



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación:	76001 2331 000 2010 02053 02
Demandante:	WILLIAM EMILIO GIL VALLEJO
Demandado:	SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA
Tema:	FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA ACUDIR A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. APLICACIÓN DE LA TESIS ESGRIMIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO AL MOMENTO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS NO ESTABA INCLUIDA DENTRO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE PERMITÍA ACUDIR DIRECTAMENTE A LA JURISDICCIÓN PREVISTA EN EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY 640 DE 2001, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 52 DE LA LEY 1395 DE 2010.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 23 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Laboral de Descongestión, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

I.1.1.- Las pretensiones

El señor William Emilio Gil Vallejo, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – CCA, presentó demanda y escrito de reforma a la demanda ante esta jurisdicción con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

“[...] NULITAR LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y SU RESUELVE, relacionado en los Arts. 1° al 5° de la RESOLUCION de 1ª Instancia No. 20103500001935 de fecha abril-06-2010, expedido por la SUPERINTENDENCIA DE ECONOMÍA SOLIDARIA- SUPERSOLIDARIA representada legalmente por el Dr. ENRIQUE VALDERRAMA JARAMILLO, POR MEDIO DE LA CUAL SE RESOLVIO:

PRIMERO. Sancionar con multa de diez (10) salario mínimos legales mensuales vigentes al señor WILLIAN EMILIO GIL VALLEJO, identificado con cédula de ciudadanía número 6.264.639 de Calima el Darién (Valle del Cauca), representante legal del FONDO DE EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “FONAVIEMCALI” identificado con el Nit.

890.311.006-8, por las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución. SEGUNDO. Ordenar la remoción del señor WILLIAN EMILIO GIL VALLEJO antes Identificado en su calidad de representante legal de "FONAVIEMCALI, en firme esta resolución se ordenó remitir el acto administrativo con copia auténtica a la Cámara de Comercio de Cali para que cancelara el registro en lo correspondiente a la representación legal. TERCERO. Ordeno notificar la presente resolución al señor WILLIAN EMILIO GIL VALLEJO, advirtiéndole de los recursos de ley. CUARTO. La multa impuesta en esta resolución se ordenó consignar en la cuenta No. 05000126-2 Dirección del Tesoro Nacional "RECAUDOS SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMIA SOLIDARIA" del Banco Popular y QUINTO: Ejecutoriada la presente resolución se ordeno (sic) remitir copia al Grupo de Contribuciones y Cobranzas de la Secretaria General de la Supersolidaria y al presidente de la Junta Directiva de FONAVIEMCALI, de inmediato, se ordenó hacer cumplir la sanción de reposición impuesta y la designación del nuevo representante legal de la entidad FONAVIEMCALI. »

«[...] NULITAR el Art. 2° de la RESOLUCIÓN de 2ª Instancia No. 20103500004005 de fecha **Junio-22-2010**, expedido por la SUPERINTENDENCIA DE ECONOMÍA SOLIDARIA-SUPERSOLIDARIA - representada legalmente por el Dr. ENRIQUE VALDERRAMA JARAMILLO, POR MEDIO DE LA CUAL SE CONFIRMA LA DECISIÓN DE LA SUPERSOLIDARIA proferida en primera instancia el 06-04-2010, mediante la cual, en cuanto a la remoción del cargo de mi representado, mantiene la decisión de removerlo del cargo de gerente del FONDO DE EMPLEADOS –FONAVIEMCALI- conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

[...]: Ordenar a la SUPERSOLIDARIA de Bogotá D.C, EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO a través del reintegro a su cargo de GERENTE al Señor WILLIAM EMILIO GIL VALLEJO, con carácter retroactivo a su desvinculación laboral al cargo de GERENTE DE FONAVIEMCALI, misma que se llevo (sic) a cabo por la orden dada por la SUPERSOLIDARIA so pena de las sanciones por ser "Insostenible la exoneración de la sanción de remoción teniendo coma prueba lo impulsado y lo actuado por la justicia ordinaria...".

[...]: Que como necesaria consecuencia de la nulidad solicitada y de las precedentes declaraciones, se condene a la SUPERSOLIDARIA a reconocer y pagar a mi procurado judicial todos los sueldos, primas, primas extralegales, vacaciones, subsidios, bonificaciones, cesantías que se hayan causado en virtud de su DECISIÓN de ORDENAR REMOVER DEL CARGO al Señor WILLIAM EMILIO GIL VALLEJO y por ende su desvinculación laboral, aumentos de salarios y demás acreencias laborales concurrentes al precitado cargo hasta cuando sea efectivamente reintegrado; valores que se deben reconocer con los ajustes de valor o corrección monetaria evitando la desvalorización del dinero retenido por FONAVIEMCALI (Am. 178 C. C. A.).

[...]: Que se declare, igualmente, que para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicios por mi mandante, y, por lo tanto, se le reconozca el tiempo que ha estado cesante del cargo para todos los efectos legales.

[...]: Que a la sentencia favorable se le dé, cumplimiento según lo dispuesto en los Art. 176 y siguientes del C. C. A., y que se decrete que los valores dinerarios que se liquiden como consecuencia de la sentencia favorable devengan intereses comerciales durante los primeros 6 meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después del sexto mes hasta su pago total y definitivo” (Destacado es original)

I.1.2.- Los hechos que sustentan la demanda

Los hechos que sustentan la demanda son los siguientes:

I.1.2.1.- El Juzgado 19 Penal de Circuito de Cali, mediante sentencia de 8 de abril de 1999, condenó como autor por el delito de peculado culposo por extensión al señor William Emilio Gil Vallejo, en su condición de representante legal del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali-, a la pena principal de arresto de 6 meses y suspensión en el ejercicio de sus funciones por el mismo tiempo, decisión

que fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, Sala de Decisión Penal, mediante sentencia del 15 de diciembre de 1999.

