



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SECRETARIA GENERAL**

**SGC**

**TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIÓN**

FECHA: 9 DE SEPTIEMBRE DE 2015.

HORA: 08: 00 AM.

**MAGISTRADO PONENTE:** DR LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.

**RADICACIÓN:** 13-001-23-33-000-2015-00173-00.

**CLASE DE ACCIÓN:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.

**DEMANDANTE:** ELIZABETH ZUÑIGA BARRETO.

**DEMANDADO:** DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

**ESCRITO DE TRASLADO:** EXCEPCIONES, PRESENTADAS POR LA PARTE ACCIONADA DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

**OBJETO:** TRASLADO EXCEPCIÓN.

**FOLIOS:** 90-101.

Las anteriores excepciones presentadas por la parte demandada –DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-, se le da traslado legal por el término de tres (3) días hábiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011; Hoy, Nueve (9) de Septiembre de Dos Mil Quince (2015) a las 8:00 am.

**EMPIEZA EL TRASLADO:** NUEVE (9) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL QUINCE (2015), A LAS 08:00 AM.

  
JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

**VENCE EL TRASLADO:** ONCE (11) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL QUINCE (2015), A LAS 05:00 PM.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

*Indira Sofía Martínez Tous*  
*Universidad de San Buenaventura de Cartagena*  
*Derecho Público. Universidad Externado de Colombia*  
*Derecho Administrativo. Universidad Libre de Cartagena.*

Dirección Oficina: Edificio Banco del Estado Piso 12 N° 03, Teléfono 6647659 - Cartagena Bol

90

**DOCTOR**  
**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ**  
**Magistrado ponente**  
**Tribunal Administrativo de Bolívar.**  
**E. S. D.**

**SECRETARIA TRIBUNAL ADM**

TIPO: CONTESTACION GOBERNACIÓN DE BOLIVAR

REMITENTE: EDER GUERRA TURIZO

DESTINATARIO: LUIS MIGUEL VILALOBOS ALVAREZ

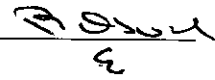
CONSECUTIVO: 20150921379

Nº FOLIOS: 12 --- Nº CUADERNOS: 0 + 1 c y

RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM

FECHA Y HORA: 3/09/2015 10:47:36 AM

**Proceso: 13001-23-33-000-00173-00.-2015**  
**Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.**  
**Demandante: ELIZABETH ZUÑIGA BARRETO.**  
**Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.**  
**ASUNTO: Contestación de demanda**

FIRMA: 

**INDIRA SOFIA MARTINEZ TOUS**, mayor de edad, vecina y domiciliada en la ciudad de Cartagena, identificada con la cédula de ciudadanía número 45.548.817 de Cartagena, Bolívar, portadora de la tarjeta profesional de abogados número 159.349 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada judicial del Departamento de Bolívar, según poder especial, conferido por el Dr. Guillermo Sánchez Gallo, mayor de edad, vecino y domiciliado esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 73.570.768 de Cartagena, Bolívar, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora del Departamento de Bolívar, me dirijo ante usted, estando dentro de la oportunidad legal, prevista en los artículos 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 612 del Código General del Proceso, para contestar **LA DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, en contra del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, contestación que hago en los siguientes términos y en el orden y forma como fue presentada la demanda referenciada.

**NOMBRE DEL DEMANDADO, DOMICILIO Y NOMBRE DE SU REPRESENTADO.**

Mi representado judicialmente, lo es el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, entidad territorial de derecho público, con domicilio principal en Cartagena de Indias, en el Barrio Manga, Palacio Departamental, diagonal a la DIAN, lugar ampliamente conocido.

El representante legal del ente que apodero es el Gobernador del Departamental, Dr. JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI, quien es mayor de edad, con domicilio y residencia en Cartagena de Indias, elegido popularmente en las elecciones realizadas en la circunscripción departamental el día 30 de octubre de 2011.

El Gobernador del departamento de Bolívar, mediante Decreto 352 de 2014, delego en la Oficina Asesora Jurídica, la competencia para otorgar poderes a los profesionales del derecho, que deben representar a la mentada entidad territorial, en los procesos judiciales, en los que intervengan el departamento de Bolívar, como en el caso que nos ocupa.

#### SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en esta acción, por cuanto carecen de cualquier fundamento de orden legal y factico, por no tener asidero jurídico, ni encontrarse demostrado ni probadas dentro de la acción que se adelanta.

#### SOBRE LOS HECHOS

**PRIMERO:** Conforme a los documentos que se aportaron con la demanda, se tiene que el hecho sería cierto, pero como estos no provienen de la entidad que represento en este proceso, ni se encuentran en el archivo de la entidad, nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

**SEGUNDO:** Conforme a los documentos que se aportaron con la demanda, se tiene que el hecho sería cierto, pero como estos no provienen de la entidad que represento en este proceso, ni se encuentran en el archivo de la entidad, nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

**TERCERO:** No es un hecho, es una consecuencia jurídica por una supuesta omisión en pago de las cesantías, las cuales debieron ser canceladas por la E.S.E HOSPITAL SAN PABLO, hoy liquidada.

**CUATRO:** Es cierto, según copia de la sentencia del Juzgado Decimo Primero Administrativo de Cartagena, que fue aportada como prueba junco con la demanda.

**QUINTO:** Es cierto, según copia de la sentencia del H. Tribunal Administrativo de Bolívar, que fue anexada con la demanda.

**SEXTO:** conforme a los documentos que se aportaron con la demanda, se tiene que el hecho sería cierto, pero como estos no provienen de la entidad que represento en este proceso, ni se encuentran en el archivo de la entidad, nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

**SEPTIMO:** No nos costa, aunque se aportaron documentos como pruebas del mismo, por lo que nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

**OCTAVO:** Según los documentos aportados es cierto.

**NOVENO:** Es cierto, según copia de la petición que fue anexada con la demanda.

**DECIMO:** No es un hecho, es una apreciación jurídica del apoderado judicial de la demandante.

**UNDECIMO:** Es cierto, según copia de la petición que fue anexada con la demanda.

<b>EXCEPCIONES</b>
--------------------

**FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**

Esta excepción se fundamenta que la demandante no actúa conforme a derecho al solicitar que la GOBERNACION DE BOLIVAR, responda por las acreencias reclamadas, toda vez, que la calidad de "sucesor procesal" que alega en el demandado para responder por las deudas de la extinta E.S.E HOSPITAL SAN PABLO, que en este caso es la sanción moratoria por no pago de cesantías, no se encuentra probada dentro del expediente, amén, que la obligación no era del departamento y por ello si existió mora en el pago, en ese momento era la entidad liquidada, la que incurrió en ella, y conforme a las pruebas, el no pago por parte de dicha entidad, obedeció a la situación de liquidación y falta de recursos por la entonces obligada, lo que conlleva a que no existiera mala fe, en el no pago.

Al respecto, no sobra recordar lo dicho por el Consejo de Estado en tal sentido, a saber:

*"(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)"<sup>11</sup>.*

Ahora bien, también ha dicho el Consejo de Estado que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo – no el procesal –; si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto.<sup>12</sup>

### FALTA DE JURISDICCION

Al descender al caso se observa que la demandante pretende a través del medio de control nulidad y restablecimiento, atacar la legalidad del acto ficto presunto mediante el cual la entidad niega el reconocimiento indemnizatorio moratorio que supuestamente le corresponde de conformidad con la Ley 244 de 1995.

Ha de indicarse en concreto, que al pretenderse el pago de la indemnización moratoria la cual es reconocida de forma taxativa por la Ley, sin que sea necesario de manera alguna entrar a debatir si se tiene o no derecho a la misma mediante el citado medio de control estipulado en lo contencioso, aduciendo que el debate no radica en el derecho a ser reconocida la indemnización por pago tardío de las cesantías ya que las misma legislación es la que la reconoce, por tal motivo lo procedente es reclamar su pago a través de la acción ejecutiva ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en razón a que no tiene encuadramiento jurídico alguno en los cuatro (4) eventos que consagra el numeral 6 del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Siendo así las cosas, el despacho debe decretar la falta de competencia para conocer este asunto, pues el mismo debe ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

