



## Función Pública

# Sentencia 00831 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho. SE.042

Rad. No: 110010325000201300831 (1699-2013)

Actor: Elmer Castañeda Carvajal

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL.

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 1984<sup>1</sup>- que se trató en virtud de demanda interpuesta por el señor Elmer Castañeda Carvajal en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL.

### ANTECEDENTES

El señor Elmer Castañeda Carvajal, 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 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL.

### Pretensiones

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

a) Autos proferidos dentro del proceso disciplinario radicado 671-170 adelantado por el Grupo de Control Disciplinario Interno de CREMIL, a saber, el de apertura de la investigación del 23 de diciembre de 2009, el pliego de cargos del 3 de mayo de 2010, el auto de nulidad del 17 de

junio del mismo año y el pliego de cargos de fecha 23 de junio de 2010.

b) Decisión disciplinaria de primera instancia del 29 (sic: 27) de julio de 2010 mediante la cual el Grupo de Control Interno Disciplinario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sancionó al demandante con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos.

c) Resolución 2561 del 6 de agosto de 2010 proferida por el director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, por medio de la cual se hizo efectiva la sanción impuesta al demandante.

d) Adición del 9 de agosto de 2010 emitida por la coordinadora del Grupo de Control Interno Disciplinario, a través de la cual se indicó que el término de inhabilidad era de 10 años.

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

i) Reintegrar sin solución de continuidad al señor Elmer Castañeda Carvajal al cargo que ocupaba en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, al momento de la desvinculación, o a uno de igual o superior jerarquía.

ii) Condenar a la accionada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que devengaba el demandante, entre ellas, las primas, sobresueldos, bonificaciones y demás beneficios que fueron dejados de percibir desde la fecha en que se hizo efectiva la destitución y hasta el momento en que sea reintegrado, sumas respecto de las que depreca su indexación.

iii) Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares pagar a la parte actora los diez días que se descontaron por concepto de incapacidad y en consecuencia, se reliquiden las cesantías y demás prestaciones sociales que se vieron afectadas por dicho periodo.

iv) Condenar a la entidad demandada al pago de costas procesales.

v) Condenar solidariamente al representante legal y/o directivos de las entidades responsables de la desvinculación del actor.

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

#### FUNDAMENTOS FÁCTICOS

(ff. 62-67 c. ppal.)

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

1. El señor Elmer Castañeda Carvajal fue nombrado como conductor mecánico, código 5310, grado 6 de la sección de seguridad de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución 2451 del 31 de agosto de 1998; cargo del cual se posesionó el 7 de septiembre de la misma anualidad.

2. El 5 de marzo de 1999 con número de orden 114579 el accionante fue inscrito en el Registro Público de Empleados de Carrera Administrativa en el empleo descrito en el numeral anterior. Posteriormente, dentro de CREMIL se desempeñó como conductor mecánico código 5310, grado 7

y código 4103, grado 9; y una vez se ajustó la nomenclatura de la entidad, ocupó el cargo de auxiliar para apoyo de seguridad y defensa código 6-1, grado 18.

3. Para el año 2009, la entidad demandada concedió vacaciones al actor entre el 1 y el 24 de octubre, es decir, que el día 25 del mismo mes y año debía reincorporarse a sus labores habituales.

4. Sin embargo, el día 25 de octubre de 2009 el señor Elmer Castañeda Carvajal sufrió un desmayo y tuvo que ser traslado en ambulancia a la Clínica Partenón, quien tiene convenio con la EPS FAMISANAR a la cual estaba afiliado. En tal establecimiento hospitalario permaneció hospitalizado durante cinco días, bajo el diagnóstico 29495718: «paciente con cuadro de dolor torácico de un día de dos episodios de lipotimia con un sincope asociado a trauma Hemirostro izquierdo refeiredurante traslado presento episodio de apnea». Circunstancia que provocó que su periodo vacacional se prorrogara inicialmente hasta el 2 de noviembre de 2009.

5. El 28 de octubre de 2009, la parte actora asistió a cita médica con el cardiólogo Álvaro Cassini Castiblanco en el Hospital Infantil Universitario de San José, ente hospitalario con convenio con FAMISANAR, quien le otorgó una incapacidad por el término de 10 días, lo que generó que aquel se ausentara de su sitio de trabajo hasta el 8 de noviembre de la misma anualidad.

6. Mediante memorando 621-669, consecutivo 100106 emitido el 11 de diciembre de 2009 el área de Talento Humano de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitó a Elmer Castañeda Carvajal allegar la incapacidad comprendida entre el 28 de octubre y el 6 de noviembre del mismo año. No obstante, no fue entregada, debido a que durante los días 13, 17, 18 y 19 de noviembre el actor sufrió episodios de sincope vaso vagal<sup>2</sup>, lo que le impidió transcribir las incapacidades en FAMISANAR EPS.

7. La Oficina de Control Interno Disciplinario de CREMIL abrió investigación en contra del señor Elmer Castañeda Carvajal por infringir los deberes y funciones atribuidos como servidor público, la cual finalizó el día 27 de julio de 2010 con sanción de destitución e inhabilidad general. Decisión que fue adicionada a través de providencia del 9 de agosto de la misma anualidad, estableciéndose como término de inhabilidad 10 años.

8. A través de la Resolución 2561 del 6 de agosto de 2010 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, hizo efectiva la sanción impuesta.

9. La parte actora no agotó la conciliación prejudicial antes de promover la presente demanda.

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda se invocaron como normas violadas el preámbulo y los artículos 1, 2 inciso 2, 4, 5, 6, 11, 12, 13 inciso 3, 25, 29, 48, 53, 90 al 95 y 228 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 4, 6 inciso 2 y 23 del Código Civil; 416 y 428 del Código Penal; 74 del Código de Procedimiento Civil; Leyes 57 y 153 de 1887; Ley 734 y 1123 de 2002; 416 y la Ley 1010 de 2006.

Como concepto de violación de la normativa invocada, expuso:

• Atipicidad de la conducta: Señaló que su conducta no se adecua a la falta descrita en el numeral 55 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en razón a que no abandonó su sitio de trabajo de forma injustificada, por el contrario, fue la enfermedad que le aqueja desde el 30 de septiembre de 2009, el motivo que le impidió reincorporarse a su empleo y ejecutar de forma habitual sus funciones. De igual forma, consideró que la demandada escogió dicho tipo disciplinario porque al estar catalogado como falta gravísima, era más factible retirarlo del cargo e inhabilitarlo.

• Carencia probatoria y vulneración de los derechos de defensa y debido proceso: Indicó que la coordinadora del Grupo de Control Interno Disciplinario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ejecutó una maniobra denominada «operación despiste», pues el día 28 de diciembre de 2009 emitió el Oficio 68704 a través del cual solicitó a la EPS FAMISANAR remitir la incapacidad médica de «ELMER CASTAÑEDA LOPEZ con el

(sic) Cédula (sic) de Ciudadanía (sic) No. 19.498.718» aun a sabiendas de que este no era el nombre correcto del disciplinado. Una vez contestada la petición por parte de la entidad de salud de forma negativa, usó dichos datos para proferir la decisión sancionatoria. Es decir, utilizó una prueba de la cual conocía su respuesta desde el inicio y con la que era consciente de que podría sancionar al disciplinado.

Subsiguientemente, recordó que la jurisprudencia ha sido clara y exigente en extremar la responsabilidad del Estado en casos como el *sub lite*, en razón de la «*capitis diminutio*» en que está el actor, es decir, que al ostentar la condición de inimputable en razón de su enfermedad, dentro del proceso disciplinario era la entidad accionada la que tenía la obligación de demostrar si era cierto o no que el disciplinado estuvo incapacitado, para que de esta manera la investigación quedara revestida de legalidad.

Así mismo, estimó vulnerado el derecho al debido proceso toda vez que el operador disciplinario además de ser su jefe inmediato, inobservó las formas propias del juicio, sumado al hecho de que no obra dentro del proceso prueba de que el señor Elmer Castañeda Carvajal hubiera sido asistido por un abogado ni tampoco que se le hubiera designado uno de oficio.

Destacó que una vez la entidad recibió las recomendaciones dadas al señor Elmer Castañeda Carvajal por parte de FAMISANAR, en atención a su condición de salud, dispuso su traslado al sótano para que cumpliese allí sus funciones, agravándole con ello su situación. Adicionalmente, recalcó que su estado médico debía de ser reevaluado dentro de los seis meses siguientes al 18 de febrero de 2010 por medicina laboral, no obstante, fue despedido antes del cumplimiento de dicho término.

Por último, resaltó que durante los once años de servicios que el accionante prestó a CREMIL, jamás tuvo llamados de atención ni ausencias a su sitio de trabajo.

• Pliego de cargos genérico y violación del principio de congruencia: Subrayó que el único cargo que se le imputó al accionante es genérico, vago carente de especificidad e incongruente con la descripción típica contenida en la Resolución 2561 del 6 de agosto de 2010, pues dentro del proceso disciplinario se le investigó y sancionó por su presunta negligencia en el ejercicio de su cargo, toda vez que incumplió con sus deberes y funciones como servidor público, pero en el acto a través del cual se hizo efectiva la destitución se describió como conducta el abandono injustificado del cargo.

• Causales de exclusión de responsabilidad: Afirmó que dentro del *sub lite* se configuraron las causales denominadas: «Fuerza mayor»; «Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad» y «En situación de inimputabilidad», como quiera que la enfermedad sincope vaso vagal que padece el demandante era una circunstancia imprevisible e inevitable que le impidió el cumplimiento de sus obligaciones.

#### **CONTESTACIÓN**

La Caja de Retiro de la Fuerzas Militares, CREMIL (ff. 304-306 c.ppal.) contestó la demanda de forma extemporánea.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

CREMIL (ff. 322-323 c.ppal.)

La apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, solicitó denegar las pretensiones de la demanda promovida por el señor Elmer Castañeda Carvajal. Afirmó que el demandante fue sancionado por no haber justificado su inasistencia a su lugar de trabajo entre el 28 de octubre y el 6 de noviembre de 2009; decisión que se dio luego de haber adelantado un proceso disciplinario en su contra, dentro del cual fueron analizadas todas las pruebas allegadas y garantizados los derechos del disciplinado.

De igual manera, aseveró que el señor Elmer Castañeda Carvajal de forma voluntaria no designó a un profesional del derecho para que le representara durante el procedimiento, por lo que no puede ahora en sede judicial alegar su propia torpeza para demostrar una vulneración al debido proceso y a la defensa técnica.

Finalmente, aclaró que si bien en el Oficio 68704 del 28 de diciembre de 2009, enviado a FAMISANAR, hubo un error en el segundo apellido del accionante, lo cierto es que, la cédula de ciudadanía sí es la correcta, y con ella la EPS constató que para el lapso en que el empleado no asistió a laborar no había ninguna incapacidad.

Elmer Castañeda Carvajal (ff. 324-330 c. ppal.)

Reafirmó las manifestaciones expuestas en el escrito introductorio y su adición. Como argumentos nuevos, señaló que la demandada trasgredió el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedural, al tener en consideración exclusivamente el hecho de que el disciplinado no presentó la incapacidad médica por el periodo comprendido entre el 28 de octubre y 6 de noviembre de 2009, sin analizar los efectos de la enfermedad sincope vaso vagal padecida por este.

También advirtió que el señor Elmer Castañeda Carvajal se encontraba en una circunstancia de debilidad manifiesta debido a su estado de salud, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, por lo que gozaba de una estabilidad laboral reforzada que impedía retirarlo del servicio e implicaba su derecho a ser reubicado en puesto de trabajo que se ajustara a sus condiciones de salud.

#### MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó proferir sentencia inhibitoria con fundamento en lo siguiente:

En primer lugar, denotó que el auto de apertura de la investigación disciplinaria, el pliego de cargos y la providencia que decretó la nulidad del anterior proveído son actos de trámite que no ponen fin al proceso disciplinario sino que impulsan el desarrollo del mismo hasta que se archivan las diligencias o se profiere decisión de primera o única instancia, según el caso.

