

EXCEPCION - Prescripción derecho laboral / CESANTIA - Sanción moratoria / CADUCIDAD Y PRESCRIPCION - Antecedente jurisprudencial / PRESCRIPCION SANCION MORATORIA - Excepción que se resuelve en la sentencia / RECONOCIMIENTO DE CESANTIAS Y LA INDEMNIZACION MORATORIA - Se puede presentar en cualquier tiempo, no existe caducidad

En el sub lite, se demanda la nulidad de un acto negativo presunto producto del silencio de la administración ante la solicitud presentada por la demandante para el reconocimiento de las cesantías y la indemnización moratoria por el pago tardío de las mismas, lo cual, de conformidad con el artículo 164, numeral 1º, literal d) de la Ley 1437 de 2011, se puede presentar en cualquier tiempo: En tal virtud no existe caducidad. Finalmente se tiene que decir que resulta contradictorio resolver la excepción de prescripción en esta oportunidad, pues, todavía no se ha establecido si le asiste el derecho a la demandante, lo cual se determinará en la sentencia luego de haberse escuchado a las partes, analizado la normatividad que regula el derecho pretendido y valorado las pruebas allegadas al proceso. Significa lo anterior que así en el artículo 180, numeral 6º de la Ley 1437 de 2011, se señale que “el Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva”, esta última por lo general deberá ser analizada al momento de proferirse la sentencia cuando el estudio del proceso en su integridad lleve al juez a determinar que sí le asiste el derecho a la persona que acciona, y una vez establecido proceder a prescribir lo que corresponda, de conformidad con la normatividad que regula el asunto, salvo que se hayan acreditado para decidir la excepción todas las pruebas que permitan resolverla. Por las consideraciones anteriores, se confirmará la decisión de primera instancia que negó la excepción de prescripción y se ordenará la devolución del proceso al Tribunal de origen para que continúe el trámite legal que corresponda.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 164 NUMERAL 1 LITERAL D

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ (E)

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil quince (2015).

Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00158-01(1261-14)

Actor: WILDER CANDELARIO MOSQUERA MOSQUERA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CHOCO DASALUD

Referencia: LEY 1437 DE 2011. DECISION DE EXCEPCIONES - PRESCRIPCION - SANCION MORATORIA

Ha venido el proceso de la referencia, con informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 23 de abril de 2014¹, para resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra el auto de 27 de enero de 2014² que declaró no probada la excepción de prescripción de los derechos laborales.

I- ANTECEDENTES

El señor WILDER CANDELARIO MOSQUERA, el 5 de abril de 2013³, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, formuló demanda contra el DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ, con la finalidad de que en la sentencia se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

El demandante solicitó a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado del silencio administrativo negativo, con ocasión de la petición formulada el 18 de marzo de 2010, radicado el 18 de marzo del mismo año, en el Departamento Administrativo de Salud Seguridad Social del Chocó (DASALUD CHOCÓ).

A través de la mencionada petición el señor Wilder Candelario solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, como consecuencia del incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas, las cuales fueron

¹ Folio 195.

² Folios 180 a 185.

³ Según acta individual de reparto visible a folio 25 del expediente.

solicitadas el 17 de noviembre de 2009, sin que a la fecha de la presentación de la demanda se haya obtenido el pago de las cesantías definitivas.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995⁴.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que la obligación reclamada ya prescribió y para tal efecto señaló que para la fecha de la presentación de la presente demanda, 15 de mayo de 2013, ya había prescrito el derecho.

Formuló la excepción de prescripción de los derechos laborales, por considerar que transcurrieron más de tres años entre la fecha de desvinculación (31 de diciembre de 2007) y la fecha en que formuló la demanda de la referencia.

Estimó que debe declararse probada la excepción de inexistencia de la obligación como consecuencia de la prescripción del derecho pretendido (Fl. 85 a 94).

