



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000 2324 000 2010 00218 01

Demandante: INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL COLEGIO NACIONAL NICOLÁS ESGUERRA

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
FALLO – SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso el apoderado del demandante, contra la sentencia de 28 de julio de 2013, por la cual la Sección Primera, Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda por ausencia del requisito de procedibilidad y, en consecuencia, se inhibió de conocer de fondo el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La **INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL COLEGIO NACIONAL NICOLÁS ESGUERRA**, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, para que accediera a las siguientes pretensiones:

"DECLARACIONES

1. Declarar la Nulidad del Acto Administrativo, contenido en la Resolución No. 000272 de fecha 17 de junio de 2009, proferida por la Registradora Principal Encargada Dra. Gloria Inés Pérez Gallo, por medio de la cual ordenó dentro del folio de matrícula 050C-548892, las siguientes correcciones: a).- Anotación 2 de 28-05-1966 (Escritura No.268/1968), en especificación es "Entrega, fin para desarrollar la actividad del Nicolás

¹ Radicada el 7 de mayo de 2010 (folios 1 a 16 del cuaderno N° 1 del expediente).



Esguerra, en personas suprimir la "X", de propietario al "INSTITUTO NICOLÁS ESGUERRA", incluir la "X", de propietario a la NACIÓN, b).- Anotación 3 de 06-11-2002 (Oficio No.6100126891 de 05-11-2002), en comentario incluir "El ejecutado no es propietario, Art.681 del C. de P. C.", en personas suprimir la "X", de propietario al ejecutado; c).- Dejar sin valor ni efecto jurídico el registro efectuado en la Anotación 3-06-11-2002 (Oficio No.6100126891/2002), embargo de jurisdicción coactiva.

2. Declarar la Nulidad del Acto Administrativo, contenido en la Resolución No.000390 de fecha 08 de septiembre de 2009, proferida por el Registrador Principal Encargado Dr. Javier Salazar Cárdenas, por medio de la cual resolvió el Recurso de Reposición, interpuesto en escrito radicado con RD 20725 del 29 de Julio de 2009, por el Doctor Arturo Varela Morales, quien actúa en su calidad de rector de la Institución Educativa Distrital "Colegio Nacional Nicolás Esguerra", en contra de la Resolución No.000272 del 17 de Junio de 2009, negando las pretensiones y concediendo el Recurso de Apelación Impetrado.

3. Declarar la Nulidad del Acto Administrativo, contenido en la Resolución No.10724 de fecha 29 de diciembre de 2009, expedida por el Director de Registro Dr. ORLANDO GALLO SUÁREZ, por medio de la cual resolvió los recursos (de apelación, interpuestos, confirmando la Resolución No.000272, de fecha 17 de junio de 2009, proferida por la Registradora Principal Encargada Dra. Gloria Inés Pérez Gallo).

CONDENAS.

4. Como consecuencia de las anteriores se condene a la Registradora Principal Encargada Dra. Gloria Inés Pérez Gallo, o quien haga sus veces, a título de restablecimiento del derecho, a efectuar las siguientes correcciones en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-548892. a).- Anotación 2 de 28-05-1966 (Escritura No.268/1968), en especificación 101, en personas colocar la "X", de propietario al "INSTITUTO NICOLÁS ESGUERRA", b).- Anotación 3 de 06-11-2002 (Oficio No.6100126891 de 05 -11-2002), no incluir comentario, y además señalar o colocar la "X", de propietario al ejecutado, dejar con pleno efecto jurídico la anotación 3 de 06-11-2002 (Oficio No.6100126891/2002), es decir volver las cosas al estado anterior, siendo los mismos que se encontraban al momento de expedir el acto anulado.

5. Condenar a la demandada al pago de las costas procesales en que ha incurrido mi poderdante².

1.2. Los hechos

Indicó que en aplicación del artículo 3° de la Ley 108 de 1963 el Colegio Nicolás Esguerra procedió a permutar el lote adjudicado mediante Ley 1ª de 1960, a que se refiere el parágrafo del artículo 9ª de la Ley 3 de 1962, por el lote adquirido para la Radiodifusora Nacional, más la suma

² Folios 3 a 4 del cuaderno N° 1 del expediente.



tres millones ochocientos mil pesos (\$3'800.000), para la construcción del edificio y dotación.

Aseguró que mediante Escritura Pública N° 0268 de 2 de febrero de 1996, otorgada en la Notaria 9ª del Círculo de Bogotá se transfirió la propiedad del lote identificado con folio de matrícula inmobiliaria N° 050C-548892 al Colegio Nacional Nicolás Esguerra.

Sostuvo que la Registradora Principal (E) de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C. – Zona Centro- profirió Resolución N° 272 de 17 de junio de 2009 mediante la cual ordenó corregir el folio de matrícula inmobiliaria 050C-548892, en la anotación 2 de fecha 28 de mayo de 1966 y en la anotación 3 de fecha 6 de noviembre de 2002, en el siguiente sentido: I) que la escritura pública N° 268 de 2 de febrero de 1996 no manifiesta transferencia del derecho real de dominio; y II) que el Colegio Nicolás Esguerra careciendo de personería jurídica no podía realizar el contrato y menos aparecer como titular del derecho de dominio del inmueble objeto de discusión.

Afirmó que contra la anterior decisión interpuso los recursos de reposición y apelación, de los cuales el primero de ellos fue resuelto mediante Resolución N° 390 de 8 de septiembre de 2009 negando el recurso y concediendo la apelación, mientras que el segundo se decidió mediante Resolución N° 10724 de 29 de diciembre de 2009, confirmando la decisión inicial.

Agregó que la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución N° 2988 de 24 de septiembre de 2002, señaló que el Colegio Nicolás Esguerra se denominaría "*Institución Educativa Distrital Colegio Nicolás Esguerra*".

1. 3. Las normas violadas y el concepto de la violación

Constitución Política artículos 2, 4, 6, 13, 14, 58 y 229.

Código Contencioso Administrativo artículo 84

La parte actora en el concepto de violación explicó que la Constitución Política reconoce el derecho a la personalidad jurídica, consagrado como un mecanismo para evitar que el Estado o sus autoridades desconozcan a una persona como sujeto de derecho. Derecho que no



solo corresponde las personas humanas, sino a las creadas por la Ley o la Carta.

Sostuvo que los actos acusados desconocen los derechos adquiridos por la demandante, toda vez que mediante Escritura Pública N° 0268 de 2 de febrero de 1966 se transfirió la propiedad del inmueble identificado con número de matrícula inmobiliaria 050C-548892 al Colegio Nicolás Esguerra.

Señaló que los actos acusados adolecen de falsa motivación por cuanto desconocieron un aspecto del acuerdo de voluntades que se protocolizó, a saber: **I)** la cláusula tercera de la escritura pública N° 0268 manifiesta la transferencia del derecho real de dominio en favor de la demandante; y otro aspecto sustancial normativo y es que: **II)** la Ley 35 de 22 de marzo de 1938 reconoció personería jurídica a la demandante, luego su condición de sujeto de derecho le deviene por ministerio de la Ley.

II. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. La demanda le fue notificada al representante legal de la Superintendencia de Notariado y Registro quien, por intermedio de apoderado judicial, defendió la legalidad de los actos acusados, señalando que fueron proferidos con observancia de las formalidades legales y dentro del ámbito de sus competencias³.

Indicó que su actuación se produjo como consecuencia de la consulta elevada por la Ministra de Educación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, respecto de la Escritura Pública número 268 de 2 de febrero de 1966, a la que se respondió así: **I)** la destinación realizada mediante ley no implica transferencia del dominio a favor de la institución educativa; **II)** el titular del derecho de dominio es el Ministerio de Educación, por lo que debe solicitar al Registrador de Instrumentos públicos de Bogotá que ordene la corrección en el registro respectivo; **III)** La ley de saneamiento contable opera a favor del Ministerio de Educación; y **IV)** Corresponde al Ministerio de Educación, como titular del inmueble, soportar la carga tributaria y contributiva que recaiga o haya recaído sobre el mismo.

³ Folios 149 a 160 del cuaderno N° 1 del expediente.



2.2. Trámite de la demanda

A través de providencias de fechas 26 de mayo de 2011 y 17 de noviembre de 2011⁴, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", admitió la demanda y negó la suspensión provisional de los actos acusados.

Las anteriores providencias fueron suscritas por los Magistrados Ayda Vides Paba, Fredy Ibarra Martínez y **Carlos Enrique Moreno Rubio**.

III. LA SENTENCIA APELADA

El *a quo* declaró probada de oficio la ineptitud sustantiva de demanda por ausencia del requisito de procedibilidad y, en consecuencia, se inhibió de conocer el fondo del asunto⁵, de conformidad con las siguientes consideraciones:

Señaló que a la luz del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial siempre constituirá requisito de procedibilidad en las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA o las normas que lo sustituyan, cuando los asuntos sean conciliables.

Aseguró que revisado el expediente se advierte que no reposa la constancia de haber adelantado dicho trámite, y que si bien debió haberse realizado pronunciamiento al respecto al momento de resolver sobre la admisión de la demanda, rechazándola como lo establece el artículo 36 de la Ley 640 de 2001, llegado el momento de proferir sentencia se advirtió tal falencia por lo que la consecuencia obligada era proferir fallo inhibitorio.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, a través de apoderado judicial, solicitó revocar sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda de conformidad con los siguientes argumentos⁶.

⁴ Folios 63 a 66 y 139 a 144 del Cuaderno N° 1 del Expediente.

⁵ Folios 264 a 277 del cuaderno N° 2 del expediente.

⁶ Folios 279 a 288 del cuaderno N° 2 del expediente.



Sostuvo que los fallos inhibitorios son constitutivos de vías de hecho por cuanto comportan una violación judicial al ordenamiento jurídico que no puede alcanzar en justicia el nivel y la intangibilidad de la cosa juzgada.

Señaló que la inepta demanda se produce en dos eventos: **I)** cuando la demanda no se ajusta a los presupuestos de que tratan los artículos 75 a 79 del CPC; o **II)** cuando el libelo demandatorio contiene indebida acumulación de pretensiones; supuestos que no se advierten en el presente asunto.

Aseguró que la conciliación extrajudicial, contenida en el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 y modificada por al artículo 40 de la Ley 1395 de 2010, es un anexo y no un requisito de forma de la demanda.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1.- La institución demandante, a través de apoderado, reiteró en líneas generales los argumentos del escrito de demanda y del recurso de alzada⁷.

5.2.- La Superintendencia de Notariado y Registro, a través de apoderada judicial, solicitó confirmar la sentencia proferida en primera instancia por cuanto al constatarse que no se agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, al momento de dictar sentencia, no puede emitirse decisión diferente al fallo inhibitorio; en lo demás reiteró los argumentos expuestos en su escrito de contestación de demanda⁸.

VI. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos de Distrito Judicial, de conformidad con el

⁷ Folios 8 a 14 de este cuaderno.

⁸ Folios 15 a 22 de este cuaderno.



artículo 129 numeral 1º del CCA y, en cumplimiento al Acuerdo N° 357 de 5 de diciembre de 2017 celebrado entre las Secciones Quinta y Primera ante la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta de la Corporación es competente para proferir la decisión de segunda instancia en el proceso de la referencia, en tanto ha sido remitido dentro del acuerdo de descongestión por la Sección Primera.

7.2. Cuestión previa

Del impedimento manifestado por el Consejero de Estado, Carlos Enrique Moreno Rubio

El doctor Moreno Rubio manifestó impedimento⁹ para resolver el asunto de autos por haber participado en el trámite de instancia, al haber hecho parte de la decisión que profirió los autos de 26 de mayo de 2011 y 17 de noviembre de 2011, por medio de los cuales se admitió la demanda del expediente de la referencia y se dispuso negar la suspensión provisional de las resoluciones demandadas.

El Consejero, entonces, consideró estar incurso en la causal 2ª del artículo 141 del Código General del Proceso -anteriormente contenida en el mismo numeral del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala aceptó su impedimento y lo separó del conocimiento del caso al constatar la materialización de la causal, ya que, de conformidad con el alcance de la misma, esta se configura por *«Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente»*.

7.2. Problema jurídico

Observa la Sala que el problema jurídico gira en torno a dilucidar si era procedente declarar probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, en caso afirmativo se confirmará la sentencia apelada, y en caso negativo se procederá a revocarla, para en su lugar realizar el pronunciamiento que en derecho corresponda.

⁹ Folio 39 de este cuaderno.



Para solucionar el anterior problema la Sala, teniendo en cuenta los argumentos del recurso de apelación, abordará los siguientes derroteros: **I)** obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en los procesos adelantados en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; **II)** diferencia entre un requisito formal y un presupuesto procesal; **III)** el fallo inhibitorio respecto procesos adelantados sin el cumplimiento de los presupuestos señalados por la ley; y **IV)** el caso concreto.

7.2.1. Obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en los procesos adelantados en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto, la Sala estima necesario precisar que a partir de la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 640 de 2001 se estableció la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, así:

*“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”.*

Pero se aclara que en dicho momento legislativo, y como se evidencia del texto pretranscrito, la conciliación como requisito de procedibilidad sólo era exigible en las acciones de reparación directa (art. 86 CCA) y de controversias contractuales (art 87 ib). De tal forma, que fue sólo hasta la expedición de la Ley 1285 de 2009, que la conciliación extrajudicial emergió en nuestro ordenamiento jurídico como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al reformar precisamente en ese punto a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como se puede observar a continuación:

“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.” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 1285 dispone que dicha exigencia rige a partir de su promulgación y al ser una norma procesal se predica de ella su aplicación inmediata, conforme lo dispone el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que para el caso objeto de estudio, era menester, antes de proveer sobre la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, verificar si el asunto era conciliable y, en consecuencia, si era obligación de la parte actora aportar constancia del intento de conciliación.

De lo anterior se concluye que, en los procesos adelantados en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otros, se debe agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, el cual se erige como uno de los requisitos y formalidades a constatar por el juez al momento de realizar el estudio de admisión de la demanda y cuya ausencia de acreditación se debe señalar en el auto que inadmita la demanda, ahora bien, si no se acredita tal requisito, luego de concedida la oportunidad para subsanar, se debe proceder al rechazo de la demanda.

Ahora bien, teniendo en cuenta las particularidades del caso, la Sala procederá a analizar las consecuencias de no agotar el requisito de procedibilidad, llegado el momento de proferir decisión de fondo.

7.2.2. Diferencia entre un presupuesto procesal y un requisito procesal.

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado se deben tener en cuenta los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que la *litis* se desarrolle con la precisión requerida para que en el asunto puesto a su conocimiento, en forma de demanda, se profiera una sentencia de fondo¹⁰.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, radicado número 85001-23-31-000-1997-0474-01 (15.598), Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO.



En desarrollo de lo anterior, la Corporación ha sostenido que las disposiciones contenidas en los artículos 137¹¹, 138¹² y 139¹³ del CCA se erigen como los presupuestos procesales de cualquier demanda que se presente ante la Jurisdicción de los Contenciosos Administrativo.

En todo caso, el incumplimiento de estos presupuestos tiene como consecuencia la inadmisión de la demanda, situación que puede ser enmendada por la parte demandante de conformidad con el auto inadmisorio, del cual se derivan dos posibilidades, a saber: **I)** corregir en la forma señalada para que se profiera auto admisorio; **y)** no corregir en la forma señalada, caso en el que se rechazará la demanda.

11 ARTÍCULO 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se demanda.
3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

12 "Artículo 138. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda, deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren".

13 "Artículo 139. LA DEMANDA Y SUS ANEXOS. A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso; y los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en su poder.

Se reputan copias hábiles para los efectos de este artículo, las publicadas en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera la autenticación.

Cuando la publicación se haya hecho por otros medios, la copia tendrá que venir autenticada por el funcionario correspondiente.

Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el Ponente antes de la admisión de la demanda.

Deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título, y la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso.

Al efecto, deberá acompañarse con la demanda la prueba del recurso o petición elevado ante la administración, con la fecha de su presentación.

Deberá acompañarse copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes".
Negrillas de la Sala)



Ahora bien, en cuanto al requisito de procedibilidad, a diferencia de los presupuestos procesales, su incumplimiento imposibilita que la jurisdicción contenciosa administrativa avoque conocimiento en un asunto en el que no se acredite; sin embargo, es necesario precisar que al momento de realizar el estudio de admisión de las demandas que se presenten en ejercicio de los artículos 85, 86 y 87 del CCA su no acreditación no pueden comportar el rechazo de la demanda, y ello encuentra sustento en el principio de taxatividad del rechazo de la demanda, y es que estas casuales se encuentran únicamente en el artículo 139 del CCA, que en líneas generales establecen como tal: I) la falta de jurisdicción; II) la caducidad; y III) aquellas demandas inadmitidas y no corregidas en debida forma.

En ese orden de ideas, dada la característica de requisito de procedibilidad se debe señalar que este debe cumplirse con anterioridad a la interposición de la demanda; Sin embargo, ello no obsta para que en casos en los que no se aporte su acreditación deba rechazarse la demanda, pues como se dijo con anterioridad no es causal de rechazo, no obstante, se deberá verificar que el cumplimiento, respecto de la interposición de la demanda, haya sido *ex ante*.

7.2.3. El fallo inhibitorio respecto de procesos adelantados sin el cumplimiento de las formalidades señaladas por la ley.

De conformidad con el artículo 97 del CPC, aplicable al presente asunto en razón a la remisión que hace el artículo 267 del CCA, entre las excepciones previas consagradas por el ordenamiento jurídico, al momento de ocurrencia de los hechos y expedición de los actos acusados, se encuentra la del numeral noveno: *“Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones”*. A su turno, el artículo 96 del CPC señala que: *“las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia, salvo norma en contrario.*

En consonancia con lo anterior, el CCA en cuanto a las excepciones de fondo señala en el artículo 164:

“En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.



En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus". (Negrillas y subrayas de la Sala).

De lo anterior se colige que las excepciones de mérito son aquellas que se oponen a la prosperidad de las pretensiones desde el punto de vista del derecho sustancial que está en controversia, por eso en sinonimia se les conoce como excepciones de fondo y podrán ser declaradas por el juez siempre que se encuentren probadas, advirtiendo que se puede realizar inclusive en segunda instancia, siempre y cuando el *a quo* no haya realizado tal pronunciamiento y que con ello no se desconozca el principio de la *reformatio in pejus*.

Menos aun si se retoma lo expuesto anteadamente en el numeral 7.2.2., en donde se decantó la diferencia medular entre el mero requisito formal o formalidad y el presupuesto procesal de la acción, cuyo rango o entidad en su efecto es similar a lo que acontece con la operancia de la caducidad de la acción o la falta de agotamiento de la vía gubernativa, que dada su sustancialidad o materialidad impide el pronunciamiento de fondo, pues no se trata de una mera formalidad de aquellas corregibles por vía de la inadmisión y menos pueden considerarse subsanables porque el operador tramitó y continuó el proceso sin defenderse en la carencia del presupuesto procesal de la acción.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que si bien el tribunal *a quo* tenía dentro de su decisión tomar la vía de la inadmisión de la demanda para que se acreditara el cumplimiento del requisito de la conciliación extrajudicial, no puede pretenderse en el *sub exámine* que se dicte decisión de fondo, máxime cuando al momento de proferir fallo se advierte la imposibilidad de realizarlo, en razón al incumplimiento de la carga del demandante para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho relativa a agotar el requisito de procedibilidad señalado en el artículo 29 de la Ley 1285 de 2009.



7.2.4. El caso concreto

La Sala encuentra que para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el Código Contencioso Administrativo en concordancia con la Ley 1285 de 2009 y su Decreto Reglamentario el Decreto 1716 de 2009 ordenaron que debían acreditarse los siguientes requisitos: **I)** agotar la vía gubernativa (artículos 135 y 138 del C.C.A.); **II)** solicitar de manera previa a la presentación de la demanda la conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento del artículo 28 de la Ley 1285 de 2009 y el mencionado decreto reglamentario; y **III)** presentar la demanda dentro de un término especial dispuesto en el numeral dos del artículo 136 del C.C.A. que es de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación del acto.

Advirtiendo que para la fecha de interposición de la demanda (7 de mayo de 2010) ya se encontraban vigentes tanto la citada Ley 1285 como el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009 que la reglamentó, se colige que a la Institución Educativa Distrital Colegio Nacional Nicolás Esguerra le asistía el deber de acreditar tal requisito, luego llegado el momento de proferir fallo de primera instancia y no encontrarse acreditado la consecuencia no podía ser otra que proferir fallo inhibitorio, toda vez que la parte al no cumplir con sus cargas procesales en su derecho de postulación, esto es, que la demandante inobservó el deber de agotarlo.

Lo anterior implica que la Sección Quinta como Juez *ad quem* no tenga otra opción que confirmar la sentencia apelada en tanto declaró probada de oficio la excepción de falta de agotamiento del mencionado requisito y, en consecuencia, emitió fallo inhibitorio, pues tal circunstancia impide que se resuelva de fondo la petición de la demandante.

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



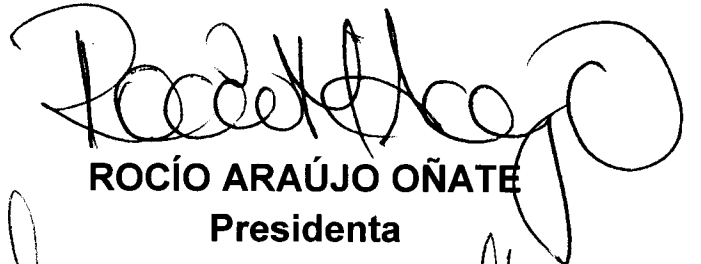
F A L L A:

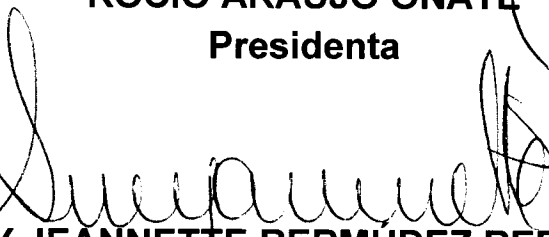
PRIMERO.- Aceptar el impedimento manifestado por el Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, de conformidad con las razones expuestas en la cuestión previa de esta providencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sección Primera, Subsección "C", del Tribunal administrativo de Cundinamarca de fecha 28 de julio de 2013.

TERCERO.- DEVOLVER el expediente de la referencia al tribunal de origen, una vez quede en ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidenta


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