I.1.2.2.- El Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, profirió el Auto Interlocutorio No. 001 de 2 de agosto de 2006, mediante el cual dispuso ejecutar de manera inmediata la sentencia penal proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Penal.

I.1.2.3.- El Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali decretó la extinción por prescripción de la pena el día 27 de marzo de 2007.

I.1.2.4.- La Superintendencia de la Economía Solidaria, dentro de la investigación administrativa adelantada en contra del señor William Emilio Gil Vallejo, expidió la Resolución No. 20103500001935 de 6 de abril de 2010, mediante la cual impuso sanción de multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y ordenó la remoción del cargo que venía desempeñando en su calidad de Gerente del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali-

1.1.2.5.- La Superintendencia de la Economía Solidaria expidió la Resolución No. 20103500004005 de 22 de junio de 2010, al desatar el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior decisión, ordenó revocar la sanción de multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) impuesta en contra del señor William Emilio Gil Vallejo, pero mantuvo incólume la sanción de remoción del cargo que venía desempeñando como Gerente del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali-.

I.1.3.- Fundamentos de derecho y concepto de la violación

I.1.3.1.- Las normas violadas

El señor William Emilio Gil Vallejo consideró que la Superintendencia de la Economía Solidaria quebrantó los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 15, 21, 25, 29, 31, 53, 136, 152 y 238 de la Constitución Política; 82, 85, 136, 139, 152, 206 del Código Contencioso Administrativo; 34 de la Ley 454 de 1998¹; y 54 (literales a y d) del Estatuto del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali-.

I.1.3.2.- El concepto de la violación

Explicó que de conformidad con los literales a) y d) del artículo 54 del Estatuto del Fondo del Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali-, el gerente de dicha entidad puede ser removido, entre otras causas, por: “a. *Haber sido sancionado por la SUPERSOLIDARIA o el organismo competente*” y “d. *Por haber sido condenado por autoridad competente, por delitos en los cuales no admite excarcelación o pago de fianza*”, supuestos que, a juicio del actor, no se cumplieron en el presente caso, como pasa a explicarse a continuación:

Adujo que la Superintendencia de la Economía Solidaria no impuso sanción alguna en contra del señor William Emilio Gil Vallejo y que, en todo caso, si se tuviese en cuenta la sanción impuesta por el Juzgado 19 Penal de

¹ “Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones.”

Circuito de Cali en sentencia de 8 de abril de 1999, esta no consistió en la remoción del cargo sino en la suspensión en el ejercicio de sus funciones, es decir, se trata de sanciones que ostentan una naturaleza diferente por lo que no pueden ser asimiladas, pues la remoción tiene un carácter definitivo, la suspensión, por su parte, es temporal.

Consideró que tampoco se configuró el presupuesto previsto en el literal d) del artículo 54 del Estatuto del Fondo del Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali-, en tanto que si bien el señor William Emilio Gil Vallejo fue condenado por el delito de peculado, este hecho punible sí admitía excarcelación o pago de fianza, según se desprende del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de 8 de abril de 1999, proferida por el Juzgado 19 Penal de Circuito de Cali.

Por todo lo anterior, consideró que la Superintendencia de la Economía Solidaria, al mantener incólume la sanción de remoción en contra del señor William Emilio Gil Vallejo incurrió en una vía de hecho, desconoció el derecho al debido proceso y violentó la dignidad humana y el derecho al trabajo.

Finalmente, resaltó que respecto de la sanción impuesta por la Superintendencia de la Economía Solidaria operó el fenómeno de la *“prescripción, caducidad y decaimiento del acto”* por cuanto la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Penal, según Acta No. 193 de 15 de diciembre de 1999, quedó debidamente ejecutoriada el 16 de diciembre de 1999 y la sanción se impuso en el año 2010.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Superintendencia de la Economía Solidaria, por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, como se resume a continuación:

En primer lugar, propuso los siguientes medios exceptivos que denominó: i) *“Improcedencia de la acción por falta de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad”*; ii) *“Improcedencia de la acción por no haberse demandado en su totalidad los actos administrativos que motivaron la presente acción”*, y iii) *“caducidad de la acción”*.

De otro lado, adujo que la Superintendencia de la Economía Solidaria, al expedir los actos acusados, materializó la facultad sancionatoria confiada a dicha entidad por mandato del artículo 36 de la Ley 454 de 1998, para imponer sanciones administrativas al director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria cuando autoricen o ejecuten actos violatorios a la ley, el reglamento o los estatutos de la entidad así como ordenar su remoción.

Finalmente, sostuvo que no hubo desconocimiento del derecho al debido proceso, como quiera que el procedimiento sancionatorio adelantado en contra del señor William Emilio Gil Vallejo se surtió con plena observancia de las garantías procesales del debido proceso, aclarando que si bien la Superintendencia de la Economía Solidaria ordenó revocar la multa impuesta en su contra, consideró necesario mantener la sanción de remoción del cargo

² Folios 206 a 222 del cuaderno principal.

que venía ocupando como Gerente del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali,- pues quedó demostrado que no era la persona idónea para ejercer la representación legal de dicha entidad en vista de que el Juzgado 19 Penal de Circuito de Cali había proferido sentencia condenatoria en su contra por el delito de peculado por extensión.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

Antes de abordar el estudio del fondo, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca analizó las excepciones propuestas por la Superintendencia de la Economía Solidaria que estudió en el siguiente orden, a saber: i) el no agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa; ii) improcedencia de la acción por no haber demandado en su totalidad los actos administrativos, y ii) caducidad de la acción, las cuales fueron desestimadas.

En relación con la primera de las excepciones propuestas, el Tribunal de instancia indicó que en el presente caso no era necesario el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, pues si bien era cierto que se trataba de un asunto conciliable, se configuraba una de las excepciones previstas en el numeral 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en tanto que el actor había solicitado el decreto y la práctica de medidas cautelares.