En segundo lugar, sostuvo que revisada la documental obrante dentro del *dossier* encontró que el demandante fue notificado del fallo de primera instancia el 29 de julio de 2009 y pese a que en su artículo segundo señaló la procedencia del recurso de apelación ante el Director de la CREMIL, este no fue interpuesto; inclusive habiéndose presentado una nueva oportunidad para recurrir la decisión, una vez se profirió el auto de adición, el interesado guardó silencio. Es decir, no agotó los presupuestos procesales exigidos para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo prevé el artículo 135 del CCA.

#### CONSIDERACIONES

Cuestión previa

- De los actos administrativos susceptibles de control judicial en el presente asunto

Los actos administrativos objeto de control de legalidad por la vía jurisdiccional son aquellos que ponen término a un procedimiento administrativo. En ese sentido, el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo señala que son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación, es decir, aquellos que producen efectos jurídicos al crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

Por su parte, los actos de trámite o preparatorios son aquellos que dicta la administración para decidir posteriormente el fondo del asunto, los cuales, en principio, no son objeto de control judicial, salvo que hagan imposible la continuación del procedimiento administrativo.

Finalmente, los actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. Empero, sobre este punto es importante señalar que la jurisprudencia ha dicho que es procedente el estudio de los actos de ejecución de sentencias de forma excepcional cuando: i) La decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez y ii) Crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre el Estado y el particular que no fue objeto de debate judicial.

En lo que se refiere a los actos de control disciplinario<sup>3</sup>, esta subsección<sup>4</sup> ha sostenido que al ser estos emitidos en ejercicio de la función administrativa, que ejercen las oficinas de control interno disciplinario y la Procuraduría General de la Nación, constituyen un acto administrativo sujeto al pleno control de legalidad y constitucionalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como quiera que no son actos que manifiestan el ejercicio de la función jurisdiccional como si ocurre con las decisiones expedidas por el Consejo Superior de la Judicatura. De forma específica se señaló:

«[...] es evidente que el control disciplinario ejercido por las entidades a través de sus órganos internos o por la Procuraduría General de la Nación constituye una función administrativa y no el ejercicio de una función jurisdiccional, por cuanto ni juzgan ni sentencian, al no tener la connotación de jueces. En consecuencia, es evidente que el control de los actos proferidos en ejercicio de esa labor le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa [...]» (Se subraya)

De lo anterior se colige que son objeto de control judicial: 1) los actos administrativos definitivos, es decir, aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica determinada, 2) los actos disciplinarios emitidos en ejercicio de la función administrativa, 3) aquellos actos administrativos que sin ser definitivos hacen imposible continuar con la actuación y 4) los actos administrativos de ejecución cuando se cumpla con los requisitos señalados anteriormente.

En el presente caso, el actor demanda la nulidad de los autos proferidos dentro del proceso disciplinario radicado 671-170 adelantado en su contra por el Grupo de Control Disciplinario Interno de la CREMIL, a saber, el de apertura de la investigación del 23 de diciembre de 2009, el pliego de cargos del 3 de mayo de 2010, el auto de nulidad del 17 de junio del mismo año y el pliego de cargos de fecha 23 de junio de 2010; los cuales tienen la connotación de actos de trámite de conformidad con lo expuesto en párrafos precedentes, en tanto fueron proferidos con el fin de cumplir una serie de etapas dentro del procedimiento previsto en la Ley 734 de 2002.

De ahí que sea viable concluir que dichas providencias no constituyen actos administrativos demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues con ellos solo se pretendió dar cumplimiento a cada una de las actuaciones previstas en la ley disciplinaria, para finalmente establecer si el aquí accionante era o no responsable disciplinariamente de la falta que se le imputó. Es decir, que con ellos no se modificó, creó ni se extinguieron su situación jurídica, motivo por el cual no son susceptibles de control jurisdiccional, lo que sí ocurrió con el acto sancionatorio.

Así las cosas, solo serán objeto de control de legalidad la decisión de primera instancia de fecha 27 de julio de 2010 mediante la cual el Grupo de Control Interno Disciplinario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sancionó al demandante con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos y su adición del 9 de agosto de 2010, como quiera que con estas se resolvió de fondo la situación del señor Elmer Castañeda Carvajal.

#### Problema Jurídico

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

1. ¿El señor Elmer Castañeda Carvajal agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación previo a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL?

2. ¿Se cumplió el requisito de procedibilidad correspondiente al agotamiento de la vía gubernativa?

En caso de que la respuesta a los problemas jurídicos anteriores sea afirmativa,

3. ¿El accionante incumplió sus funciones y deberes como servidor público al ausentarse de su cargo sin justificación durante el periodo comprendido entre el 28 de octubre y 6 de noviembre de 2009?

De ser así,

4. ¿El servidor público actuó amparado en alguna de las casuales excluyentes de responsabilidad de que tratan los numerales 1, 4 o 7 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002?

En caso negativo,

5. ¿La parte demandada vulneró el debido proceso del señor Elmer Castañeda Carvajal al no respetar las formas propias del juicio tal como lo prevé la Ley 734 de 2002?

6. ¿El pliego de cargos fue proferido de conformidad con las disposiciones previstas en la Ley 734 de 2002 y su contenido es congruente con la descripción típica contenida en la Resolución 2561 del 6 de agosto de 2010?

7. ¿Dentro del trámite disciplinario llevado a cabo por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL en contra del señor Elmer Castañeda Carvajal se demostró, con las pruebas allegadas y más allá de toda duda, la responsabilidad disciplinaria de este?

Primer problema jurídico

¿El señor Elmer Castañeda Carvajal agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación previo a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL?

1. La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad

La Ley 640 de 2001<sup>5</sup>, 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 86<sup>6</sup> y 87<sup>7</sup> 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.

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, así<sup>8</sup>:

«[...] 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 imprimirla 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 Constitucional<sup>9</sup> 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 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 rigor al cumplimiento de una disposición 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 [...]»<sup>10</sup>

Sería entonces la Ley 1285 de 2009<sup>11</sup>, 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 Constitucional<sup>12</sup> 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 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, si contienen peticiones específicas de naturaleza patrimonial y económica pueden ser disponibles por las partes y, en tal medida, les sería exigible la conciliación extrajudicial.

### 1.1. Excepciones para agotar la conciliación

El legislador determinó que la excepción a la obligación de agotar la conciliación prejudicial previo a promover 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 subrayar que esta corporación<sup>13</sup> ha sostenido que las medidas cautelares a las que se refiere el articulado eran las contenidas 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 controvieran 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 controvieren derechos laborales, ciertos e indiscutibles.

## 1.2. 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 examine* se observa que el demandante pretende se declare la nulidad de la decisión de primera instancia de fecha 27 de julio de 2010 (ff. 200-209 c.3.) proferida dentro del proceso disciplinario que se adelantó en su contra bajo el radicado 671-170 por parte del Grupo de Control Disciplinario Interno de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, mediante la cual se le sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de 10 años; así como de la Resolución 2561 del 6 de agosto de 2010 a través de la que se ejecutó el correctivo impuesto (ff. 229-230 c. ppal.) y del acto de adición del día 9 de los mismos mes y año (ff. 213-216 c.3.).

Como consecuencia de tal declaración, pidió condenar a la accionada a reintegrarlo al cargo que ocupaba en la institución, o a uno de igual o superior jerarquía; a pagarle los sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir, debidamente indexadas y a reliquidar las cesantías que se vieron afectadas por el descuento de 10 días de incapacidad.

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 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, 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 se advierte de las probanzas allegadas al *dossier*.

Conclusión: El señor Elmer Castañeda Carvajal no agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación previo a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL.

Ahora bien y pese a que está sola razón, ya sería suficiente para no decidir de fondo, se revisará si cumplió o no con el otro requisito de procedibilidad correspondiente al agotamiento de la vía gubernativa.

## Segundo problema jurídico

¿Se cumplió el requisito de procedibilidad correspondiente al agotamiento de la vía gubernativa?

### 2. Agotamiento de la vía gubernativa:

La vía gubernativa comprende el conjunto de actuaciones que el administrado, afectado con un acto de carácter particular, debe cumplir ante la administración previo a acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Luego entonces, es viable colegir que aquella tiene dos connotaciones, la primera, como una prerrogativa en favor de la administración, en tanto se le otorga la oportunidad, como consecuencia de los recursos y las peticiones radicadas, de enmendar sus propios errores; la segunda, como un beneficio para el individuo que presenta las solicitudes, pues de recibir una respuesta favorable no tendría que verse inmerso en un

proceso judicial.<sup>14</sup>

Al respecto, el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo establece que previo a presentar demanda en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la parte demandante deberá acudir ante la administración con el fin de que esta se pronuncie sobre las pretensiones, y de ser el caso, reconozca el derecho reclamado. El tenor de la norma es el siguiente:

«La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.»

Lo anterior significa que esta etapa del procedimiento administrativo en que se impugna ante la propia administración la decisión que pone fin a una actuación administrativa, que, conforme al artículo 63 del CCA, se agota cuando contra la determinación no procede ningún recurso, o los recursos se hayan decidido, o los de reposición o de queja no hayan sido interpuestos, y constituye un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la que solo se podrá conocer lo que en la vía gubernativa se discutió, o sea, que no pueden plantearse hechos nuevos diferentes a los expuestos en la vía gubernativa; pero sí pueden presentarse mejores argumentos jurídicos respecto de ellos, siempre y cuando no se cambie la petición que se hizo.<sup>15</sup>

Sobre el particular, esta corporación<sup>16</sup> ha sostenido que «el agotamiento de la vía gubernativa, presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consiste, en términos generales, en la necesidad de usar los recursos legales para poder impugnar judicialmente los actos administrativos».

## 2.1. Caso concreto

En el *sub judice*, tal como se expuso en el problema jurídico anterior, el demandante depreca la nulidad de la decisión de primera instancia de fecha 27 de julio de 2010 proferida por el Grupo de Control Disciplinario Interno de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, mediante la cual se le sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de 10 años; de la Resolución 2561 del 6 de agosto de 2010 a través de la cual se ejecutó el correctivo impuesto y del acto de adición del día 9 de los mismos mes y año.

Revisado el fallo sancionatorio del cual se pide su nulidad, la Subsección advierte que en el artículo segundo del resuelve, se dispuso:

« [...] Notificar personalmente al sujeto procesal la determinación tomada en esta providencia, con la advertencia que contra la misma procede el recurso de apelación ante el Director General de la Caja de Retiro de las FFMM, que deberá interponer dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación personal o por edicto y sustentar dentro del mismo término [...]» (Subrayado y resaltado del texto original)

Así mismo, se observa que dicho acto fue notificado personalmente al disciplinado el 29 de julio de 2010, como da cuenta la constancia de

notificación y entrega del contenido del fallo que obra en el folio 211 del cuaderno 3.

Lo anterior significa que el accionante tuvo conocimiento de que podía interponer recurso de apelación, que conforme el artículo 51 del CCA es obligatorio, para que el superior jerárquico del Grupo de Control Disciplinario Interno de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, analizara sus argumentos y decidiera si confirmaba o revocaba la decisión adoptada en primera instancia, no obstante, no lo hizo, quedando debidamente ejecutoriada la aludida providencia el 31 de agosto de 2010 como da cuenta la constancia que obra en el folio 95 del cuaderno 3 del expediente, lo que implica que la vía gubernativa no fue agotada, impidiendo ello que esta jurisdicción pueda proferir pronunciamiento de fondo sobre el asunto, toda vez que no se dio la oportunidad a la administración de reconsiderar su decisión.

Repárese que al respecto, la Subsección B<sup>17</sup> de esta Sección se pronunció en un caso similar, así:

«Además de lo señalado, también es cierto como lo afirmó la entidad accionada al contestar el libelo introductorio<sup>18</sup>, que es inepta la demanda porque no se agotó la vía gubernativa por parte del señor OSCAR AMADOR PIRAJAN, en razón a que, como ya se indicó, la decisión de primera instancia que le impuso las sanciones disciplinarias fue notificada en estrados, y en esa misma audiencia manifestó que apelaba la decisión y que la sustentación la haría por escrito (fl. 470), afirmación que no se cumplió y en consecuencia el recurso de apelación no fue decidido por petición suya.

Contra la decisión adoptada era procedente el recurso de apelación, como en forma explícita quedó consignado en el acta (fl. 470), cuya interposición es requisito necesario para agotar vía gubernativa, inferencia que se hace de la lectura del art. 63 del Código Contencioso Administrativo, omisión que se constituye en una razón más para proferir un fallo inhibitorio.» (Se subraya)

Teniendo en cuenta lo explicado en párrafos anteriores en concordancia con las pruebas allegadas al plenario es diáfano concluir que el señor Elmer Castañeda Carvajal no cumplió el requisito de procedibilidad, al no agotar la vía gubernativa como lo exigen los artículos 63 y 135 del Código Contencioso Administrativo, motivo por el cual esta Sala no podrá analizar el fondo del asunto.

Conclusión: El accionante no cumplió con el requisito de procedibilidad correspondiente al agotamiento de la vía gubernativa como lo exigen los artículos 63 y 135 del Código Contencioso Administrativo.

Condena en costas

No hay lugar a la condena 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: Declárense probadas la falta de los requisitos de procedibilidad de agotamiento de la conciliación prejudicial y de agotamiento de la vía gubernativa 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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup> Vigente para la época de la demanda.

<sup>2</sup> El actor en el escrito introductorio define dicho padecimiento así: «el cerebro no recibe la cantidad de oxígeno que debería»

<sup>3</sup> La potestad disciplinaria constituye una de las modalidades de los poderes sancionatorios del Estado; orientada a garantizar la materialización de los principios propios del Estado Social de Derecho, el respeto por los derechos y garantías fundamentales y el logro de los fines esenciales del Estado que establece la Carta Política y justifica la existencia misma de las autoridades. En términos de la Corte Constitucional (C-818 de 2005) tiene como fin: «[...] garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repreube sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un *poder de sanción* ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas [...]»

<sup>4</sup> Sentencia del 11 de febrero de 2016. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00586-00 (2261-11). Actor: Roger Arlex Gómez Pastrán Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> «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.»

<sup>7</sup> «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.»

<sup>8</sup> 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 Toluviejo.

<sup>9</sup> Sentencia C-1195 de 2001.

<sup>10</sup> Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional.

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

<sup>12</sup> Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008

<sup>13</sup> Véase: Sección Primera. Auto del 18 de marzo de 2010. Radicado: 13001233100020090008601. Actor: Lesbia del Carmen Barranco Heras.

Sección Primera. Auto del 20 de enero de 2011. Radicado: 25000232400020090043001. Actor: BP EXPLORATION COMPANY LIMITED, Colombia.

Sección Primera. Auto del 22 de octubre de 2015. Radicado: 25000232400020120076001. Actor: Gabriel Pardo García Peña.

<sup>14</sup>«La razón de la exigencia legal del señalado agotamiento deviene del principio llamado de la decisión previa que le permite a la administración antes de acudir al medio judicial, que revise su propios actos y otorga a los administrados una garantía sobre sus derechos al presentar motivos de inconformidad para que sea enmendada la actuación si es del caso, antes de que conozca de ella quien tiene la competencia para juzgarla» Consejo de Estado, Sección cuarta. Sentencia del 9 de marzo de 2017. Expediente: 05001-23-31-000-2012-00909-01 (21511).

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 16 de septiembre de 2010, radicación 25000-23-27-000-2004-92189-01(16802), actor: Hermán Talero Contreras, demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

<sup>16</sup> Véase entre otras las sentencias del 06 de agosto de 1991, expediente S-145; del 29 de octubre de 1999, radicado: 9557; del 03 de marzo de 2005, radiación: 2001-00418-01; del 11 de diciembre de 2006, expediente 2001-00413; del 20 de septiembre de 2007, proceso: 1995-12217 y del 5 de octubre de 2017, número interno: 2004-01043-02(1563-10).

<sup>17</sup> Sentencia del 26 de julio de 2012. Radicación: 11001-03-25-000-2010-00315-00 (2466-10). Actor: Oscar Amador Pirajan. Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional.