rafael Alberto Gómez, que discute el accionante, fue puesto a su disposición durante el trámite disciplinario el 16 de diciembre de 2008. Así mismo, informó que la nulidad impetrada dentro de este, también fue resuelta y conocida por el interesado.

Propuso las siguientes excepciones:

- Inepta demanda por indebido agotamiento del requisito de procedibilidad: Observó que la conciliación prejudicial, de conformidad con la Ley 1285 y el Decreto 1716, ambos de 2009, constituye un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, advirtió que en el *sub judice* el señor Laureano Pérez Avella omitió esta exigencia procesal, inclusive aun cuando dentro de la demanda existen pretensiones de contenido económico, motivo por el cual debe declararse la inepta demanda.
- Innominada o genérica: Solicitó se declaren de oficio las excepciones que se encuentren probadas dentro del *sub lite*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Procuraduría General de la Nación (ff. 237-250 c. ppal.)

La accionada reiteró los argumentos expuestos en su escrito de contestación.

Departamento de Casanare (ff. 251-254 c. ppal.)

La entidad se ratificó en las consideraciones presentadas en las demás etapas procesales. Adicionalmente, consideró que el acto de ejecución proferido por la demandada, para efectos de cumplir el correctivo impuesto en las decisiones disciplinarias, no es susceptible de control jurisdiccional, tal y como lo manifestó el Consejo de Estado en proveído del 5 de junio de 2014, bajo el radico 0044-11.

Laureano Pérez Avella (ff. 255-268 c. ppal.)

Reafirmó lo manifestado en el escrito introductorio e insistió en que la demandada dejó de practicar pruebas que ya habían sido debidamente decretadas, con el

argumento, abiertamente subjetivo, de que el gobernador de Casanare no era un profesional en derecho. Actuación con la que desconoció la posición asumida por la Corte Constitucional en sentencias SU-087 de 1999 y T-488 de 1999, referida a la imposibilidad del juez de abstenerse de realizar pruebas ya decretadas, so pena de quebrantar el derecho al debido proceso y consolidar una arbitrariedad judicial.

Frente a la falta de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, señaló que conforme lo prevé el artículo 35 de la Ley 640 de 2010, en los eventos en que se soliciten medidas cautelares el interesado podrá acceder directamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Explicó que dicho artículo es aplicable en razón a que la Ley 1564 de 2012 derogó el inciso 2 del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, que a su vez había derogado el inciso 5 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en otras palabras, la norma que permite acceder de forma directa al juez se encuentra vigente.

Ministerio público

Vencido el término de traslado guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿El señor Laureano Pérez Avella debía agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial previo a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Procuraduría General de la Nación y el Departamento de Casanare?

De ser negativa la respuesta,

2. ¿La parte demandada vulneró el debido proceso del señor Laureano Pérez Avella al incumplir los términos para adelantar la indagación preliminar, la investigación y para proferir la decisión disciplinaria previstos en los artículos 150, 156 y 169 de la Ley 734 de 2002, respetivamente?

Resuelto este problema,

3. ¿El pliego de cargos fue expedido de conformidad con los presupuestos descritos en el artículo 163 de la Ley 734 de 2002?
4. ¿Dentro del trámite disciplinario se demostró, más allá de toda duda y con fundamento en el análisis conjunto del material probatorio que el señor Laureano Pérez Avella incurrió en una conducta disciplinaria?

Primer problema jurídico

¿El señor Laureano Pérez Avella debía agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial previo a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Procuraduría General de la Nación y el Departamento de Casanare?

Para efectos de resolver este problema jurídico la Subsección abordará los siguientes temas: i) la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad; ii) excepciones para agotar la conciliación y iii) caso concreto.