### PRESCRIPCION DEL DERECHO

De otra parte se observa que existe prescripción del derecho al pago de la sanción moratoria reclamado, toda vez, que de acuerdo con la certificación de tiempos de servicios que reposa en el expediente la demandante laboro desde el 18 de mayo de 1982 hasta el 26 de agosto de 2004, y al no haber reclamado el derecho dentro de los tres años siguientes a su desvinculación se ha generado la prescripción, sin que exista la posibilidad que una petición posterior como la que dentro de este proceso presenta la demandante y que pueda o tenga la virtud de revivir los términos; así lo señala la sentencia proferida el veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009), radicado número: 25000-23-25-000-2001-06288-01(4204-05), Magistrada Ponente, Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez:

*“Como lo ha sostenido esta Sala, la Cesantía Definitiva no es una prestación periódica que pueda ser demandada en cualquier tiempo, tal como lo prevé el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., pues se trata de un auxilio que pretende solventar al afiliado cuando se encuentre sin empleo, siendo el Acto de liquidación y reconocimiento el momento en que se genera el efecto jurídico sobre la situación particular y concreta del empleado, y en consecuencia contra el cual proceden los mecanismos de impugnación indicados en el artículo 50 Ibidem, como requisito de procedibilidad de la acción.*

*Esta Sala al abordar una situación similar a la planteada en el sub-lite, manifestó que las peticiones presentadas por la demandante son consideradas como una Revocatoria Directa, sin que la*

manifestación posterior de la Administración reviva términos legales o den lugar al silencio administrativo, con el siguiente tenor literal<sup>1</sup>:

*"En consecuencia, al existir una decisión primigenia en torno al reconocimiento del auxilio de cesantías definitivas de la actora las demás peticiones de reliquidación tienen como único fin obtener la modificación de los términos en que le fue reconocido el derecho prestacional y, como lo ha señalado esta Corporación, cuando el acto administrativo que contiene una decisión particular no fue objeto de recursos en vía gubernativa o no fue demandado en tiempo ante la jurisdicción contencioso administrativa, se entiende que una petición posterior que verse sobre los mismos puntos contenidos en tal acto constituye una pretensión de revocatoria directa, no obstante, ni esta solicitud ni la respuesta que la administración emite tienen la fuerza de revivir los términos para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo prescribe el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:*

*"Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo."."*

#### LA GENERICA

Solicito que se declare probada cualquier excepción que el señor Juez, encuentre probada de oficio.

<b>EL CASO CONCRETO</b>
-------------------------

Solicita la demandante se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo generado por la no contestación de la petición en fecha 04 de febrero de 2014, la cual pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías de forma retroactiva ordenadas por sentencia judicial.

Solicita como restablecimiento del derecho, que se ordene a la entidad demanda liquidar y ordenar el pago de la sanción moratoria legal establecida por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de forma retroactivas, en los términos de la Ley 244 de 1995 artículo 1 y 2, sanción que debe liquidarse desde el 09 de julio de 202 hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de las cesantías retroactivas, con sus interés e indexación.

El problema jurídico en esta instancia se contrae a determinar si es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías de forma retroactivas por parte del Departamento de Bolívar.

<sup>1</sup> Sentencia de 24 de julio de 2008, M. P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. No. 0841-2005, ACTORA: MARÍA ISABEL INFANTE SEPÚLVEDA.

95

*Indira Sofía Martínez Tosi*  
*Universidad de San Buenaventura de Cartagena*  
*Derecho Público. Universidad Externado de Colombia*  
*Derecho Administrativo. Universidad Libre de Cartagena.*

---

Dirección Oficina: Edificio Banco del Estado Piso 12 N° 03, Teléfono 6647659 - Cartagena Bol

En el caso bajo estudio, debe el Tribunal Administrativo, determinar si la demandante tiene derecho en virtud de lo establecido en la Ley 244 de 1995, al reconocimiento de la sanción moratoria por la supuesta no consignación de sus cesantías retroactivas.

En cuanto al régimen de Cesantías en el Sector Público tenemos que es un beneficio legal del cual goza el trabajador, como consecuencia de un vínculo laboral, aplicable tanto al sector público como al privado. Los empleados públicos del orden territorial tienen derecho al reconocimiento de esta prestación en forma definitiva cuando se termina el vínculo entre la Administración y el servidor público, es decir, cuando éste se retira (o es retirado) del servicio.

Ahora bien, en relación con el transcurrir legal de las cesantías habrá de anotarse que ellas se rigen por la Ley 6ª de 1945 que estableció que esta prestación se pagaría a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios (artículo 17).

La Ley 65 de 1946, en el artículo 1º, ordenó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro.”*

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

Posteriormente, al expedirse el Decreto 3118 de 1968 –que creó el Fondo Nacional de Ahorro– empezó el desmonte de la retroactividad de las cesantías, especialmente en la rama ejecutiva del orden nacional, para liquidarlas anualmente. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo.

En el orden territorial, la cesantía continuó bajo los lineamientos de la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947 que contemplan su pago de manera retroactiva.

A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

El Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5° de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

"Artículo 1°.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, **será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la ley 50 de 1990**; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998.

Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6° de la ley 432 de 1998."

Conforme a lo transcrito, la Ley 50 de 1990 se aplica a los servidores públicos del orden nacional, departamental o municipal por remisión del artículo 1° de la Ley 344 de 1996, según el cual "el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la ley 50 de 1990", es decir, que solamente se les aplica a quienes se hayan vinculado a partir del 1° de enero de 1997.

Con el fin de establecer la forma en que han de liquidarse las cesantías, se estableció que el reconocimiento y pago de las cesantías, se encuentra supeditado a la vigencia, dentro del ordenamiento jurídico, de tres regímenes en el sector público aplicables al orden territorial municipal, que por el principio de inescindibilidad, no pueden ser aplicados conjuntamente, estos son:

- i. Régimen de Cesantías con Retroactividad.
- ii. Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro.
- iii. Régimen de Liquidación de Cesantías por anualidad.

El Régimen de Liquidación de Cesantías Retroactivas tiene como fundamento normativo los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1° del Decreto 2767 de 1945, 1° y 2° de la Ley 65 de 1946, 2° y 6° del Decreto 1160 de 1947 y 2° del Decreto 1252 de 2000; se caracteriza por su reconocimiento y liquidación teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios prestado, con base en el último salario devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios cuando durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año: en este sistema no hay lugar a intereses, y solo es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

El segundo régimen, surgió con la Ley 432 de 1998, que permitió que el personal vinculado al sector territorial pudiera, al igual que los nacionales, afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, para que éste



administre sus cesantías, reconozca los intereses, proteja "contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación"

El Régimen de liquidación de cesantías por anualidad, fue creado para los trabajadores del sector privado por la Ley 50 de 1990 pero mediante la Ley 344 de 1996, se extendió a los públicos, y consiste en que el empleador el 31 de diciembre de cada año, debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor correspondiente al Fondo de Cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, cobija a las personas vinculadas a la administración a partir del 31 de diciembre de 1996

Respecto al tema de las cesantías de los empleados públicos, el artículo 13 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, es del siguiente tenor literal:

"Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, **a partir de la publicación de la presente Ley**, las personas que se vinculen a los Organos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) *Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.* (Negrillas fuera del texto)

La anterior normativa fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 04 de septiembre de 1997 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, declarando exequible la liquidación definitiva de cesantías por anualidad, con la siguiente argumentación:

*"...Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquella en pleno vigor, y, en consecuencia, **excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma.** Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia."* (Se Destaca)

Los intereses a la cesantía fueron creados por la Ley 52 de 1975, como una prestación patronal común, de que gozan todos los trabajadores, que consiste en el pago de una suma de dinero equivalente al 12% anual sobre los saldos de cesantía que el patrono o empleador tiene en su poder a 31 de diciembre de cada año, o proporcional por fracción de tiempo inferior al año.

90

*Indira Sofía Martínez Tena*  
*Universidad de San Buenaventura de Cartagena*  
*Derecho Público. Universidad Externado de Colombia*  
*Derecho Administrativo. Universidad Libre de Cartagena.*

---

Dirección Oficina: Edificio Banco del Estado Piso 12 N° 03, Teléfono 6647659 - Cartagena Bol

equivalente al 12% anual sobre los saldos de cesantía que el patrono o empleador tiene en su poder a 31 de diciembre de cada año, o proporcional por fracción de tiempo inferior al año.

Esta suma debe ser pagada al trabajador en el mes de enero de cada año, siendo beneficiarios de esta prestación por mandato expreso de la Ley 52 de 1975, artículo 1° los trabajadores a quienes se apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo. La norma preceptúa:

*"A partir del 1° de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al capítulo VII título VIII parte 1ª del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, le reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o liquidación parcial de cesantía, tenga éste a su favor por concepto de cesantía".*

Solo hasta el 31 de diciembre de 1996 con la expedición de la Ley 344, se hizo extensiva a los empleados públicos la Ley 50 de 1990, para el reconocimiento de los intereses de cesantía (numeral 2° artículo 99).

De acuerdo con el recuento normativo y las probanzas que obran en el proceso, a la demandante, por pertenecer al régimen retroactivo de cesantías, se le debió consignar el valor de sus cesantías retroactivas una vez terminado el vínculo laboral, esto desde 26 de agosto de 2004, mas los 45 días hábiles de que trata la Ley 244 de 1995.

#### **Prescripción de derechos**

El Decreto 3135 de 26 de diciembre 1968, por el cual se prevé la integración de la Seguridad Social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, establece en su artículo 41 que:

*"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 solo por un lapso igual".*

La anterior preceptiva fue retomada y reglamentada por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, define en los mismos términos la "prescripción de la Acción laboral", precisando que los tres años comienzan a correr cuando la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el término se interrumpe con el reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado.

Las normas en cita, no hacen alusión específica a su aplicabilidad frente al auxilio de cesantía. Al respecto el Consejo de Estado, con Ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, precisó la aplicación analógica de la prescripción trienal de los derechos salariales, con el siguiente tenor literal:

*sociales", norma que por su carácter de orden público y ante la ausencia de precepto normativo de carácter especial, es viable para suplir esta falencia por aplicación analógica. La Ley 153 de 1887 artículo 8° al preceptuar los principios de interpretación jurídica, acepta como regla de hermenéutica la analogía cuyo alcance se explica en que "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes ...".*

Acudiendo al artículo 151 del Código Procesal Laboral en vigor de la pauta analógica, es dable concluir, que aun otorgando a esta norma un alcance estrictamente privatista, contiene una "materia común extensible para los empleados públicos, porque es innegable la **relación laboral** que surge respecto de ambas modalidades, luego existe una "materia semejante" que colma el vacío normativo regulador del régimen prescriptivo salarial para los empleados públicos.

La norma referida no tiene un alcance estrictamente privatista y siendo así, no existen elementos indicadores que permitan deducir que la expresión trienal está limitada a temas tratados específicamente para regular el sector privado. En consecuencia, la prescripción contemplada en el artículo 151 del Código Procesal Laboral, abarca los derechos tanto de los servidores públicos como de los trabajadores particulares, a menos que existan normas especiales que regulen términos prescriptivos, verbigracia el artículo 23 del Decreto-Ley 1045 de 1978.

Además, si se trata de restringir el tema al sector particular, es más específico el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto preceptúa como regla general que las "... acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años", cuya órbita de aplicación, comprende las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular. Además, las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares (art. 3°, ibid.). En consecuencia, dicha disposición, debe preferirse por su especialidad para este sector y prevalecer sobre el artículo 151 del Código Procesal Laboral

En este orden de ideas, se concluye que el derecho a reclamar el auxilio de cesantía, prescribe en tres (3) años, término que empieza a contarse a partir de cuándo se hace exigible el derecho, que para el caso concreto, teniendo en cuenta lo establecido anteriormente, se contaría desde el 26 de agosto de 2004, mas los 45 días que otorga la Ley 244 de 1995.

La normatividad aplicable prevé que con la presentación del escrito de reclamación se interrumpe el término prescriptivo, es decir, que con la radicación de la solicitud de pago de las cesantías éste se renueva y el interesado contaría con un lapso igual al inicial, esto es tres (3) años más, para hacer efectivo el derecho. Dicha interrupción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, únicamente se puede dar "por una sola vez", por tanto las reclamaciones posteriores, no afectan el transcurso del término de prescripción.

Ahora bien, el actor pretende que se condene a la GOBERNACION DE BOLIVAR al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías retroactivas.

100

*Indira Sofía Martínez Taus*  
*Universidad de San Buenaventura de Cartagena*  
*Derecho Público. Universidad Externado de Colombia*  
*Derecho Administrativo. Universidad Libre de Cartagena.*

Dirección Oficina: Edificio Banco del Estado Piso 12 N° 03, Teléfono 6647659 - Cartagena Bol

Ahora bien, el actor pretende que se condene a la GOBERNACION DE BOLIVAR al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías retroactivas.

Al respecto es importante precisar que en materia de la sanción que se deriva del pago inoportuno de las cesantías, se debe aplicar el mismo término de prescripción establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, es decir, tres (3) años, contados a partir de que la respectiva obligación se hizo exigible.

Teniendo en cuenta que la mora empieza a correr a partir del día siguiente a cuando la entidad nominadora debió consignar el valor correspondiente a la cesantía retroactiva, es desde esa fecha 04 de febrero de 2004, mas los 45 días de plazo otorgados por la Ley, es que se empieza a contar el término prescriptivo de los tres años.

Se observa que la demandante presentó ante la entidad demandada la reclamación por las cesantías causadas, el 14 de marzo de 2006, es decir dentro de los tres años después de su exigibilidad, interrumpiendo de esta forma la prescripción, respecto a esta prestación (cesantías retroactivas), sin embargo no solicitó en esta reclamación y dentro del término de exigibilidad el pago de la sanción moratoria, que hasta ahora y después de varios años pretende cobrar.

No tiene razón el apoderado del demandante al afirmar que la sanción moratoria comienza a correr a partir de la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha 12 de agosto de 2012, que ordena el pago de las cesantías retroactivas, pues las normas en cita determinan específicamente que el término de prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito ante la entidad encargada del reconocimiento de la prestación, una vez se hace exigible la obligación.

Así mismo, se observa que la demandante pretendió revivir los términos –a través de provocar la respuesta de la Administración mediante la solicitud que radicó el 27 de septiembre de 2012, e interrumpir de nuevo el término de prescripción para poder demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa la negativa al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo, lo cual no es procedente.

Ahora, como lo que pretende la parte demandante con el proceso de la referencia es precisamente que se condene al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, al la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías correspondientes, que como ya se analizó, operó el fenómeno prescriptivo, no da lugar a tal indemnización, pues dejó transcurrir más de tres años para acudir ante el juez y hacer efectivo su derecho.

En conclusión, no existe el derecho reclamado por el demandante y, por ello, debe ser negada tales pretensiones.

**PETICION**

10/

*Indira Sofía Martínez Tous*  
*Universidad de San Buenaventura de Cartagena*  
*Derecho Público. Universidad Externado de Colombia*  
*Derecho Administrativo. Universidad Libre de Cartagena.*

Dirección Oficina: Edificio Banco del Estado Piso 12 N° 03, Teléfono 6647659 - Cartagena Bol

Solicito respetuosamente al señor Magistrado lo siguiente:

1. Se declare probada la excepción de prescripción del derecho al cobro de la sanción moratoria por no pago de las cesantías retroactivas, teniendo en cuenta que no fue reclamada dentro de término de exigibilidad.
2. En caso de no declararse lo anterior, se decrete probada la excepción de falta de jurisdicción del Tribunal Administrativo para conocer del asunto con fundamento en la excepción de falta de Jurisdicción.
3. En caso de que no prospere ninguna de estas excepciones se sirva negar las pretensiones de la demanda, por ausencia de responsabilidad de mi representado, teniendo en cuenta a que según la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, no se encuentra demostrado en el expediente el carácter sucesoral del departamento de Bolívar.

#### **PRUEBAS**

Solicito se tengan como tales las aportadas con la demanda.

#### **NOTIFICACION**

Recibo notificaciones en la ciudad de Cartagena, Barrio Centro, Edificio Banco del Estado de Estado piso 12-03, o en mis teléfono: Cel: 3012210919. También al E-mail [inditous@hotmail.com](mailto:inditous@hotmail.com).

Mi poderdante también en la ciudad de Cartagena, en el barrio manga, Palacio Departamental, diagonal a la DIAN, oficina Dpto, Jurídico 4° Piso, lugar ampliamente conocido.

Cordialmente,

  
**INDIRA SOFIA MARTINEZ TOUS**  
CC. N° 45.548.817 de Cartagena, Bolívar  
T. P. 159.349 del C.S de la J.