DECISIÓN APELADA

El Tribunal Administrativo del Chocó en desarrollo de la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procedió a resolver la excepción de prescripción de los derechos laborales alegada por la entidad demandada, la cual fue decidida en los siguientes términos:

⁴ Ibídem.

En primer lugar consideró pertinente diferenciar los fenómenos jurídicos de prescripción y caducidad, luego señaló que a través de la demanda de la referencia se solicitó la nulidad del acto ficto que surgió con relación a la petición formulada por el actor el 18 de marzo de 2010 a través de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Indicó que como quiera que no se dio contestación a la petición antes mencionada, se configuró el acto presunto, y en tal sentido, i) no hay lugar a declarar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento y i) no hay prescripción de los derechos laborales reclamados.

RECURSO DE APELACIÓN

En acta vista a folio 184, en tratándose del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo del Chocó, consignó la siguiente anotación:

“(...) RECURSOS: La apoderada de DASALUD en liquidación presenta recurso de apelación contra el auto que decide las excepciones y el cual sustento conforme el audio. (...)”

A folio 186 del expediente, obra CD del cual se extraen los principales argumentos para estructurar la apelación formulada por la apoderada de DASALUD EN LIQUIDACIÓN respecto de la decisión que declaró no probada la excepción de prescripción de los derechos laborales.

Para el efecto, señaló la demandada que la petición interpuesta para el pago de las cesantías se interpuso el día 17 de noviembre de 2009, y en tal sentido interrumpe el término de prescripción por un lapso de tres años, es decir, es decir extiende la fecha de la prescripción del derecho hasta el 17 de noviembre de 2009 y en el entendido que la apoderada de la parte demandante presentó audiencia de

conciliación prejudicial el día 26 de febrero de 2013, se entiende que para esa fecha ya se encontraba prescrito el derecho reclamado.

CONSIDERACIONES

I- COMPETENCIA

Para efectos de establecer la competencia en esta instancia para decidir el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la decisión del Tribunal de no declarar probada la excepción propuesta en la contestación de la demanda, se procederá de acuerdo con lo considerado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁵, quien al resolver un recurso de queja contra la decisión de conceder el recurso de apelación contra el auto que no declaró probada la excepción previa de ineptitud parcial de ineptitud parcial de la demanda propuesta por la demandada, dijo:

*“(...) Así las cosas, no acertó el Tribunal en la decisión de no conceder el recurso de apelación contra la decisión que no declaró probada una excepción previa, toda vez que en los términos del artículo 180 del CPACA - norma especial- esa decisión es pasible o susceptible del recurso de apelación. Y, para efectos de competencia funcional, habrá que recurrir a lo dispuesto en el artículo 125 ibídem, es decir, que **si la excepción que se declara probada da por terminado el proceso - por tratarse de una de aquellas decisiones a que se refieren los numerales 1 a 4 del artículo 243 de la misma codificación - tendrá que ser proferida por la respectiva sala de decisión del Tribunal Administrativo en primera instancia;** a contrario sensu, **si la providencia no declara la excepción y, por lo tanto, no se desprende la finalización del plenario, entonces será competencia exclusiva del ponente, y en ambos casos será procedente el recurso de apelación, en el primer caso resuelto por la respectiva sala de decisión del Consejo de Estado, y en el segundo por el Consejero Ponente** a quien le corresponda el conocimiento del asunto en segunda instancia.*

⁵ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. 25 de junio de 2014. Expediente No 25000233600020120039501 (49.299). Actor: “Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación – Ministerio de Salud y de la Protección Social (Recurso de Queja).

*En efecto, el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, determina que “el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del súplica, “según el caso...”, lo que significa que **en procesos de primera instancia será procedente la apelación, mientras que tratándose de asuntos de única instancia lo procedente será el recurso de súplica.***

Como se aprecia, la expresión “según el caso” sirve de inflexión para dejar abierta la posibilidad de la procedencia del recurso de apelación o de súplica dependiendo la instancia en que se desarrolle el proceso, puesto que si se trata de un asunto cuyo trámite corresponde a un Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado en única instancia, el medio de impugnación procedente será el de súplica, mientras que si se tramita en primera instancia por el Tribunal Administrativo procederá el de apelación, bien que sea proferido por el Magistrado Ponente -porque no se le pone fin al proceso- o por la Sala a la que pertenece este último -al declararse probado un medio previo que impide la continuación del litigio- (...).”

Lo anterior por cuanto la Ponente ha sido del criterio que conforme al inciso final del numeral 6° del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, **sólo es apelable la decisión que resuelve la excepción y con ésta se termina el proceso,** pues, esa es la interpretación de la expresión “según el caso”, contenida en dicho inciso, ya que entender que cualquiera sea la decisión -favorable o negativa en relación con la excepción-, es pasible del recurso de apelación va en contravía de los objetivos de la citada ley, como son la celeridad y eficiencia, entre otros, en el trámite de los procesos que se presenten ante esta jurisdicción.

Así, pues, con la aclaración hecha y conforme a la providencia cuya parte pertinente se ha transcrito, se procede al estudio del recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, de no declarar probada la excepción de prescripción que presentó la entidad demandada.

II- PROCEDENCIA

De conformidad al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación procede contra las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. Además, es procedente contra los autos enlistados en el artículo 243 IBIDEM⁶.

Igualmente, el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 dispone lo siguiente:

“...Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...)

“6. Decisiones de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello hubiere lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

⁶ Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

PARÁGRAFO. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (...). (Se subrayó).

En consecuencia, se entra al estudio y decisión del recurso de apelación que la parte demandada - Departamento Administrativo de Salud - DASALUD por la no prosperidad de la excepción formulada.

III- TRÁMITE

El artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula el trámite que se debe dar al recurso de apelación. Dice la norma:

“...Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.

“2. Si el auto se notifica por estado, deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

“3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano”

“4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso

(...)”

En el sub lite, se observa que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión de declarar no probada la excepción, se tramitó de acuerdo con la norma mencionada, el cual se resuelve de plano de conformidad con el numeral 3 del artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷.

IV- PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde determinar si respecto del reconocimiento y pago de la sanción moratoria como consecuencia del incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas solicitadas el 18 de marzo de 2010, es procedente declarar probada la excepción de prescripción.

V- HECHOS PROBADOS

En lo que interesa para el presente asunto, se encuentra probados los siguientes hechos:

- El Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó DASALUD, según Decreto No. 099 de 3 de mayo de 2013 fue suprimido y se encuentra en proceso de liquidación.
- Para todos los efectos legales la entidad demandada deberá vincularse como Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó - DASALUD CHOCÓ EN LIQUIDACIÓN.

⁷ 3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

- Se designó como liquidador de la anterior entidad a la firma NEGRET ABOGADOS Y CONSULTORES SAS, quien actuará como representante legal de la entidad en liquidación. (Folios 85 a 107)
- El Señor Wilder Candelario Mosquera Mosquera laboró al servicio del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en el cargo de Técnico en Imágenes y Diagnostico en el Centro de Salud de Lloró en el centro de salud de Lloró desde el 25 de agosto de 2005⁸ hasta el 31 de diciembre de 2007⁹. (Folios 21 a 23)
- El Señor Wilder Candelario Mosquera Mosquera, el 17 de noviembre de 2009, formuló petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas¹⁰. (Folio 15)
- El 18 de marzo de 2010, la apoderada del señor Wilder Candelario Mosquera, solicita la liquidación, reconocimiento y pago de la sanción moratoria, como consecuencia de la mora en el pago de las cesantías definitivas. (Folio 16)
- El actor formuló solicitud de conciliación el 26 de febrero de 2013 a fin de que la entidad demandada reconociera y pagara las cesantías y la sanción moratoria adeudada a la fecha.
- Ante la Procuraduría 77 judicial I para asuntos administrativos, se realizó el día 4 de abril de 2013 audiencia de conciliación extrajudicial la cual se declaró fallida. (Folio 17)
- El 24 de junio de 2013, la apoderada general de Negret Abogados y Consultores SAS, agente liquidador del Departamento Administrativo de Salud Chocó DASALUD CHOCÓ EN LIQUIDACIÓN, certificó que las cesantías causadas de los años 2006 y 2007 no fueron consignadas al Fondo Nacional

⁸ Según Resolución 3437 de 18 de agosto de 2005, "por la cual se efectúa un nombramiento provisionalmente." Y Acta de Posesión No. 136 de 25 de agosto de 2005.

⁹ Según certificación suscrita por el Jefe de la División de Gestión del Talento Humano del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó.

¹⁰ Textualmente la petición señala lo siguiente: " solicito a Usted se sirva ordenar, la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de las personas que a continuación relaciono, conforme a los poderes debidamente otorgados y anexo a la presente petición, por haberse acabado el vínculo laboral y hasta la fecha no se han cancelado sus cesantías definitivas"

del Ahorro. (Folio 68)

- Según los documentos que reposan en la hoja de vida del señor Wilder Cándelo Mosquera Mosquera, se advierte que en relación al valor por concepto de las cesantías causadas durante los años 2006 y 2007, éste no fue consignado al Fondo Nacional de Ahorro.¹¹

VI- DE LAS CESANTÍAS.

El Auxilio de Cesantía¹² es un derecho prestacional a cargo del patrono que se cancela al trabajador tanto del sector privado como del público¹³, equivale a un mes de salario por cada año completo de servicios, y proporcionalmente al tiempo laborado.

La cesantía puede ser definitiva o parcial, es definitiva cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el estado, es decir, cuando este se retira del servicio, y es parcial, cuando se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley¹⁴.

En el entendido que para el caso concreto, el vínculo laboral del señor Wilder Candelario Mosquera Mosquera nombrado en provisionalidad el 25 de agosto de 2005, terminó el 31 de diciembre de 2007, se considera que la prestación subsidiaria reclamada recae sobre cesantía de carácter definitivo.

VII- DE LA SANCIÓN MORATORIA.

¹¹ Certificación expedida el 24 de junio de 2013, por la apoderada General de Negret Abogados y consultores SAS Agente Liquidador de Dasalud en Liquidación. Folio 68.

¹² En palabras del doctrinante Luis A Buitrago, se considera como “una prestación, que se cancela al trabajador, cualquiera que sea la causa de su retiro y el tiempo laborado, salvo las excepciones del artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo”.

¹³ Este derecho inicialmente fue consagrado para los trabajadores oficiales en el literal f) del artículo 12 de la Ley 6 de 1945 y posteriormente fue extendido a todos los asalariados en virtud de la Ley 65 de 1946.

¹⁴ Las cesantías parciales se conceden mientras no haya desaparecido el vínculo que une al empleado con el estado, en cambio, las cesantías definitivas como su nombre lo indica, se reconocen y pagan cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir y cuando éste se retira del servicio definitivamente. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A” Consejera Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO Referencia: Expediente No.10067.

La sanción moratoria está a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, y está establecida a fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía y corresponde a un día de salario por cada día de retardo¹⁵.

VIII- CASO CONCRETO

Se demanda la nulidad del acto ficto negativo producto del silencio de la administración, en este caso, Departamento del Chocó y Departamento Administrativo de Salud - DASALUD, ante la petición que hiciera la demandante para que se le reconociera la indemnización moratoria de acuerdo con la ley.

En el recurso de apelación señaló que si la demandante se retiró del servicio el 31 de diciembre de 2007, tenía hasta el 31 de diciembre de 2010 para reclamar las cesantías, pero como el 17 de noviembre de 2009 interrumpió la prescripción disponía hasta el 17 de noviembre de 2012 para presentar la demanda y que como ésta la instauró el 5 de abril de 2013, se considera que para esta oportunidad ya había prescrito el derecho.

Se pretende en este caso la indemnización moratoria que consagró la ley cuando aquellas se cancelan tardíamente. Para acudir a la jurisdicción a demandar, el actor debía adelantar el trámite conciliatorio ante el Ministerio Público como requisito de procedibilidad, según lo dispone el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en donde se estableció que previamente a la instauración de la demanda, en aquellos eventos en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales, se debe agotar dicho requisito. Dice la norma:

“(...) Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación

¹⁵ Ver, sentencia de 8 de abril de 2010, Expediente N° 1872 de 2007, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales (...) (Se subrayó)

Igualmente se previó que el término de realización del trámite de la conciliación extrajudicial, se debe descontar para efectos de la **prescripción** y de la caducidad del medio de control. Así, la Ley 640 de 5 de enero de 2001, por medio de la cual se regulan aspectos relacionados con la conciliación, entre otros, lo atinente a la suspensión de los términos de prescripción y caducidad, en el artículo 21 dispone:

“...Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que éste trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable...”

Conforme a esta normativa cuando se presenta solicitud de conciliación, el término para contabilizar la prescripción y la caducidad, se suspende en cuatro oportunidades, según el caso:

1. Hasta cuando haya acuerdo conciliatorio.
2. Hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que la ley así lo exija.
3. Hasta que se expidan las constancias previstas en el artículo 2º de la Ley 640 de 2001.
4. Hasta que se venza el término de tres (3) meses contemplado en el artículo 20 de la misma ley.

Y el mismo artículo 21 de la Ley 640 de 2001, al final señala que lo que ocurra primero, que la suspensión solo procede por una sola vez y que no se puede prorrogar.

El artículo 2º de la Ley 640 de 5 de enero de 2001¹⁶, mencionado en el artículo que se ha citado anteriormente, contempla las constancias que el conciliador debe expedir al interesado indicando la fecha de presentación de la conciliación y de su celebración con la expresión sucinta del objeto de aquella; y por su parte el artículo 20 de la misma normatividad, también aludido en la norma transcrita, se refiere a que la audiencia se debe intentar en el menor tiempo posible y que en todo caso tendrá que llevarse a cabo dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

En este orden de ideas, se observa que el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, contempla cuatro eventos que pueden presentarse con el trámite de la conciliación: 1) Que haya acuerdo conciliatorio; o 2) Que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que la ley así lo exija; o 3) Que se expidan las constancias previstas en el artículo 2º de la Ley 640 de 2001; o 4) Que se venza el término de los tres meses previsto en el artículo 20 de la misma ley. Y el mismo artículo hace la aclaración al contener la frase “lo que ocurra primero”; y en el caso en estudio lo que ocurrió primero fue la expedición de las constancias sobre la falta de acuerdo conciliatorio expedidas por la Procuraduría General de la Nación; por tanto a partir del día siguiente a la expedición de la respectiva constancia por el Ministerio Público, se reanuda el término de la caducidad.

A su vez, el artículo 164, de la Ley 1437 de 2011, al regular el término para la presentación de las demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dispone:

“... Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando: (...) d) Se dirija contra actos productos

¹⁶ Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones

del silencio administrativo...”.

Ahora bien, la prescripción se relaciona con el derecho, en tanto que la caducidad se identifica con la oportunidad de acudir a la jurisdicción a instaurar la correspondiente acción, una y otra tienen términos diferentes: la prescripción tres años, según lo dispuesto por los artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, por el que se reglamentó el Decreto 3135 de 1968, y la caducidad 4 meses.

LA JURISPRUDENCIA

El Consejo de Estado¹⁷ al analizar la caducidad y la prescripción, ha dicho:

“(…) La caducidad es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración. sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. De lo anterior se concluye que la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, para no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales. Es decir que el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, en cuanto a la nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses lo cual se constituye como un instrumento que mantiene y protege la seguridad jurídica que debe brindar el Estado para la estabilidad social de sus integrantes. Mediante sentencia de 26 de marzo de 2009, actor Jose Luis Acuña Henríquez, radicado 1134-2007 (...) “El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.”. En este orden de ideas, la acción prevista debe interponerse dentro del plazo indicado para cada acción so pena de

¹⁷ Providencia de veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08), Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, reiterada el cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015), EXPEDIENTE N° 270012333000 201300248 01 (1153-2014), Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

incurrir en caducidad de la acción, que para el caso de los actos administrativos de carácter prestacional implica la pérdida de los derechos incluidos en cada acto, los cuales pueden solicitarse nuevamente ante la administración, evento en el cual se genera un nuevo acto con un nuevo termino perentorio. Sin embargo, el numeral 3 del artículo 136 del C.C.A., establece que la acción sobre los actos presuntos se puede ejercer en cualquier tiempo, lo que significa que en los casos en los que se configura un acto ficto o presunto producto de un silencio de la Administración, no existe término perentorio alguno que dé cabida al fenómeno de la caducidad (...)” (Se subrayó)

(...) La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración. La Corte Constitucional frente a la prescripción de derechos, en sentencia C-662 de 2004, Magistrado Ponente (...), estableció los siguientes parámetros: “La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces. A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que: “El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado. (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;”. De acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para ejercerlo.

Una característica de la prescripción es que el Juez no puede reconocerla de oficio (artículo 306 C.P.C.), sino que tiene que ser alegada por el demandado como excepción, sin embargo, el artículo 164 del C.C.A establece que en el proceso Contencioso Administrativo, es deber del Juez de Primera o de Segunda Instancia, decidir sobre todas las excepciones que encuentre probadas en el proceso, aunque ellas no hayan sido propuestas por las partes: “EXCEPCIONES DE FONDO. 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 las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la "reformatio in pejus".

(...) La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente: "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.". El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso: "PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años (...)"

Así, pues, en el entendido de que tanto la caducidad como la prescripción son conceptos diferentes y tienen consecuencias distintas, se procede a decidir el asunto de la referencia.

En el sub lite, se demanda la nulidad de un acto negativo presunto producto del silencio de la administración ante la solicitud presentada por la demandante para el reconocimiento de las cesantías y la indemnización moratoria por el pago tardío de las mismas, lo cual, de conformidad con el artículo 164, numeral 1º, literal d) de la Ley 1437 de 2011, se puede presentar en cualquier tiempo: En tal virtud no existe caducidad.

Finalmente se tiene que decir que resulta contradictorio **resolver la excepción de prescripción en esta oportunidad, pues, todavía no se ha establecido si le asiste el derecho a la demandante**, lo cual se determinará en la sentencia luego de haberse escuchado a las partes, analizado la normatividad que regula el derecho pretendido y valorado las pruebas allegadas al proceso.

Significa lo anterior que así en el artículo 180, numeral 6° de la Ley 1437 de 2011, se señale que “el Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva”, esta última por lo general deberá ser analizada al momento de proferirse la sentencia cuando el estudio del proceso en su integridad lleve al juez a determinar que sí le asiste el derecho a la persona que acciona, y una vez establecido proceder a prescribir lo que corresponda, de conformidad con la normatividad que regula el asunto, **salvo que se hayan acreditado para decidir la excepción todas las pruebas que permitan resolverla.**

Por las consideraciones anteriores, se confirmará la decisión de primera instancia que negó la excepción de prescripción y se ordenará la devolución del proceso al Tribunal de origen para que continúe el trámite legal que corresponda.

En mérito de lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, el 27 de enero de 2014, por medio de la cual se declaró no probada la excepción de prescripción, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el proceso al Tribunal Administrativo del Chocó para que siga el trámite legal. Déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Relatoria JORM/Lmr.