De otro lado, descartó la operancia del fenómeno de caducidad de la acción, en tanto que la demanda se interpuso dentro del término de cuatro (4) meses de que trata el inciso 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, así como la excepción de *“no haber demandado en su*

³ Folios 290 a 309.

totalidad los actos demandados”, por considerar que la misma se debía decidir al momento de analizar el fondo del asunto.

Declaradas como no probadas las excepciones propuestas por el ente demandado, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, luego de efectuar el análisis del material probatorio arrimado al plenario y confrontarlo con el marco legal que atribuye las competencias a la Superintendencia de la Economía Solidaria, previsto en la Ley 454 de 1998, concluyó que los actos administrativos demandados eran nulos por falsa motivación, para lo cual formuló las siguientes consideraciones que se transcriben *in extenso*:

“[...] En cumplimiento de los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 454 de 1998, la Superintendencia de la Economía Solidaria, inició investigación administrativa con el fin de recolectar información en relación con la situación de la entidad, en su estructura financiera, operativa y verificar el cumplimiento a las normas legales y estatutarias vigentes, lo que concluyó con la expedición de la Resolución No. Resolución No. 20103500001935 de 06 de abril de 2010, por medio de la cual se determinó que no era conveniente para la organización solidaria y para los fines de la misma, que el señor William Emilio Gil Vallejo, siguiera ejerciendo la representación legal de la organización, ordenando así la remoción del cargo en aplicación del numeral 8 del artículo 36 de la Ley 454 de 1998 [...]

Encuentra la Sala que el fundamento utilizado por la Superintendencia de la Economía para remover del cargo al señor Gil Vallejo, fue el proceso impulsado y actuado por la justicia ordinaria dentro de la sanción penal por el delito de peculado por extensión, proceso mediante el cual fue condenado por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Cali, a través de la sentencia No. 033 del 08 de abril de 1999 a la pena de seis (6) meses de arresto y a la suspensión en el ejercicio de sus funciones por el término de seis (6) meses e igualmente se le concedió el derecho a disfrutar de libertad provisional por un período de prueba de dos años. La pena aquí impuesta fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, mediante sentencia No. 193 del 15 de diciembre de 1999.

Encuentra la Sala una vez analizados los documentos aportados, que los actos demandados se encuentran viciados, por cuanto los motivos utilizados por la Superintendencia de la Economía Solidaria, tienen que ver con hechos ocurridos hacía más de 10 años, sin que guarden una inmediatez al tiempo de ejecutar la remoción del cargo que venía ocupando el señor William Emilio Gil Vallejo, es decir para el momento en que dicho ente resolvió remover del cargo al actor no existía un perjuicio inminente.

[...]

Es importante tener en cuenta como la falsa motivación, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, como los hechos que tuvo en cuenta la Superintendencia de la Economía Solidaria para adoptar la decisión fueron apreciados en una dimensión equivocada, tenemos que se incurre en falsa motivación, porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Supersolidaria supuso que existía al tomar la decisión [...]”.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, la parte demandada, por conducto de apoderado judicial, presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia y expuso, en síntesis, lo siguientes motivos de inconformidad

En primer lugar, insistió en la falta de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que, a su juicio, el actor debió presentar la respectiva constancia de agotamiento de dicho requisito, precisando que si bien el accionante solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos,

⁴ Folios 360 a 367.

dicha solicitud fue denegada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante auto de 11 de marzo de 2011.

Alegó que la sanción de remoción se impuso con fundamento en la facultad sancionatoria confiada a la Superintendencia de la Economía Solidaria por mandato del artículo 36 de la Ley 454 de 1998, en su condición de órgano encargado de ejercer la inspección y vigilancia sobre las entidades sujetas a su control, la cual difiere de la terminación de la relación laboral.

Advirtió que ante la inexistencia de una relación laboral con el demandante, dicha entidad no estaba llamada a responder por su reintegro ni por el pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales en los términos fijados en el fallo, máxime si no estaba demostrado el tipo de vinculación que tenía el señor William Emilio Gil Vallejo.

Consideró que la Superintendencia de la Economía Solidaria, con fundamento en el material probatorio recabado durante la investigación, y con base en la visita efectuada los días 17 y 18 de abril de 2007, formuló pliego de cargos tras comprobar las irregularidades cometidas por el señor William Emilio Gil Vallejo en el interior del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali –Fonaviemcali-, y no como lo sostiene el Tribunal de primera instancia cuando indica que se hizo con fundamento en la sanción penal proferida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Cali.

Precisó que el cargo de falsa motivación no estaba llamado a prosperar, por cuanto los hechos que fundamentaron la sanción de remoción impuesta al señor William Emilio Gil Vallejo quedaron claramente descritos en los actos demandados.

Finalmente, sostuvo que tampoco operó el fenómeno de la caducidad, toda vez que la facultad sancionatoria se ejerció dentro del término de tres (3) años previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

V.-TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA⁵

El recurso de apelación fue concedido por el Magistrado sustanciador de la primera instancia, mediante auto de 15 de octubre de 2013.

El proceso le correspondió inicialmente a la Sección Segunda del Consejo de Estado. El Despacho sustanciador través de auto de 28 de marzo de 2014, admitió el recurso de apelación y mediante providencia de 11 de julio de 2014, corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión, y vencido este, al Ministerio Público para que rindiera concepto. En esta oportunidad procesal se pronunciaron el demandante y la entidad demandada, quienes en líneas generales, reiteraron los argumentos expuestos con la demanda y el recurso de alzada, respectivamente.

Encontrándose para fallo, mediante auto de 11 de octubre de 2017, la Sección Segunda remitió por competencia el asunto a la Sección Primera. Repartido el proceso entre los diferentes Despachos que integran la Sección Primera del Consejo de Estado, a través de auto de 31 de marzo de 2014, el Despacho sustanciador avocó conocimiento del asunto, señalando que se trata de actos administrativos de naturaleza sancionatoria expedidos por el Superintendente de la Economía Solidaria en ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control.

⁵ Folios 343 a 331.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

VI.1.- La competencia

La Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del CCA⁶.

VI.2.- Los actos administrativos objeto de análisis de legalidad

El señor William Emilio Gil Vallejo, demandó los siguientes actos administrativos:

- La **Resolución No. 20103500001935 de 6 de abril de 2010** *“Por medio de la cual se resuelve una investigación administrativa y se ordena la remoción de un directivo”*, expedida por la Superintendencia de la Economía Solidaria y,

- La **Resolución No. 20103500004005 de 22 de junio de 2010** *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución de fecha de 6 de abril de 2010”*, expedida por la Superintendencia de la Economía Solidaria. A continuación, se transcriben los apartes más importantes del contenido de tales decisiones:

⁶ Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

**“SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMIA SOLIDARIA
RESOLUCION NUMERO 20103500001935 DE
(06-04-2010)**

*Por medio de la cual se resuelve una investigación administrativa y
se ordena a remoción de un directivo.*

EL SUPERINTENDENTE DE LA ECONOMIA SOLIDARIA.

*En uso de sus facultades legales y en especial de las consagradas
en el artículo 36 numerales 6 y de la ley 454 de 1998, en
concordancia con el numeral 1 del artículo 2 del decreto 186 de
2004 y.*

**CONSIDERANDO.
[...]**

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: sancionar con multa de Diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes al señor WILLIAM EMILIO GIL VALLEJO, identificado con cedula de ciudadanía número 6.264.659 de Calima el Darién (Valle del Cauca), representante legal del FONDO DE EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “FONAVIEMCALI” identificado con el Nit. 890.311.006-8, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: Ordenar la remoción del señor WILLIAM EMILIO GIL VALLEJO, identificado con cedula de ciudadanía número 6.264.659 representante legal del FONDO DE EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “FONAVIEMCALI”, entidad con Nit. 890.311.006-8, con fundamento en el numeral 8 del artículo 36 de la ley 454 de 1998, y de conformidad en las razones expuestas en este proveído. Una vez en firme el acto administrativo, deberá remitirse copia autentica a la cámara de comercio de Cali para que proceda a cancelar el registro en lo que corresponde al Representante Legal.

ARTICULO TERCERO: Notifíquese la presente resolución al señor WILLIAM EMILIO GIL VALLEJO, identificado con cedula de

ciudadanía número 6.264.659 en su calidad de representante legal del FONDO DE EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "FONAVIEMCALI" con Nit. 890.311.006-8, en la calle 18N No 6-AN -22, Edificio Fonaviemcali de CALI-VALLE, advirtiéndosele que contra la misma procede el recurso de reposición para ante el Superintendente de la economía Solidaria, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de conformidad con el artículo 50 y 51 del código Contencioso Administrativo.

ARTICULO CUARTO: La multa impuesta en esta resolución debe consignarse en la cuenta No. 050-00126-2. Dirección del Tesoro Nacional "RECAUDOS SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMIA SOLIDARIA" del Banco Popular, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia. Una vez cancelada la obligación, el sancionado debe enviar copia del recibo de consignación a la oficina de contribuciones y cobranzas de esta superintendencia, ubicada en la carrera 7 número 31-10 piso 11 de la ciudad de Bogotá, con el fin de no ser incluido en el listado del Boletín de Deudores Morosos del Estado, - BDME, y en la página de la institución.

ARTICULO QUINTO: Ejecutoriada la presente resolución, remítase copia al Grupo de Contribuciones y Cobranzas de la Secretaria General de la Superintendencia de la Economía Solidaria, como también al Presidente de la junta directiva de FONAVIEMCALI, para lo de su competencia y para que, en su caso, la junta directiva proceda, de inmediato, a hacer efectiva la sanción de remoción impuesta y a la designación de la persona que de conformidad con las aptitudes y competencias definidas deba continuar desempeñando el cargo de representante legal de la entidad.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá D.C a los 06-04-2010

ENRRIQUE VALDERRAMA JARAMILLO
Superintendente de la Economía Solidaria"

**"SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMIA SOLIDARIA
RESOLUCION NUMERO 20103500004005 DE**

(22-06-2010)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución 20103500001935 de fecha 6 de abril de 2010.

EL SUPERINTENDENTE DE LA ECONOMIA SOLIDARIA.

En uso de sus facultades legales, en especial las conferidas en el artículo 34 de la ley 454 de 1998, en concordancia con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

[...]

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: - **REVOCAR** el artículo primero de la resolución 20103500001935 del 6 de abril de 2010, relacionado con la multa de diez (10) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, por la razones expuestas en la presente resolución, el cual sanciona y remueve un directivo del FONDO DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI-FONAVIEMCALI identificado con el Nit. 860 091-062-6, con domicilio en la calle 18 No 6 AN 22 de la ciudad de Cali-Valle del Cauca.

ARTICULO SEGUNDO: - En cuanto a su remoción, esta Superintendencia mantiene la decisión de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta resolución.

ARTICULO TERCERO: Notificar personalmente y/o por edicto el contenido de la presente resolución de conformidad con lo dispuesto, en el Código Contencioso Administrativo, al señor WILLIAM EMILIO GIL VALLEJO representante legal de fondo, en la calle 18 No 6 AN 22 de la ciudad de Cali-Valle del Cauca o a quien haga sus veces, advirtiéndosele que contra la misma no procede recurso alguno y por ende queda agotada la vía gubernativa.

ARTICULO CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia se debe remitir copia a la Secretaria General y a la Delegatura Asociativa de esta Superintendencia para los fines pertinentes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
Dada en Bogotá D.C a los 22-06-2010

ENRRIQUE VALDERRAMA JARAMILLO”
Superintendente de la Economía Solidaria

VI.3.- El problema jurídico

Con base en el marco competencial señalado por el artículo 328 del CGP⁷, corresponde a la Sala determinar si, a partir de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, son nulas las Resoluciones Nos. 20103500001935 de 6 de abril de 2010 y 20103500004005 de 22 de junio de 2010, mediante las cuales la Superintendencia de la Economía Solidaria ordenó la remoción del cargo que venía ocupando el señor William Emilio Gil Vallejo como Gerente del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali - Fonaviemcali- por haber sido falsamente motivadas, no sin antes emitir un pronunciamiento en relación con la falta de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, aclarando que su análisis se realizará con sustento en las normas vigentes al momento de presentación de la demanda, es decir, las Leyes 640 de 2001, 1285 de 2009 y 1395 de 2010, para lo cual también se tendrá en cuenta la línea jurisprudencial asumida por esta Sección en providencia de 18 de marzo de 2010.