1. La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad

La Ley 640 de 2001⁵, en los artículos 35 y 37, inicialmente introdujo la conciliación prejudicial como requisito previo a la presentación de las acciones contenciosas de que tratan los artículos 86⁶ y 87⁷ del Código Contencioso Administrativo, así:

«Artículo 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

⁵ Con esta normativa se derogó el artículo 60 de la Ley 23 de 1991, la cual concedía a las partes o a una de ellas, dentro de un conflicto, la facultad de formular ante el respectivo procurador judicial solicitud de conciliación, quien de encontrarla razonable debía citar a los interesados para realizar la audiencia.

⁶ **«ARTÍCULO 86.** La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las Entidades Públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex -servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de la otra Entidad Pública.»

⁷ **«ARTÍCULO 87.** De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.»

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

[...]

ARTICULO 37. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.

PARAGRAFO 1. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

PARAGRAFO 2. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.»

Este mecanismo de solución de conflictos se instituyó con el propósito de estimular la participación de los sujetos que se interrelacionan en el tráfico jurídico en la solución de sus controversias, con el fin de que estas puedan dirimirse de una manera más fácil y expedita, redundando así en la descongestión de los despachos judiciales. Por lo que, para su efectivo cumplimiento se dispuso su obligatoriedad de forma previa a la demanda en vía judicial, tal como se advierte en el proyecto 148 de 1999, para primer debate en Senado, 304 de 2000 en Cámara, así⁸:

«[...] la obligación impuesta por las normas procedimentales de acudir a una audiencia de conciliación como primera etapa procesal, ha tornado esta figura en una herramienta de dilación de los procesos y la ha convertido en una instancia más que debe ser agotada, pero que no ha logrado imprimirle la fuerza necesaria para que se convierta en una oportunidad en la cual las partes acudan a un sistema de justicia cero en el que no hayan perdedores ni ganadores, gracias al encuentro de una solución que no ha sido impuesta por un tercero.

Por esta razón, el proyecto de ley puesto bajo su consideración plantea que antes de acudir a la jurisdicción es un mejor momento para ese intento de solución conciliada, fortaleciendo así el sistema de justicia a los ciudadanos, en términos de la solución lícita, ágil y equitativa de sus diferencias. Así las cosas, esa alternativa a la vía judicial no puede ser concebida sólo como una simple estrategia de descongestión de los despachos judiciales, sino como el inicio de la formación de una nueva cultura de paz [...]»

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional⁹ sostuvo que el referido instrumento persigue « [...] abrir un espacio de encuentro, diálogo y debate que facilite la resolución del conflicto antes de que éste tenga que ser decidido por las

⁸ Extraído de la providencia del 9 de diciembre de 2013 de la Sección Tercera, Subsección A. Radicado: 70001-23-33-000-2013-00115-01 (47783). Actor: Colombia Telecomunicaciones SA ESP. Demandado: Municipio de Tolúviejo.

⁹ Sentencia C-1195 de 2001.

autoridades jurisdiccionales [...]»; el cual no puede ser entendido como una carga para el interesado, como quiera que dentro de la audiencia el mismo tiene la posibilidad de considerar las propuestas expuestas por la contraparte o el conciliador y, de ser el caso, oponerse a ellas, a fin de lograr un acuerdo definitivo. Manteniéndose indemne su capacidad de disposición durante todo el trámite, es decir, que con la sola manifestación en la audiencia de conciliación de su voluntad de no conciliar, se cumple con el presupuesto que le impone la ley y puede presentar la demanda.

Sin embargo, lo dispuesto en dicha ley no llegó a regir en la jurisdicción contencioso administrativa puesto que el artículo 42 condicionó su entrada en vigor al cumplimiento de una condición que no logró cumplirse durante la vigencia de dicha norma, consistente en que cada distrito judicial contara con « [...] un número de conciliadores equivalente a por lo menos el 2% del número total de procesos anuales que por área entren a cada Distrito [...]»¹⁰

Sería entonces la Ley 1285 de 2009¹¹, la que introduciría con pleno rigor la exigencia de esta herramienta ya no solo en las acciones de reparación directa y contractual, sino también en la de nulidad y restablecimiento del derecho, al establecer en el artículo 13, lo siguiente:

«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."»

