

## **TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Causales de procedencia / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Vicios de fondo**

Esta Sala en líneas generales comparte la tesis, según la cual, en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de las autoridades públicas, incluidas las de los Jueces de la República, por ello si bien esta acción resulta procedente contra providencias judiciales, ella es absolutamente excepcional en tanto que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la tutela como última instancia de todos los procesos y acciones. En este sentido, con algunas variantes, ha adoptado el test desarrollado por la Corte Constitucional, para determinar: a) La procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, cuando: i) La cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, ii) se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, y se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, iii) se trate de una irregularidad procesal, que tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, iv) se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la violación, como los derechos vulnerados y se haya alegado tal infracción en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible y, v) no se trate de providencias judiciales proferidas en acciones de tutela; b) Los defectos de fondo de la providencia judicial acusada, a saber: i) *Orgánico*: cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia, ii) *procedimental absoluto*: cuando el Juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido, iii) *fáctico*: cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, iv) *material o sustantivo*: cuando se resuelve con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión, v) *inducido*: cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros el cual lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales, vi) *sin motivación*: que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, vii) por *desconocimiento del precedente*: para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado, viii) por *violación directa de la Constitución*: cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales. Lo anterior con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de su

aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una providencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

**DEBIDO PROCESO - Vulneración por extralimitación del juez de segunda instancia al pronunciarse sobre aspectos no apelados / SEGUNDA INSTANCIA – Competencias del juez**

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en el asunto de autos, al resolver la alzada se extralimitó pues decidió de oficio aspectos que no le fueron planteados en la controversia de segunda instancia, infringiendo el sistema normativo que consagra el trámite de la apelación, de donde se evidencia que su competencia se encontraba regulada y limitada. Las anteriores consideraciones permiten afirmar que la competencia limitada del Juez cuando actúa en segunda instancia, le impide ampliarla, con el fin de pronunciarse sobre asuntos no decididos en primera instancia y por lo tanto no puestos a su consideración en virtud de la apelación, ya que con esto podría incurrir en una decisión ilegítima, que desconoce el derecho fundamental al debido proceso, la garantía de la doble instancia y el derecho a la igualdad procesal. En estos términos, debe entenderse que al Tribunal Administrativo del Atlántico, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por actora contra el Municipio de Soledad, Atlántico, en virtud de la apelación presentada por aquella entidad territorial, únicamente se le trasladó el poder de conocer y decidir aquella parte de lo conocido y decidido por el A quo que fue específicamente apelado. Así las cosas y aun cuando lo expuesto sería suficiente para dejar sin efectos la providencia acusada, pues se pronunció oficiosamente sobre un asunto que no fue objeto del recurso de apelación violando en consecuencia el derecho al debido proceso de la demandante, debe la Sala resolver la segunda las acusaciones presentada en el libelo de amparo, a fin de tener elementos de juicio suficientes para tomar una decisión.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 357

**FALTA DE ESCOGENCIA DE FONDO DE CESANTIAS - No exime a la administración de cumplir su obligación de consignar dentro del plazo legal / PAGO DE CESANTIAS - Falta de escogencia de fondo No exime a la administración de consignar dentro del plazo legal. Sanción moratoria**

De conformidad con la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa de esta Sala, y atendiendo al marco legal de los empleados territoriales – como fue el

caso de la demandante-, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el artículo 1º del Decreto 1582 de 10 de agosto de 1998, trajo consigo la mencionada sanción moratoria, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto. Así la Ley 50 de 1990, modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados Fondos de Cesantías, estableciendo como características principales que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente y que dicho valor debe consignarse antes del 15 de febrero del año siguiente y en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. Por otro lado, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, para en el evento en que el empleador no la consigne por la anualidad o fracción correspondiente antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió. Así las cosas, la naturaleza sancionatoria de la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada. Clarificado lo anterior, debe indicarse que fue probado en el expediente que la demandante se vinculó con la administración distrital desde el 13 de agosto de 2002, desvinculada el 30 de diciembre de 2003 y el régimen de cesantías aplicable era el anualizado que le ordenaba a la entidad empleadora consignar anualmente el valor de las cesantías en el Fondo que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, como lo ha establecido la Jurisprudencia de esta Sección, en el que la administración elija, porque la no manifestación del servidor sobre el Fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad empleadora – Municipio de Soledad, Atlántico-, puesto que para el 14 de diciembre de 2005 día anterior al pago de tales emolumentos no había consignado el valor de las cesantías correspondientes a los años de 2002 y 2003, resultando entonces viable la sanción por mora que reclamó la demandante sustentada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

**FUENTE FORMAL:** LEY 50 DE 1990 – ARTICULO 99 / DECRETO 1582 DE 1998 – ARTICULO 1º

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el no pago de cesantías por falta de escogencia del fondo: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del

21 de mayo de 2009, Rad. 2070-07, MP. Gerardo Arenas Monsalve y de 5 de agosto de 2010, Rad. 1521-2009, MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**CONSEJERO PONENTE: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

**Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01271-00(AC)**

**Actor: LIZETH MARÍA DURÁN RUÍZ**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO**

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por la actora contra el Tribunal Administrativo del Atlántico, por haber proferido en segunda instancia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, incoada contra el municipio de Soledad, Atlántico, la sentencia de 5 de mayo de 2010 que negó las pretensiones de su demanda.

**EL ESCRITO DE TUTELA**

Lizeth María Durán Ruíz, interpuso acción de tutela contra la mencionada Corporación Judicial, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social e irrenunciabilidad a los beneficios establecidos en normas laborales.

Como fundamento de su acción expuso:

Laboró como docente en el Instituto Técnico Microempresarial de Soledad, Atlántico, hasta el 30 de diciembre de 2003 cuando le fue aceptada su renuncia al cargo. Durante su vinculación laboral estuvo sometida al régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990, conforme a la remisión prescrita por el artículo 1° del Decreto N° 1582 de 1998, por lo cual dichas prestaciones causadas durante los años 2002 y 2003 debían consignarse en el Fondo de Cesantías a más tardar el 15 de febrero del año siguiente, sin embargo, esto sólo tuvo lugar el 15 diciembre de 2005.

Solicitó ante el municipio de Soledad, Atlántico, el 20 de enero de 2006, reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retraso, sin embargo no obtuvo respuesta alguna configurándose silencio administrativo negativo mediante acto ficto.

Por lo anterior, presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho que fue decidida en primera instancia por el Juzgado 8° Administrativo de Barranquilla, mediante sentencia de 19 de marzo de 2009 accediendo a las pretensiones de la demanda condenando a la entidad territorial demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

El Municipio de Soledad, Atlántico, impugnó la anterior decisión ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, presentando cuatro argumentos, a saber: i) inexistencia de norma legal concreta, ii) falta de individualización del acto demandado, iii) indebido ejercicio de la acción y iv) falta de jurisdicción.

La mencionada Corporación Judicial mediante sentencia de 5 de mayo de 2010 revocó el fallo impugnado y en su lugar negó las súplicas de la demanda, por cuanto no obraba en el expediente prueba que permitiera determinar si se informó oportunamente al Municipio de Soledad, Atlántico, la

determinación del Fondo de Cesantías, donde debían consignarse las cesantías anuales mientras se mantuvo el vínculo laboral.

La mencionada decisión comporta una vía de hecho, por cuanto: i) viola el principio procesal de consonancia, dado que, excedió la competencia determinada por los argumentos de la apelación y ii) incurre en una interpretación ostensiblemente contraria a la norma jurídica aplicable, ya que, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no indica que la no escogencia del Fondo de Cesantías por parte del trabajador exima a la administración de la obligación de consignar estas antes del 15 febrero de cada año, pues en dicho caso ésta deberá hacer la elección.

Como consecuencia de lo anterior solicitó tutelar los derechos fundamentales invocados, dejar si efectos la sentencia acusada y en su lugar ordenar al Tribunal Administrativo del Atlántico, condenar al Municipio de Soledad al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria pretendida en la demanda ordinaria.

### **LA PROVIDENCIA ACUSADA**

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 5 de mayo de 2010, revocó la sentencia de primera instancia de 19 de marzo de 2009 proferida por el Juzgado 8° Administrativo de Barranquilla, que había ordenado al municipio de Soledad, Atlántico, el pago de la indemnización moratoria, y en su lugar negó las súplicas de la demanda. Basó su decisión en los siguientes argumentos (Fls. 32 a 40):

En el expediente no milita prueba alguna donde conste que la demandante previamente haya escogido Fondo de Cesantías y en el derecho de petición presentado por el apoderado de la docente no obra número de cuenta, Nit o nombre del Fondo de Cesantías; si bien en la hoja de vida de aquella reposa

certificación relativa al Fondo de Pensiones del Seguro Social, éste no está habilitado para la administración de cesantías.

En la contestación de la demanda visible a folio 38, que trata sobre “los hechos de la demanda y condena”, en el inciso tercero, la entidad demandada aseveró que “no registra en los documentos aportados por la demandante, soporte legal alguno del que efectivamente se demuestre que ésta se hubiese afiliado a un Fondo de Cesantías y Pensiones en los términos señalados en la Ley 50 de 1990 aplicable a todos los trabajadores del país”.

El A quo ofició al Municipio de Soledad, a fin de que enviara copia auténtica del expediente administrativo de la docente, pero en los documentos remitidos no reposa certificación de afiliación a Fondo de Cesantías alguno, por lo cual no es posible condenar a la entidad demandada al pago de unos salarios moratorios cuando la demandante no adujo a que Fondo de Cesantías se encontraba afiliada y menos aportó certificado o número de cuenta para la consignación.

La mora de que trata el inciso 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se cancelará cuando el empleador incumpla consignar en la cuenta del Fondo que el trabajador haya escogido, de la cual la demandante no hace mención alguna y ésta resulta ser la prueba pertinente para establecer si hubo o no incumplimiento, para por consiguiente aplicar la sanción.

Hay orfandad probatoria sobre el Fondo de Cesantías escogido por la actora, omisión imputable a ésta, pues sin esa importante información los plazos aludidos en la norma no se le pueden contabilizar a la entidad territorial demandada.

## **ACTUACIÓN PROCESAL INSTANCIA**

El Despacho de la Consejera, Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, admitió la demanda de tutela ordenando notificarla al Tribunal Administrativo del Atlántico. Por haber sido negada en Sala la ponencia inicial el expediente pasó al Consejero que seguía en turno, donde se ordenó vincular al proceso al Municipio de Soledad, Atlántico, dado que fue parte dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde se profirió la providencia acusada.

## **INFORME RENDIDO EN EL PROCESO**

### Tribunal Administrativo del Atlántico

En Oficio visible a folios 56 a 59 del expediente, el Dr. Ángel Hernández Cano, en su calidad de Magistrado del Tribunal Administrativo del Atlántico, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción, con los siguientes argumentos:

La pretendida incongruencia de la sentencia acusada es inexistente pues del examen del expediente se puede concluir que la decisión de segunda instancia se circunscribe a los motivos de inconformidad planteados en la apelación, en tanto examinó en primer lugar la falta de jurisdicción invocada, excepción que fue despachada de manera desfavorable y seguidamente, acometió el estudio del fondo de la litis cuyo tema de decisión se contraía a determinar la legalidad del acto administrativo denegatorio del reconocimiento de la indemnización moratoria por retardo en el pago de las cesantías definitivas.

En cuanto al cargo de interpretación errónea de las normas invocadas, debe observarse que lo pretendido en el amparo se reduce a una inconformidad

respecto del criterio jurídico utilizado para resolver la litis, el cual se pretende desconocer con el propósito de crear una tercera instancia a fin de reabrir el debate legalmente concluido.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional no puede acudir a la acción de tutela a fin de pretender que un Juez diferente al del conocimiento intervenga para modificar un determinado criterio de interpretación jurídica que, independientemente de si se comparte o no, ha sido aplicado un caso concreto con base en la función interpretativa propia de la actividad judicial.

La demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial como es el recurso de revisión previsto en el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo.

#### El municipio de Soledad, Atlántico

En Oficio visible a folios 92 a 108 del expediente, la Dra. Lina Esther García Mendoza, en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Soledad, Atlántico, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción, con los siguientes argumentos:

El empleado tiene la obligación de manifestar al empleador en que fondo deben ser consignadas sus cesantías, de manera que si no lo hace incurre en una culpa de la cual no puede luego beneficiarse.

Mas allá de la consonancia de las sentencias está la defensa del patrimonio público, por lo cual el Tribunal Administrativo del Atlántico obró en derecho cuando revocó la sentencia del A quo al considerar que no existía prueba de la comunicación al empleador sobre el Fondo donde debía consignar las cesantías.

El amparo es improcedente en este caso dado que: i) no se estructura alguno de los defectos de fondo constitucionales decantados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ii) existe otro mecanismo de defensa judicial puesto que puede interponerse recurso de queja (sic) contra la sentencia acusada, iii) no se probó la existencia de un perjuicio irremediable y iv) no obra prueba en el expediente de afectación alguna a los derechos fundamentales invocados por la demandante.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **Delimitación del Caso**

Del escrito de tutela, observa la Sala que la inconformidad de la demandante, se circunscribe a la sentencia de 5 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de la cual se revocó la sentencia de 19 de marzo de 2009 proferida por el Juzgado 8° Administrativo de Barranquilla, que había declarado la nulidad del acto ficto emanado del municipio de Soledad, Atlántico, por el cual se negó el reconocimiento de la indemnización por la mora en la consignación anual de las cesantías de la demandante causadas durante los años 2002 y 2003.

Bajo la anterior perspectiva, es necesario analizar previamente los requisitos de procedibilidad de la acción contra providencias judiciales para en el caso de ser viable proceder al estudio de fondo.

### **La acción de tutela contra providencias judiciales**

Esta Sala en líneas generales comparte la tesis, según la cual, en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de las autoridades públicas, incluidas las de los

Jueces de la República, por ello si bien esta acción resulta procedente contra providencias judiciales, ella es absolutamente excepcional en tanto que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la tutela como última instancia de todos los procesos y acciones.

En este sentido, con algunas variantes, ha adoptado el test desarrollado por la Corte Constitucional, para determinar:

a) La procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, cuando:

i) La cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, ii) se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, y se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, iii) se trate de una irregularidad procesal, que tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, iv) se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la violación, como los derechos vulnerados y se haya alegado tal infracción en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible y, v) no se trate de providencias judiciales proferidas en acciones de tutela;

b) Los defectos de fondo de la providencia judicial acusada, a saber: i)

*Orgánico*: cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia, ii) *procedimental absoluto*: cuando el Juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido, iii) *fáctico*: cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, iv) *material o sustantivo*: cuando se resuelve con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción

entre los fundamentos y la decisión, v) *inducido*: cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros el cual lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales, vi) *sin motivación*: que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, vii) por *desconocimiento del precedente*: para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado, viii) por *violación directa de la Constitución*: cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

Lo anterior con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de su aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una providencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

Para la Sala el escrito de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad antes expuestos, pues la cuestión debatida comporta relevancia constitucional dentro marco de los derechos prestacionales de los servidores públicos y del debido proceso en cuanto a la competencia del Juez de Segunda Instancia de los procesos contenciosos administrativos, se agotaron todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judiciales al alcance de la persona afectada, se dio cumplimiento al requisito de la inmediatez por cuanto entre la notificación de la providencia acusada y la presentación de la demanda sólo transcurrió 1 mes, se identificaron razonablemente tanto los hechos que generaron la presunta violación como los derechos supuestamente vulnerados y la sentencia enjuiciada no fue expedida dentro de acciones constitucionales.

### **Análisis del caso en concreto**

Ahora bien en el escrito de tutela, la actora presenta dos argumentos de reproche constitucional contra la sentencia acusada, el primero de ellos de naturaleza procesal, según el cual, se incurrió en extralimitación de competencia pues el sustento de la decisión del Ad quem, tuvo lugar en asuntos que no fueron resueltos por el A quo, ni invocados en el recurso de apelación presentado por la entidad demandada, y el segundo de estirpe sustancial para indicar que existió una indebida interpretación de la de la Ley 50 de 1990, pues no puede entenderse que cuando el empleado no informe al empleador en qué Fondo o Administradora de Cesantías debe consignar aquellas que han sido causadas en el año inmediatamente anterior éste pueda exonerarse de la sanción moratoria.

En este orden de ideas debe la Sala, abordar el conocimiento de las acusaciones presentadas por la demandante, las cuales por razones técnicas serán analizadas en la forma como fueron previamente planteadas.

#### 1. Sobre la extralimitación de la competencia de segunda instancia

Al realizar un análisis de la sentencia de primera instancia de 19 de marzo de 2009 (Fls. 15 a 28) proferida el Juzgado 8° Administrativo de Barranquilla, en la cual se ordenó al Municipio de Soledad, Atlántico, reconocer y pagar la indemnización moratoria a la señora Lizeth María Durán Ruíz, por la no consignación en tiempo de las cesantías causadas en los años 2002 y 2003, observa la Sala que, el sustento de tal decisión radicó en la aplicación del artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, el Decreto Reglamentario N° 1063 de 1991, así como los Decretos N° 1730 de 1991 y N° 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -, desde la cual, era obligación del referido municipio, realizar las consignaciones anuales de las cesantías de la

actora a más tardar al 15 de febrero del año siguiente al que fueran liquidadas, so pena de incurrir en la sanción de un día de salario por cada día de retraso a favor del empleado.

Por otra parte al revisar el escrito de impugnación presentado por el Municipio de Soledad, Atlántico, contra la mencionada providencia de primera instancia que fue aportado al expediente de amparo (Fls. 29 a 31), se observa que en él únicamente se invocan como motivos de inconformidad la indebida escogencia de la acción -por cuanto se consideró que la pertinente era la de reparación directa-, la inexistencia del acto administrativo ficto demandado -pues aparentemente éste no fue identificado correctamente por el demandante -, y la falta de jurisdicción -dado que al parecer el asunto correspondía a los jueces laborales y no a los administrativos-.

Ahora de lo anterior es claro que, ni en la sentencia de primera instancia ni en el recurso de apelación, piezas procesales estas que determinan el marco de la competencia del superior, se planteó la cuestión por la cual el Juez de la Segunda Instancia revocó la decisión impugnada, es decir, la exoneración de la sanción moratoria debido a que el empleado supuestamente no informó al empleador el Fondo de Cesantías donde debía realizar tal desembolso.

En estos términos, es evidente que el Municipio de Soledad, Atlántico, dirigió su alzada a atacar la sentencia del A quo, con argumentos relacionados con la jurisdicción competente para conocer el asunto y la existencia del acto administrativo, por lo tanto al momento de decidir la apelación el análisis debía estar orientado únicamente a resolver la cuestión planteada con ocasión del recurso.

Lo expuesto, por cuanto no se puede perder de vista que el debate jurídico en la segunda instancia está delimitado por los argumentos del A quo y los

del recurrente, sin que le sea dable al Juez de la apelación revisar cuestiones no analizadas en la primera instancia y mucho menos aquellas no planteadas en el recurso, esto en concordancia con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, el recurso de apelación no tiene por finalidad estudiar la totalidad de la cuestión debatida en primera instancia sino los argumentos planteados por el apelante, los cuales son el marco o límite de la competencia.

Así las cosas el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el asunto de autos, al resolver la alzada se extralimitó pues decidió de oficio aspectos que no le fueron planteados en la controversia de segunda instancia, infringiendo el sistema normativo que consagra el trámite de la apelación, de donde se evidencia que su competencia se encontraba regulada y limitada.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar que la competencia limitada del Juez cuando actúa en segunda instancia, le impide ampliarla, con el fin de pronunciarse sobre asuntos no decididos en primera instancia y por lo tanto no puestos a su consideración en virtud de la apelación, ya que con esto podría incurrir en una decisión ilegítima, que desconoce el derecho fundamental al debido proceso, la garantía de la doble instancia y el derecho a la igualdad procesal.

En estos términos y como colorario de lo expuesto, debe entenderse que al Tribunal Administrativo del Atlántico, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la señora Lizeth María Durán Ruíz contra el Municipio de Soledad, Atlántico, en virtud de la apelación presentada por aquella entidad territorial, únicamente se le trasladó el poder de conocer y decidir aquella parte de lo conocido y decidido por el A quo que fue específicamente apelado.

Así las cosas y aun cuando lo expuesto sería suficiente para dejar sin efectos la providencia acusada, pues se pronunció oficiosamente sobre un asunto que no fue objeto del recurso de apelación violando en consecuencia el derecho al debido proceso de la demandante, debe la Sala resolver la segunda las acusaciones presentada en el libelo de amparo, a fin de tener elementos de juicio suficientes para tomar una decisión.

## 2. Sobre la supuesta indebida interpretación de la Ley 50 de 1990

Esta acusación la plantea la demandante, afirmando que el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la sentencia de segunda instancia erró al interpretar la Ley 50 de 1990, porque exoneró al Municipio de Soledad, Atlántico, del pago de la sanción moratoria por el atraso en la consignación anual de las cesantías argumentando que no había puesto en conocimiento del empleador el Fondo en cual estas debían ser consignadas.

En este orden de ideas de conformidad con la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa de esta Sala, y atendiendo al marco legal de los empleados territoriales – como fue el caso de la demandante-, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996<sup>1</sup> estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el artículo 1º del Decreto 1582 de 10 de agosto de 1998<sup>2</sup>, trajo consigo la mencionada

---

<sup>1</sup> Ley 344 de 1996. Artículo 13. “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 Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: 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; (...)”.

<sup>2</sup> Decreto 1582 de 1998. Artículo 1º. 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 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...).”.

sanción moratoria, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto.

Así la Ley 50 de 1990, modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados Fondos de Cesantías, estableciendo como características principales que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente y que dicho valor debe consignarse antes del 15 de febrero del año siguiente y en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Por otro lado, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, para en el evento en que el empleador no la consigne **por la anualidad o fracción correspondiente** antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.

Así las cosas, la naturaleza sancionatoria de la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada.

Clarificado lo anterior, debe indicarse que fue probado en el expediente que la demandante se vinculó con la administración distrital desde el 13 de agosto de 2002, desvinculada el 30 de diciembre de 2003 y el régimen de cesantías aplicable era el anualizado que le ordenaba a la entidad empleadora consignar anualmente el valor de las cesantías en el Fondo que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, como lo ha

establecido la Jurisprudencia de esta Sección<sup>3</sup>, en el que la administración elija, porque la no manifestación del servidor sobre el Fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad empleadora – Municipio de Soledad, Atlántico-, puesto que para el 14 de diciembre de 2005 día anterior al pago de tales emolumentos no había consignado el valor de las cesantías correspondientes a los años de 2002 y 2003, resultando entonces viable la sanción por mora que reclamó la demandante sustentada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En conclusión, reluce con claridad que el argumento de la sentencia acusada para negar - dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la ahora demandante contra el Municipio de Soledad, Atlántico-, la pretensión de indemnización moratoria del artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, según el cual, la no comunicación del empleado a su empleador del Fondo escogido para hacer la consignación de las cesantías exonera de la obligación de consignación en tiempo y por ende de la sanción pecuniaria, carece de sustento jurídico y aun más controvierte el criterio que sobre el asunto ha asumido el Consejo de Estado.

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, M.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 21 de mayo de 2009. Radicación número: (2070-07). Actor: WILLIAM ARANGO PEREZ. "Sanción por no consignación oportuna de la cesantía". El régimen anualizado de cesantías se hizo extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998 (vigente desde el 10 de Agosto de 1998), en el cual se dispuso que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos vinculados a partir de 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. Normas cuyo contenido literal es el siguiente: (...) Acorde con la anterior transcripción normativa y como quedó demostrado que el actor se vinculó con la administración territorial el 1 de junio de 1999, el régimen de cesantías que le era aplicable era el anualizado, que le ordenaba a la entidad consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, en el que la administración elija, porque la no manifestación del servidor sobre el fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad aquí demandada, quien liquidó la cesantía y los intereses de la misma al término del vínculo tal y como se infiere del contenido de la Resolución No. 109 de 2001. Criterio jurisprudencial, que ha sido reiterado por la Sección Segunda de esta Corporación en Sentencia de 5 de agosto de 2010. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. EXP. N°: 200800394 01. Número Interno: 1521-2009. Autoridades Distritales. Actora: Aminta Elena Galvis Baldovino.

Finalmente es pertinente mencionar, que independientemente que a la demandante se le hubiera pagado la cesantía con posterioridad al término establecido por la ley, esto no desvanece la mora en que incurrió la administración al no consignarlas en tiempo.

### **DECISIÓN**

En atención a las consideraciones precedentes entiende la Sala que la providencia acusada del Tribunal Administrativo del Atlántico debe dejarse sin efectos, por cuanto violó a la actora los derechos fundamentales al debido proceso al extralimitarse en la competencia conferida por el ordenamiento jurídico al Juez de Segunda Instancia y el acceso material a la administración de justicia por error de interpretación constitucional al aplicar el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desconociendo el criterio jurídico esgrimido sobre la materia por el Consejo de Estado.

En consecuencia, dado que en la sentencia acusada el Tribunal Administrativo del Atlántico, revocó la providencia del A quo y denegó las suplicadas de la demanda de la señora Lizeth María Durán Ruíz, se ordenará a dicha Corporación Judicial que dentro de los 40 días siguientes a la notificación de este fallo, profiera una nueva decisión de fondo en la cual se ciña a resolver los fundamentos del recurso de apelación presentado el Municipio de Soledad, Atlántico, contra la sentencia de primera instancia.

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

### **FALLA**

**Ampáranse**, en atención a los consideraciones expuestas, los derechos fundamentales al debido proceso y acceso material a la administración de justicia de la señora Lizeth María Durán Ruíz, vulnerados por el Tribunal Administrativo del Atlántico, al proferir en segunda instancia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por ella contra el Municipio de Soledad, Atlántico, la sentencia de 5 de mayo de 2010 que revocó la decisión del A quo y negó las suplicas del libelo.

**Dejése**, sin efectos la sentencia de segunda instancia de 5 de mayo de 2010 proferida por el vulnerados por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por Lizeth María Durán Ruíz contra el Municipio de Soledad, Atlántico.

**Ordénase**, al Tribunal Administrativo del Atlántico, que en un término de 40 días siguientes a la notificación de este fallo, profiera dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por Lizeth María Durán Ruíz contra el Municipio de Soledad, Atlántico, una nueva decisión de fondo en la cual se ciña a resolver los fundamentos del recurso de apelación presentado el Municipio de Soledad, Atlántico, contra la sentencia de primera instancia.

**Cópiese, notifíquese y si no fuere impugnada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Cúmplase.**

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ  
MONSALVE**

**GERARDO ARENAS**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**