⁷ “[...] Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia [...]”.

VI.4.- La Conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo

VI.4.1.- Ley 1564 de 2012 *“Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”*, introdujo modificaciones importantes en la regulación del trámite conciliatorio extrajudicial como requisito de procedibilidad, pues permitió acudir directamente a la jurisdicción, sin necesidad de su agotamiento previo, cuando se solicitara el decreto y práctica de medidas cautelares de **carácter patrimonial**. La citada norma dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 613. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS ASUNTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

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

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

Ahora bien, la Sala advierte que la parte actora presentó la demanda de la referencia el día 13 de diciembre de 2010⁸, esto es, cuando se encontraban vigentes las Leyes 640 de 2001, 1285 de 2009 y 1395 de 2010 y antes de la

⁸ Folio 120 del cuaderno. 1.

entrada en vigencia del Código General del Proceso, razón por la cual, el análisis que abordará la Sala se realizará a la luz de las citadas disposiciones normativas así como la tesis jurídica esgrimida por esta Corporación en relación con el alcance del inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, que eximía del deber del agotamiento del requisito de procedibilidad cuando se solicitaban medidas cautelares. Ello, con el fin de preservar principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima.

VI.4.2.- Antes de ahondar en el asunto, como punto de partida cabe destacar que en la evolución de la conciliación, la Carta Política de 1991 incorporó una novedad frente a la Constitución Política de 1886 al elevar a rango constitucional los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues la norma superior de 1886 guardó silencio frente a dichos instrumentos. En este nuevo contexto constitucional, el inciso 3º del artículo 116 de la actual Carta Política facultó transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia en condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derechos o en equidad, en los términos que determine la ley⁹.

⁹ En efecto, en los debates que se dieron al interior de la Asamblea constituyente se reflejó la importancia de consagrar la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos que contribuye, entre otros fines, a descongestionar los despachos judiciales, a la promoción de los derechos fundamentales, la participación de los individuos y la convivencia pacífica así como generar un ahorro patrimonial para el Estado. La Corte Constitucional mediante Sentencia C- 1195 de 2001, mediante la cual la Corte Constitucional resolvió declarar la constitucionalidad de los artículos 35, 36, 37 y 38 de la Ley 640 de 2001, que regulan la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acudir a las jurisdicciones civil y contencioso administrativa en relación con el cargo planteado en la demanda sobre el acceso a la administración de justicia y en ella se indicó que la conciliación está orientada al cumplimiento de los siguientes objetivos: “ (...) *facilitar el acceso a la justicia; (ii) proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; (iii) mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos; y (iv) aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal*”.

El primer referente normativo se encuentra en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, la cual estatuyó por primera vez la posibilidad de que las personas jurídicas de derecho público puedan acudir a la conciliación prejudicial o judicial para dirimir conflictos de carácter particular y de contenido patrimonial ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, es decir, para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y controversias contractuales.

Posteriormente se expidió la Ley 446 de 1998 que definió la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio del cual dos o más personas gestionan la solución directa de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador. Dicha ley, facultó al Gobierno Nacional para que compilara las normas en materia de conciliación, arbitraje, amigable composición y la conciliación en equidad vigentes para la época, lo que dio lugar a la expedición del Decreto 1818 de 1998¹⁰.

Más adelante, de cara a la necesidad de crear mecanismos de solución de conflictos para facilitar el acceso a la administración de justicia, la Ley 640 de 2001, incorporó nuevas reglas en materia de conciliación extrajudicial para asuntos administrativos. En este sentido, su artículo 35 consagró la conciliación como un requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, civil y de familia. Al respecto, la citada norma indicó:

¹⁰ Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

“ARTICULO 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. <Requisito de procedibilidad laboral INEXEQUIBLE>¹¹ En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es **requisito de procedibilidad** para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, ~~laboral~~ y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.

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 del 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.

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 en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

PARAGRAFO. Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2)

¹¹ Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia 893 de 2001.

salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura”.

Por su parte, el artículo 37 desarrolló el requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativos para incoar las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, es decir, para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de las controversias contractuales, siempre que se trate de asuntos conciliables. En efecto, indicó la citada disposición normativa:

*“ARTÍCULO 37. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los **artículos 85, 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.*

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

PARÁGRAFO 2o. 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.”
(Negritas fuera de texto original)

Esta norma fue corregida por el Decreto 131 de 2001, con el objeto de contemplar la conciliación como requisito de procedibilidad en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales, dejando de lado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De hecho, la parte motiva de la citada norma indicó que la referencia al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo no había quedado incorporada en los debates

que se dieron al interior del Congreso de la República, por lo que era necesario corregir dicho yerro en que se incurrió al incorporar la conciliación para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹². En este sentido, el artículo 2ª previó lo siguiente:

“ARTÍCULO 2°. Corríjase el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 en el sentido de que su tenor literal es el siguiente:

*Artículo 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.*

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

Parágrafo 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.”
(Negritas fuera de texto original)

Cabe destacar que el artículo 23 de la Ley 640 de 2001, en su redacción original disponía que las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo debían ser adelantadas ante los Agentes del

¹² En efecto, en la parte considerativa del aludido Decreto 131 de 2001 quedó consignado lo siguiente: “Que en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos 86 y 87 del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000”.