Al respecto, la Corte Constitucional¹² consideró válido que se hiciera extensiva la exigencia de la conciliación prejudicial a la referida acción, como quiera que dentro de la misma se discuten intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial, y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto.

Por su parte, el Decreto reglamentario 1716 de 2009, fijó los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial, así:

«[...] Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan [...]» (Subrayas fuera del texto).

Con base en estas normas, se ha concluido que, tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la conciliación extrajudicial es requisito de

¹⁰ Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional.

¹¹ «Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.»

¹² Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008

procedibilidad para demandar en esta jurisdicción cuando el asunto en cuestión sea conciliable, característica de la que carecen las pretensiones que tienen por objeto cuestionar la legalidad de uno o varios actos administrativos ya que solo una autoridad judicial puede resolver si se ajustan o no a derecho. No sucede lo mismo con las pretensiones que se formulan a título de restablecimiento del derecho pues, de acuerdo con lo afirmado, sí contienen peticiones específicas de naturaleza patrimonial y económica pueden ser disponibles por las partes y, en tal medida, les sería exigible la conciliación extrajudicial.

1.2. Excepciones para agotar la conciliación

El legislador determinó que la excepción a la obligación de agotar la conciliación prejudicial previo a promover de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es que el asunto sobre el que recae el acto administrativo no sea conciliable dada la naturaleza de los derechos o los temas involucrados. Sobre el particular, el artículo 2, parágrafo 1 del Decreto 1716 de 2009 prescribió:

« [...] 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. [...]»

Por su parte, la Ley 1395 de 2010 en su artículo 52 modificó el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, incluyendo una excepción más a este requisito de procedibilidad así:

«Artículo 52: El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 quedará así:

Artículo 35. Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

[...]

Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

[...]» (Se subraya)

Sobre la citada salvedad conviene advertir que esta corporación¹³ ha sostenido que las medidas cautelares a las que se refiere el articulado eran las contenidas

¹³ Véase: Sección Primera. Auto del 18 de marzo de 2010. Radicado: 13001233100020090008601. Actor: Lesbía del Carmen Barranco Heras.

en el Código de Procedimiento Civil, que tienen como objetivo evitar que el deudor se insolvente, antes de promover la demanda respectiva. Razón por la que, se hace necesario, para dar aplicación a aquella, verificar primero si la medida solicitada cumple con la finalidad señalada, pues de no ser así no podrá tenerse como una excepción para el cumplimiento del requisito.

Adicionalmente, esta sección a través de proveído del 14 de diciembre de 2011, estableció que la conciliación prejudicial tampoco sería procedente en los casos en que se controviertan derechos laborales, ciertos e indiscutibles, en virtud de los principios de rango constitucional contenidos en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, para lo cual explicó:

«[...] Para la sala, independientemente de la situación, categoría o status social, político, económico o intelectual de un trabajador público o privado, está prohibido constitucionalmente renunciar a sus derechos adquiridos, o transar o conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles. La jurisprudencia constitucional, contenciosa y laboral, han sido uniformes en definir que los derechos laborales ciertos e indiscutibles por las partes y más aún cuando están establecidos y reconocidos en la Constitución y en las leyes, no pueden ser materia u objeto de transacción o conciliación. Que cualquier negocio celebrado en contra de esa prohibición resulta de pleno derecho ineficaz [...]»

De la lectura de los artículos transcritos en armonía con la jurisprudencia emitida por esta corporación es viable colegir que no son conciliables, y por lo tanto no habrá lugar a agotar el requisito de procedibilidad, en los siguientes asuntos:

- i) Los que versen sobre conflictos tributarios;
- ii) Aquellos que deban ventilarse a través de los procesos ejecutivos de los contratos estatales;
- iii) En los que haya caducado la acción.
- iv) Que se solicite el decreto y la práctica de medidas cautelares, de contenido patrimonial;
- v) los casos en que se controviertan derechos laborales, ciertos e indiscutibles.

1.3. Caso concreto

Con las precisiones efectuadas en párrafos precedentes, resta estudiar si el presente asunto se encuentra incluido dentro de aquellos que no son susceptibles de conciliación extrajudicial. Destacando que la exigibilidad de este requisito debe analizarse en cada caso, con observancia de la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en materia conciliatoria.

En el *sub judice* se observa que el demandante pretende que se declare la nulidad de las decisiones disciplinarias de fechas 29 de mayo de 2009 y 28 de septiembre de 2010, expedidas, en su orden, por la Procuraduría Regional de Casanare y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante las cuales se le sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general

por el término de 15 años; así como de las Resoluciones 0024 del 25 de enero de 2011 y 0044 del 7 de febrero de la misma anualidad, a través de las que se ejecutó el correctivo impuesto.

Como consecuencia de tal declaración, pidió condenar a la accionada a reintegrarlo al cargo de asesor código 105, grado 01 de la gobernación de Casanare, o a uno de igual o superior jerarquía; a retirar del registro la sanción y a pagarle los sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir, debidamente indexadas.

Sobre el asunto objeto de controversia, se advierte que si bien las pretensiones que tienen por objeto cuestionar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación no son susceptibles de negociación, en tanto la facultad para resolver si se ajustan o no a derecho es exclusiva de esta jurisdicción, lo cierto es que, ello no sucede con aquellas que se formularon a título de restablecimiento del derecho, pues, de acuerdo con lo explicado en párrafos precedentes, contienen peticiones específicas de naturaleza patrimonial y económica, por lo que se hace exigible la conciliación extrajudicial, pues dado su carácter pueden ser objeto de disposición por las partes.

En ese orden de ideas, dado que las pretensiones de la demanda presentada por el actor en ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo son de índole económico, y no versan sobre derechos ciertos e indiscutibles, ni sobre otros asuntos cuyo carácter es no conciliable, la Subsección considera que el accionante estaba obligado a adelantar el trámite de la conciliación extrajudicial, no obstante, no lo hizo, tal como constan en el folio 231 del expediente.

Ahora, en cuanto al argumento expuesto por el señor Laureano Pérez Avella de que no estaba obligado a agotar este requisito debido a que solicitó medidas cautelares dentro de la demanda contenciosa. En primer lugar, se advierte, que las medidas a las que alude el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, son las previstas en el Código de Procedimiento Civil¹⁴, como se explicó en la parte motiva, las cuales tienen como propósito evitar que el deudor se insolvente luego del intento de conciliación extrajudicial para impedir la efectividad del decreto de las medidas.

En segundo lugar, que la suspensión provisional prevista en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo¹⁵ tiene como finalidad suspender el acto

¹⁴ Vigente para la época en la que se promovió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁵ «ARTÍCULO 152. Modificado por el art. 31, Decreto Nacional 2304 de 1989 El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.»

administrativo en discusión, por manifiesta infracción de las normas superiores, expuestas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado. Lo que significa, que al no guardar esta una naturaleza y objetivo similar a aquellas medidas contenidas en la ley procesal civil, su presentación no excusa a la parte actora de cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

Por consiguiente, no le asiste razón al demandante cuando afirma que no debía agotar la conciliación prejudicial antes de instaurar la presente demanda contra la Procuraduría General de la Nación y el Departamento de Casanare, como quiera que la suspensión provisional que petitionó en el *sub lite* no tiene carácter patrimonial, es decir, con este no se cumple el fin previsto en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

Así entonces, encontrándose probada la excepción alegada por parte de la Procuraduría General de la Nación, la Sala queda relevada de estudiar los demás problemas jurídicos.

Conclusión: El señor Laureano Pérez Avella debía agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial previo a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Procuraduría General de la Nación y el Departamento de Casanare, no obstante, no lo hizo.

Condena en costas

No hay lugar a la condena misma porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Declárese probada la excepción de falta de agotamiento de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, alegada por la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