Ministerio Público y **ante los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia.** Esta última regla fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 893 de 2001¹³, con lo cual, a partir de la sentencia de constitucionalidad citada se refirmó la competencia de la Procuraduría General de la Nación como única institución encargada de adelantar las conciliaciones en asuntos contenciosos administrativos.

Más adelante, la Ley 1285 de 2009¹⁴, que reformó Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, incorporó un nuevo artículo en la Ley 270 de 1996, con el objeto de reiterar la obligatoriedad de la conciliación como requisito de procedibilidad para dar paso al proceso judicial no solo para las

¹³ Las principales razones que llevaron a la declaratoria de inexecutable fueron las siguientes: “[...] el cargo está llamado a prosperar, pues en efecto las normas acusadas establecen una delegación permanente de la función de administrar justicia en los particulares, desconociendo flagrantemente el texto del artículo 116 de la Carta que expresamente autoriza al legislador para atribuirles dicha función pero en forma transitoria. Ciertamente, cuando el artículo 23 acusado alude a “los conciliadores de los centros de conciliación”, indudablemente se está refiriendo a un grupo determinado de individuos que tienen como función habitual actuar como conciliadores, toda vez que se trata de personas que por regla general deben ser abogados en ejercicio que habiendo acreditado la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, se inscriben ante un centro de conciliación y se encuentran, por ende, en continua disponibilidad de servir como conciliador (art. 6° de la Ley 640 de 2000). Aparte de lo anterior, debe recordarse que por mandato del artículo 116 Superior la conciliación tiene un carácter esencialmente voluntario, porque son las partes las que, en cada caso en concreto, seleccionan en forma espontánea al particular que habrá de hacer las veces de conciliador, lo cual impide que, desde este punto de vista, se establezca una suerte de permanencia en el ejercicio de dicha función. En el caso de los notarios ocurre algo similar. Aún cuando los notarios son particulares que ejercen una función pública y, por ende, podrían ser en principio autorizados legalmente para que oficien como conciliadores, **la norma acusada no establece un límite en el tiempo para el ejercicio de su función conciliadora contraviniendo de esta manera el artículo 116 Fundamental que le asigna carácter transitorio a la conciliación.** Aparte de estas razones, no deja de preocupar a la Corte que la función asignada a los conciliadores de los centros de conciliación y a los notarios **además de tener vocación de permanencia en el tiempo -hecho que por sí solo la hace inconstitucional-, sea onerosa en términos económicos para quienes deseen hacer uso de ella, pues en este sentido se estaría desconociendo la igualdad de oportunidades para acceder libremente a la administración de justicia” (Destacado fuera de texto).**

¹⁴ “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.”

acciones de reparación directa y de controversias contractuales, sino también la hizo extensiva para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, la citada norma indicó:

“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.

Finalmente, la Sala recuerda que se expidió la Ley 1395 de 2010¹⁵, con el objeto de adoptar algunas medidas de descongestión judicial. El artículo 52 de la citada normatividad modificó el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 52. <Ver modificaciones directamente en la Ley 640 de 2001> El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 quedará así:

“ARTICULO 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

¹⁵Publicada en el Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010.

contemplan 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.

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.*

PARÁGRAFO 1o. Cuando la conciliación extrajudicial sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

PARÁGRAFO 2o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación. ~~De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder.~~¹⁶

¹⁶ Parágrafo 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-598-11 de 10 de agosto de 2011,

PARÁGRAFO 3o. En los asuntos contenciosos administrativos, antes de convocar la audiencia, el procurador judicial verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en el reglamento. En caso de incumplimiento, el procurador, por auto, indicará al solicitante los defectos que debe subsanar, para lo cual concederá un término de cinco (5) días, contados a partir del día siguiente a la notificación del auto, advirtiéndole que vencido este término, sin que se hayan subsanado, se entenderá que desiste de la solicitud y se tendrá por no presentada. La corrección deberá presentarse con la constancia de recibida por el convocado. Contra el auto que ordena subsanar la solicitud de conciliación sólo procede el recurso de reposición.” (Negrillas de la Sala)

De lo anterior se desprende que, a partir del año 2009, se reafirmó la conciliación como requisito de procedibilidad para el inicio de las controversias de carácter patrimonial con ocasión de los contratos estatales, de reparación directa por los daños antijurídicos causados por el Estado por los hechos, omisiones, operaciones o actuaciones administrativas o por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa y también para la acción de nulidad y

Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, con fundamento en los siguientes argumentos: “*Entiende la Sala, entonces, que quienes que acuden a una conciliación prejudicial en materia civil y de familia pueden aportar las pruebas documentales o anticipadas en su poder como respaldo de su fórmula de acuerdo y como un elemento más que les permita arribar a una solución, tal como sucede en materia administrativa, pero sin que la falta de ellas les impida presentarlas posteriormente en el proceso formal ante la ausencia de acuerdo, pues la imposición de esta sanción no sólo resulta lesiva de los derechos analizados sino de la naturaleza misma de la conciliación que, a diferencia del proceso judicial o del arbitramento, **no es decisorio**. Por tanto, resulta contrario al derecho al debido proceso y a la defensa, como a la naturaleza misma de la conciliación, la sanción que consagra el parágrafo 2 del artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, cuando prescribe que **“De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder.”**, porque impone una carga desproporcionada a las partes, pues si la idea de este mecanismo de resolución alterna de conflictos es que éstas libremente y voluntariamente se acerquen para acordar sus diferencias, sin necesidad de estar asistidos por abogado y sin tener que agotar los trámites de un proceso normal, la carga impuesta en el precepto acusado resulta limitando la posibilidad de llegar a un escenario libre de apremios para lograr la negociación de las diferencias”* (Destacado es original).

restablecimiento del derecho. Por ende, tratándose de las referidas acciones, el actor debía aportar junto con la demanda la respectiva constancia que acreditara el agotamiento del requisito de procedibilidad expedida por los Agentes del Ministerio Público y el incumplimiento de dicho requisito acarrearía el rechazo de la demanda.

Es claro que a la luz del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, el requisito de procedibilidad no era exigible en aquellos casos en los que el interesado haya solicitado el decreto y práctica de una medida cautelar, lo que significa que en estos eventos el actor podía acudir directamente a la jurisdicción, sin previo agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

En relación con el alcance de la citada disposición normativa, cabe precisar que la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante decisión del 18 de marzo de 2010¹⁷, sostuvo la tesis según la cual las medidas cautelares a las que hacía referencia el inciso 5º artículo 35 de la Ley 640 de 2001 eran las previstas en el Código de Procedimiento Civil que tienen como finalidad, por ejemplo, evitar que el deudor se insolvente cuando tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento ejecutivo en su contra, por lo que la suspensión provisional, dada su naturaleza y finalidad, no excusaba a la parte actora del agotamiento del requisito de procedibilidad. Al respecto, la citada providencia, dispuso:

“[...] Por último, sobre si la solicitud de suspensión provisional excusa a la parte actora de cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, observa la Sala que el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 dispone:

¹⁷ Número de Radicado: 13001 2331 000 2009 00086 01, actora: Lesbia del Carmen Barranco Heras, demandado: la Empresa Social del Estado, Hospital San Pablo de Cartagena –en liquidación-. Magistrado Ponente: Doctor Marco Antonio Velilla.

ARTICULO 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, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.

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 del 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.

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 en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

PARAGRAFO. Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Estima la Sala que las medidas cautelares de que trata el citado artículo hacen referencia a aquellas previstas en el Código de Procedimiento Civil y que tienen como finalidad evitar que el deudor se insolvente.

Por su parte, la suspensión provisional prevista en el artículo 152 del C.C.A. suspende un acto administrativo, por manifiesta infracción entre las normas invocadas como vulneradas, cuando las entidades estatales o las particulares que cumplan funciones administrativas expiden un acto administrativo manifiestamente ilegal. De ello se sigue que al guardar una naturaleza y finalidad distintas, no pueden ser asimiladas [...]” (Subrayado es original y negrillas de la Sala)

Dicha tesis expuesta anteriormente fue recogida por esta Corporación en providencia del 19 de mayo de 2011¹⁸ (reiterada en proveídos de 30 de junio de 2011¹⁹) que al respecto destacó:

“[...] A juicio de la Sala, dentro de las medidas cautelares de que trata el citado artículo no se encuentra la de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados, sino que las mismas hacen referencia a aquellas previstas en el Código de Procedimiento Civil, que tienen como finalidad, por ejemplo, evitar que el deudor se insolvente cuando tenga conocimiento de la inminencia del proceso ejecutivo que se va a adelantar en su contra; o impedir la inscripción de la demanda transfiriendo el dominio de los bienes antes de tal inscripción [...]” (Destacado es nuestro)

Así mismo, en providencia del 10 de julio de 2014²⁰, reiterando la postura anterior sostenida por esta Corporación, se indicó:

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Auto de 19 de mayo de 2011, rad.: 25000 2324 000 2009 00444 01. Actora: BP EXPLORATION COMPANY LIMITED (COLOMBIA). M.P. María Elizabeth García González.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Primera. Auto de 30 de junio de 2011, rad.: 13001 2331 000 2009 00382 01. Actor: JEWAN SINGH M.P. María Elizabeth García González.

²⁰ Número de Radicado: 25000 2324 000 2012 00862 01, actor: B.P. EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTDA, demandado: la Nación-Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

“[...] El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, dispone [se cita]

Al respecto, esta Sala, en otras oportunidades, ha señalado que dentro de las medidas cautelares de que trata el citado artículo no se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados, sino que estas hacen referencia a aquellas previstas en el Código de Procedimiento Civil, que tienen como finalidad, por ejemplo, evitar que el deudor se insolvente cuando tenga conocimiento de la inminencia del proceso ejecutivo que se va a adelantar en su contra; o impedir la inscripción de la demanda transfiriendo el dominio de los bienes antes de tal inscripción; lo que en consecuencia significa que la solicitud de suspensión provisional no excusa a la parte actora de cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

En este orden de ideas como quiera que la demanda se instauró en vigencia de la Ley 1395 de 2010 la parte actora estaba en la obligación de agotar el requisito de procedibilidad consagrado en la misma [...]” (Destacado de la Sala)

Sin embargo, cabe recordar que mediante providencia del 6 de octubre de 2017²¹, la Sección Primera de esta Corporación rectificó la jurisprudencia en relación con el alcance de la interpretación de la expresión *“[...] medidas cautelares de carácter patrimonial”*, consagrada en el artículo 613 del Código General del Proceso, en el entendido que la norma exige que la medida tenga un carácter patrimonial y nunca que las medidas tengan efectos patrimoniales, es decir, aquellas que directa e inmediatamente afectan al patrimonio de las personas naturales o jurídicas y nunca señala que las mismas deban tener efectos patrimoniales.

²¹ Radicación Número: 25000-23-41-000-2015-00554-01, actor: SOCIEDAD MOVILGAS LTDA, demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría Distrital De Ambiente, Magistrado Ponente: Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

A la luz de esta nueva postura queda excluida la suspensión provisional pues su propósito no es afectar el patrimonio de las personas sino despojar transitoriamente los efectos jurídicos de un acto administrativo que es considerado contrario al ordenamiento jurídico de manera preliminar.

Cabe aclarar que la Sección Primera de esta Corporación en la precitada providencia dejó claro que la postura jurisprudencial tendría efectos hacia el futuro, con el fin de respetar principios como la confianza legítima y la seguridad jurídica. Al respecto, la Sala sostuvo lo siguiente:

*“[...] esta Sala considera que debe rectificar la posición expuesta en las providencias judiciales precitadas, en la medida el artículo 613 del CGP claramente se refiere a **«[...] medidas de carácter patrimonial [...]» y nunca señala que las medidas deben tener efectos patrimoniales.***

“[...] Cabe precisar que cuando hablamos del carácter de una cosa nos estamos refiriendo, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al “[...] Conjunto de cualidades o circunstancias propias de una cosa, de una persona o de una colectividad, que las distingue, por su modo de ser u obrar, de las demás [...]”, esto hablando, entonces, de que la medida cautelar debe ser patrimonial, no tener efectos patrimoniales, entendiendo por efecto, “[...] Aquello que sigue por virtud de una causa [...]”.

La medida cautelar, entonces, debe ser patrimonial, entendiendo patrimonial como “[...] relativo al patrimonio [...]” y patrimonio como “[...] Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica [...]”, lo que nos lleva a indicar que cuando el artículo 613 del CGP se refiere a las medidas cautelares de carácter patrimonial se está refiriendo a medidas que directa e inmediatamente afectan el patrimonio de las personas naturales o jurídicas que deben soportarlas.

El concepto anterior coincide con la clasificación de las medidas cautelares elaborada por un sector de la doctrina, que destaca que dichas medidas pueden ser de carácter patrimonial o de carácter

personal, entendiendo por las primeras “[...] 12.3.1. DE CARÁCTER PATRIMONIAL [...] Como su nombre lo indica, son aquellas que tienen como propósito primordial la afectación de bienes [...]”.

Es claro, entonces que, y a manera de ejemplo, el embargo de bienes tiene el carácter de medida patrimonial, en tanto que directamente “[...] sustrae del comercio el bien cautelado, de tal suerte que si se llegare a vender un bien que soporta un embargo, tal contrato será declarado nulo, de nulidad absoluta, por objeto ilícito. En caso de que el bien esté sujeto a registro, y sobre él se inscribe un embargo, el correspondiente registrador debe abstenerse de registrar cualquier acto de disposición sobre el bien, como una venta o una hipoteca [...]”, **lo cual no ocurre con la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.**

Esta Sala ha resaltado que entre las características principales de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos están “[...] su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida [...]”, e igualmente ha indicado que su finalidad es la de “[...] «evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho [...]”, lo que claramente excluye su patrimonialidad pues su propósito no es afectar el patrimonio de las personas jurídicas o naturales, sino despojar de sus efectos, temporalmente, a un acto administrativo que, preliminarmente, es considerado contrario al ordenamiento jurídico.

Cuestión diferente es que, indirectamente, la suspensión de los efectos del acto administrativo traiga efectos en el patrimonio de las personas naturales o jurídicas que la han solicitado o que resultan afectadas con la respectiva medida [...]” (Destacado nuestro).

Realizadas estas consideraciones generales, esta Sala procederá al análisis del caso concreto, dejando claro que, como se advirtió anteriormente, el

análisis del presente caso se realizará a la luz del criterio jurídico existente al momento de presentación de la demanda con el fin de garantizar principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima.

VI.5.- El caso concreto

En el *sub examine*, quedó demostrado que la demanda, que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instauró el William Emilio Gil Vallejo, fue incoada **el día 13 de diciembre de 2010**, es decir, cuando ya se encontraba vigente la Ley 1285 de 2009²² que consagró el requisito de procedibilidad de la conciliación para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así mismo, quedó probado que el señor William Emilio Gil Vallejo, a través de apoderado judicial e invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho acudió a la jurisdicción contencioso administrativa con miras a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 20103500001935 de 6 de abril de 2010 y 20103500004005 de 22 de junio de 2010, expedidas por la Superintendencia de la Economía Solidaria mediante las cuales fue removido del cargo de Gerente del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali-. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo de Gerente del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali- así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación laboral hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

²² Publicada en el Diario Oficial 47.283 de marzo 6 de 2009.

De lo anterior surge que el restablecimiento deprecado por el actor tiene un claro contenido económico que se traduce en la indemnización por los perjuicios causados por los actos acusados de ilegalidad, por lo que resulta evidente que al ser un asunto de naturaleza conciliable, el actor debió aportar la respectiva constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad expedida por el Agente del Ministerio Público para el inicio del proceso judicial. Tampoco se configura alguna de las excepciones previstas en el párrafo 1º del artículo 2 del Decreto 1716 de 2009²³.

Sumado a lo anterior, en escrito separado visible a folios 2 a 6 del cuaderno No. 2 del expediente, el señor William Emilio Gil Vallejo solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados, mediante los cuales se dispuso la orden de remoción del cargo que venía ocupando como Gerente del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali - Fonaviemcali-.

Al respecto, el Tribunal de primera instancia consideró que en el presente caso no era necesario el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, pues si bien era cierto que se trataba de un asunto conciliable, se configuraba una

²³**Artículo 2º.** *Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa.* 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.

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.

de las excepciones previstas en el numeral 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en tanto que el actor había solicitado el decreto y la práctica de medidas cautelares.

En el presente asunto, es posible constatar que si bien el actor presentó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados, lo cierto es que la posición de la Sala al momento de presentación de la demanda señalaba que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos no excusaba a la parte actora del previo agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, toda vez que las medidas cautelares a que hacía referencia el inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, aludían a las previstas en el Código de Procedimiento Civil.

Por ende, hizo mal el *a quo* al considerar que en el presente caso operaba una de las excepciones previstas en el numeral 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, con la modificación incorporada por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, toda vez que el criterio jurídico existente al momento de presentación de la demanda excluía la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos como una de las medidas cautelares que permitía acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa, sin agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para demandar.

En este contexto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, declarará de oficio la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad. Como consecuencia de lo anterior, esta Sala se inhibe de realizar un pronunciamiento de fondo

respecto de los argumentos planteados por el recurrente en el recurso de apelación.

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

F A L L A

PRIMERO. REVOCAR la providencia apelada, esto es, la sentencia de 23 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Laboral de Descongestión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad. Como consecuencia de lo anterior, la Sala se **INHIBE** de realizar un pronunciamiento de fondo en relación con la materia objeto del recurso de apelación, por la razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia, de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado