

Bogotá, octubre de 2023

Señores
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA interpuesta por **JUAN GREGORIO ARRIETA HERMOSILLA** contra la sentencia proferida con el día **19/7/2023**, en segunda instancia por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, en el expediente rad. No. **70001333300520220019601**.

Honorables consejeros:

YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. **89.009.237 de Armenia** y **T. P. 112.907 del C.S. de la J.** del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado del (la) Docente **JUAN GREGORIO ARRIETA HERMOSILLA**, identificado (a) con cédula de ciudadanía número **92555078**, acudo ante su despacho con el fin de solicitarle el amparo constitucional establecido en el Artículo 86 de la Constitución Política denominado **ACCIÓN DE TUTELA** con el objeto que protejan los derechos fundamentales: **AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO, GARANTÍA A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PERPETUATIO JURISDICTIONIS, SEGURIDAD JURÍDICA, AL DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL**, vulnerado por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, con ocasión de la expedición de la sentencia del **19/7/2023**, dentro del proceso Ordinario Contencioso con Radicado No. **70001333300520220019601**, con fundamento en los siguientes:

I. HECHOS

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

1. El (la) docente **JUAN GREGORIO ARRIETA HERMOSILLA**, labora con la entidad territorial certificada en Educación del Departamento de Sucre, después del año de 1990. Es decir que por la fecha de su vinculación tiene derecho al reconocimiento y pago de cesantías por el régimen anualizado, con pago de interés cada año.
2. El 15 de febrero del año 2021, no le fueron consignadas sus cesantías por parte de **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (como patrono) al Fomag** – fondo al que pertenece como trabajador del estado y que le corresponden por sus servicios prestados en el año 2020.

3. El 27/8/2021, al haber transcurrido 5 meses sin que fuera realizada su consignación **EFFECTIVA EN EL FOMAG**, solicitó además de su pago, también el reconocimiento de la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 la ley y en la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado Sección Segunda.
4. La entidad pública demandada en el proceso contencioso administrativo, **COMO PATRONO**, en vez de efectuar una respuesta de fondo, O PROCEDER A LA CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS, remitió la solicitud a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., para que otorgara respuesta a la solicitud, siendo esta última entidad la encargada de los recursos del FOMAG, no sobre quien recae la obligación de la consignación como patrono, pero hasta la fecha de presentación de esta acción de tutela, nunca se obtuvo respuesta, por lo que se procedió a demandar el acto ficto negativo.
5. El **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO** en sentencia del 14/12/2022, negó las súplicas de la demanda.
6. Contra la decisión de primera instancia, dentro del término legal, presentamos respetuosamente **RECURSO DE APELACIÓN**, por considerar que no solo la ley, sino la abundante jurisprudencia constitucional de unificación y de este órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo tanto en el año 2021, 2022 y las sentencias notificadas al inicio del presente año, ya despejaron las dudas sobre la aplicación de manera pacífica de la ley 50 de 1990, a los docentes oficiales, en igualdad de condiciones que al restante de empleados públicos de Colombia.
7. El Tribunal Administrativo de Sucre en sentencia proferida el día 19/7/2023, decidió confirmar la decisión del a-quo.
8. Al considerar que la decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, con todo el respeto, no aparea el contenido de la ley y de la abundante jurisprudencia constitucional y de este órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, presentamos esta acción de tutela para protección de los derechos fundamentales que le fueron conculcados a mi representada.

II. PRETENSIONES

1. Se declare que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE** en la sentencia proferida el día 19/7/2023, en el expediente rad. No. 70001333300520220019601, transgredió los derechos fundamentales: **AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO, GARANTÍA A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PERPETUATIO JURISDICTIONIS, SEGURIDAD JURÍDICA, AL DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL**, de la accionante, por considerar

que las razones de la decisión no se ajustan a los postulados de la ley y a la abundante jurisprudencia constitucional y de este órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo, por lo que se encuentra vulnerando los derechos fundamentales de la accionada.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**; dejar sin efectos la providencia referida en el numeral anterior y se profiera una nueva, atendiendo la multiplicidad de precedentes judiciales que sobre el tema edificó la Corte Constitucional en las sentencias **SU 098 de 17 de octubre de 2018** y el de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado mediante diferentes decisiones ordenando el reconocimiento y pago de la sanción por mora como fue solicitada en la demanda, de acuerdo a los postulados establecidos en los siguientes expedientes:

3. CORTE CONSTITUCIONAL				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
1	Exp. T-6.736.200	17 de octubre de 2018	Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 098/2018 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
2	Exp. T-5904426 y otros	25 de julio de 2019	Dr. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 332/2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
3	Exp. T-7.182.312 y otros	6 de febrero de 2020	Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 041/2020 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
1	08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)	6 de agosto de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO
2	76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014	24 de enero de 2019	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
3	11001-03-15-000-2018-04617-01	17 de junio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS – Dr. GUILLERMO SANCHEZ LUQUE
4	11001-03-15-000-2018-04679-01	28 de junio de 2019	Dr. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS	Dra. NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN – Dr. HERNANDO SANCHEZ SÁNCHEZ
5	11001-0315-000-2018-03499-01	29 de julio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
6	08001 23 33 000 2014 00173-01 (1688-16)	2 de diciembre de 2019	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
7	08001-23-33-000-2014-00208-01	10 de junio de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

8	08001-23-31-000-2014-00254-01 (4960-2017)	22 de octubre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
9	08001-23-33-000-2014-00132-01	12 de noviembre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
10	08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979-2017)	17 de junio de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
11	08001-23-33-000-2015-00331-01	17 de junio de 2021	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
12	19001-23-33-000-2015-00445-02(0483-20)	4 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
13	08001-23-33-000-2014-01127-01 (1002-2021)	25 de noviembre de 2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
14	40001-23-40-000-2017-00134-01 (2208-2020)	25 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
15	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
16	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11 de noviembre de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
17	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20 de enero de 2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
18	080001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020)	3 de marzo de 2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
19	76001-23-33-000-2013-00756-01 (2224-2020)	28 de abril de 2022	Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dra. SANDRA LISETH IBARRA
20	080001-23-40-000-2017-00795-01 (2659-2020)	9 de mayo de 2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
21	47-001-23-33-000-2019-00359-01 (4004-2021)	19 de mayo de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
22	47-001-23-33-000-2019-00376-01 (4462-2021)	1 de julio de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
23	08001-23-33-000-2015-00509-01 (2140-2020)	22 de Agosto de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

24	08001-23-33-000-2015-90124-01 (2394-2020)	22 de Septiembre de 2022	Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
25	76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)	19 de enero de 2023	Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ	DR. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS – Dr. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ
26	47001-23-33-000-2018-0231-01 (0871-2020)	26 de enero 2023	DR. RAFAEL FRANCISCO GOMEZ	DR. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ – DR. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA UNA PROVIDENCIA JUDICIAL

La jurisprudencia ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando éstas son el resultado de una actuación arbitraria o caprichosa del funcionario judicial constitutiva de una vía de hecho.

Se ha advertido por la H. Corte Constitucional que las acciones u omisiones constituyen vía de hecho, cuando contrarían el ordenamiento jurídico, y suponen su radical negación, encontrándose los jueces de tutela en obligación de proteger el derecho al debido proceso de las partes afectadas con tal conducta, razón por la que resulta procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, más aún cuando la jurisprudencia ha dado un giro de modo tal que el concepto de vía de hecho se ha remplazado por el de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” los cuales suponen la posibilidad de atacar mediante la acción de tutela las sentencias judiciales por defectos que no necesariamente deben suponer una interpretación grosera y abusiva de las normas, pues se incluyen aquellos casos en los que el juez se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

En cuanto al cumplimiento de los requisitos generales y específicos, que la jurisprudencia ha determinado, para la procedencia de la acción de tutela contra el fallo judicial, se encuentra que por lo anteriormente expuesto, es dable plantear esta acción constitucional contra el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, por cuanto se evidencia una serie de irregularidades sustantivas presentadas al interior de la decisión judicial del 19/7/2023, en el proceso con radicado 70001333300520220019601; razón por la cual, el accionante acude con este mecanismo judicial a solicitar el amparo de los derechos fundamentales vulnerados.

Entonces resulta que es más gravosa la situación de los docentes que ya se encuentran afiliados al FOMAG, pues según la decisión tutelada, la cual determina que el Ministerio de Educación Nacional no debe girar los recursos de las cesantías en debida forma. SOLO ESTA OBLIGADO PARA QUE SE GENERE LA SANCION POR MORA A LAS CESANTIAS, de quienes no se encuentran afiliados al Fomag. Esto es una situación Honorables Magistrados que está sujeta a una efectiva corrección de orden legal.

El Ministerio de Educación Nacional en su posición dominante de patrono, debe acogerse a los postulados legales, que garanticen los derechos laborales de los docentes de la educación pública, si bien es cierto de la evolución normativa, se desprende la

descentralización del servicio educativo en cabeza de las entidades territoriales, lo cierto es que ninguna ley ha despojado o sustraído a la Nación – MEN, de la obligación legal de consignar al Fondo los recursos correspondientes a las prestaciones y de esta manera garantizar el funcionamiento efectivo del Fondo Prestacional y evitar detrimento de los recursos públicos, como debió haber sido determinado por la sentencia del 19/7/2023, en el proceso radicado 70001333300520220019601, por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, circunstancia que no acaeció.

Para terminar, si existiera UNIDAD DE CAJA entre el MEN y el FOMAG, esta última **podría disponer de recursos para el pago de pensiones o cesantías de los docentes**, que son para infraestructura educativa o para el giro de las Universidades públicas o para cientos de actividades más que realiza el MEN, como el pago de subsidios a estudiantes de universidades, compra de material de actividades curriculares, etc, situación que despeja la inquietud y desvirtúa de pleno derecho, el argumento expuesto por la decisión tutelada y por lo tanto se solicita en el acápite de PRETENSIONES, la debida corrección de la sentencia en protección de los derechos fundamentales señalados a mi mandante.

Ahora bien, es menester señalar que la acción de tutela es un mecanismo que permite a los ciudadanos acudir ante las autoridades judiciales con el fin de obtener protección de manera expedita a sus derechos fundamentales, cuando se consideren vulnerados o amenazados, bien sea por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, esta acción constitucional se encuentra reglada a través del artículo 86 de la Constitución Política, así:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Por su parte el Decreto Ley 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, estableció:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción”.

En este orden de ideas es un instrumento: **i)** subsidiario, porque solo procede en los casos que no existiere otro mecanismo de defensa judicial idóneo, excepto que se pretenda evitar un perjuicio inminente a los derechos fundamentales, de conformidad con el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que dispuso: *“1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”, ii)* inmediato, por cuanto su finalidad es otorgar sin dilaciones la protección a la que haya lugar, de acuerdo al artículo 18 del Decreto 2591 de 1991 que señaló: *“El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho”, iii)* sencillo, en tanto no exige conocimientos jurídicos para su ejercicio, no requiere la intervención de abogado y puede ser presentando por cualquier ciudadano, **iii)** específico, debido a que fue creado como un mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales y **iv)** eficaz, comoquiera que siempre exige del juez un pronunciamiento de fondo, ya se para acceder o negar las pretensiones del líbello de la acción de tutela.

Ahora, si bien es cierto por regla general no procede la acción de tutela contra providencias judiciales, también lo es que este recurso de constitucionalidad contra sentencias es un eje central en el sistema de garantía de los derechos fundamentales. En consecuencia, este mecanismo en esta instancia, no solo se convierte en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando los mismos han sido vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad judicial, además, sirve también como un instrumento encaminado para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios que ya se encuentran definidos y tramitados, únicamente desde la arista del derecho legislado. Es decir, que este recurso de amparo contra sentencias es el instrumento para actualizar el derecho y que se nutra de valores y en general principios y derechos que deben gobernar un Estado Social y Democrático de Derecho.

Luego entonces, la acción de tutela contra providencias judiciales está concebida como un procedimiento cautelar que garantiza la efectividad del derecho fundamental al debido

proceso de otro proceso judicial, en el que se ha vulnerado presuntamente este derecho, por lo que se trata de una pretensión de prevención y de protección. En este mismo sentido, este recurso de amparo ostenta el carácter de excepcional y residual, procurando que cuando no exista otro medio de defensa, se pueda garantizar la aplicación de los derechos fundamentales en el proceso principal y se le prohíbe pronunciarse sobre el asunto de fondo lo cual es de competencia del juez de conocimiento. Ahora bien, es necesario puntualizar que la acción de tutela como procedimiento cautelar esté ligado a otro proceso es completamente autónomo con relación a lo que se discute en proceso en que se incurrió en una vía de hecho que busca garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Es por ello, que en la Sentencia C-590 de 2005 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la cual analizó la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 185 parcial de la Ley 906 de 2004, precisó una serie de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro de los cuales podían distinguirse unos de carácter general que habilitan la interposición de la tutela y otros de carácter específico que van encaminados a la procedencia de la acción constitucional.

En razón a lo anterior, se realizará un recuento de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, para luego poder aterrizar al caso en concreto y analizar porque el presente asunto si goza de procedencia.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que se establecieron los requisitos generales, así:

1. Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional, ya que no es plausible que el juez constitucional llegare a estudiar cuestiones que no sean de importancia constitucional; luego entonces, el juez de tutela deberá indicar con claridad y expresamente porqué la cuestión a debatir tiene relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de quien la solicita.

Sobre este particular específicamente (relevancia constitucional), en sede de tutela, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, mediante providencia del 23 de marzo de 2023, se refirió en los siguientes términos:

“Como consecuencia de lo anterior, esta corporación ha considerado que es necesario estudiar las solicitudes de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, para lo cual corresponde verificar cuáles son esos <parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente> como se indica en aquella decisión.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005 para establecer la procedencia de la tutela como mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional. En ese sentido, se consideró que esta solicitud se puede presentar además contra decisiones de las altas cortes que desconozcan derechos fundamentales.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que la solicitud de amparo debe cumplir con unos requisitos generales de procedencia. Estos son; i) que sea relevante constitucionalmente; ii) que no se trate de tutela contra tutela; iii) que se haya presentado dentro de un plazo prudencial, el cual se ha denominado inmediatez; y iv) que se haya acudido a ella en forma subsidiaria, es decir, que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar improcedente el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

A continuación, y de acreditarse el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez deberá realizar un análisis de los posibles yerros en que incurrió la autoridad judicial, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirman vulnerados. En ese escenario, para la prosperidad de la solicitud de amparo, debe verificarse lo siguiente: i) la configuración de alguno de los requisitos específicos alegados por el interesado; y ii) que el vicio o defecto sea de tal trascendencia que implique la amenaza o la afectación de derechos fundamentales.

Es decir, el operador judicial debe verificar que la transgresión sea de tal entidad que incida en el sentido de la decisión y que con la solicitud no se intente reabrir el debate que se había planteado en la instancia correspondiente.

2.3. Problema jurídico

La Sala deberá definir si: ¿El Tribunal Administrativo del Huila vulneró los derechos fundamentales de Piedad Puentes Méndez con ocasión de la sentencia del 7 de febrero de 2023, a través de la cual confirmó la negativa frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías anualizadas, con la cual incurrió, presuntamente, en desconocimiento del precedente?

2.4. Análisis de la Sala

2.4.1. Sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

La Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la solicitud de tutela y, en consecuencia, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado.

2.4.2. Sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

La Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la solicitud de tutela y, en consecuencia, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado.

(...)

En este punto, en cuanto al desconocimiento de precedente alegado se recuerda que un análisis sistemático del artículo 230 de la Constitución Política permite afirmar que le corresponde a los jueces respetar los precedentes de las altas cortes como un imperativo derivado del principio de igualdad; y, un medio para promover la seguridad jurídica, la confianza de la sociedad en la estabilidad, la predictibilidad de las decisiones judiciales y la unificación de la interpretación de las normas jurídicas. Adicionalmente, el principio de legalidad ordena un manejo adecuado de estos, como medio para erradicar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, presupuestos esencial del Estado Social de Derecho.

(...)

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta <más favorable respecto de los derechos laborales>, máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ellos teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos laborales.

Así pues, se concluye que el Tribunal Administrativo del Huila incurrió en desconocimiento del precedente, por lo que, se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y del acceso a la administración de justicia de Piedad Puentes Méndez, por lo cual, i) se dejará sin efectos la sentencia del 7 de febrero de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 41001-33-33-002-2022-00027-01, y ii) se le ordenará a dicha corporación judicial que, en el término de 20 días siguientes, contados a partir de la notificación de la presente providencia, emita un pronunciamiento de reemplazo, de conformidad con los argumentos expuestos en precedencia. Lo anterior, con la advertencia de que, en todo caso, el juez natural del asunto preserva su criterio y autonomía para adoptar la decisión de fondo a que haya lugar” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así entonces, se evidencia que por parte del Consejo de Estado en un reciente pronunciamiento del 23 de marzo de la presente anualidad ya analizó un caso con una idéntica naturaleza al que nos ocupa, encontrando superados los requisitos de procedibilidad de la tutela y de manera específica consideró que el juzgador de

segunda instancia incurrió en desconocimiento del precedente; razón por la cual, solicito comedidamente en igual sentido se profiera sentencia de tutela dentro del presente asunto, teniendo en cuenta la providencia mencionada.

2. Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada; sin embargo, esta situación tiene una excepción que consiste cuando se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se encuentre dentro de la esfera fundamental.
3. Que se cumpla el requisito de inmediatez, lo que significa que la tutela sea radicada en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración deprecada.
4. En los casos que se presente una irregularidad procesal, la misma deberá tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de quienes lo alegan.
5. Que la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que fuere posible, ya que es necesario que el acto tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que realice la ilustración al momento de formular el petitum de protección constitucional de sus derechos.
6. Que no se trate de sentencias de tutela, en tanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente, máxime cuando en el trámite de las acciones de tutela existe el mecanismo de revisión ante la Corte Constitucional; por ello, las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva se tornan definitivas.

Así las cosas, se evidencia que: **i)** en el presente asunto se agotaron todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que se tenían al alcance, pues se controvertió la presente situación en sede de la actuación administrativa, sino también en la judicial, interponiendo todos los recursos que legalmente procedían; por ejemplo, el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, **ii)** en cuanto al requisito de inmediatez, el mismo se encuentra acreditado, pues basta con observar la fecha de notificación del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre y la fecha de radicación de la presente acción de tutela, para poder evidenciar el término razonable para solicitar mediante esta acción constitucional la protección de los derechos fundamentales, **iii)** se justifica de manera razonable los hechos que consideraron violatorios de los derechos fundamentales de mi poderdante, pues al analizar el escrito de acción de tutela es notorio que si se realizó este ejercicio, pues se analizaron los argumentos que propenden evidenciar una violación directa a la Constitución en que incurrieron los fallos objetos de estudio, es decir, la falta de reconocimiento de la sanción moratoria reglada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación del auxilio de cesantías en el respectivo fondo, teniendo como argumento la configuración de los defectos sustantivos que tiene directa relación con la violación directa de la Constitución, ya que la solicitud de aplicación de la Ley 50 de 1990 encuentra su sustento en el desconocimiento del principio

de favorabilidad, y de igual forma se analizaron los motivos por los cuales en el presente asunto se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, TODO EN CONSONANCIA, con la abundante jurisprudencia que en el caso específico de los docentes de manera reiterada se ha expresado y se plasmó en el presente libelo de la acción de tutela y iv) el presente asunto no versa sobre una irregularidad procesal, así como tampoco se radicó esta acción de tutela contra una sentencia de esa misma índole.

Ahora, analizando la sentencia de primera instancia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas notificada el 22 de marzo de 2021, objeto de la presente impugnación, se observa que declaró improcedente la acción de tutela al considerar que la misma no ostentaba relevancia constitucional. Sobre este particular, es necesario ahondar de la siguiente forma, manifestando como primera medida, que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, en providencia del 28 de julio de 2019, en la cual decidió la impugnación de una sentencia de tutela de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en un asunto de similar naturaleza como el que nos ocupa, es decir, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas a docentes oficiales – Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, en la cual respecto de los requisitos de procedencia indicó:

“La Sala encuentra que tales requisitos se cumplen, en razón a que: i) se invoca la vulneración de derechos de orden fundamental como lo son la igualdad, el debido proceso, la seguridad social y la obligatoriedad de seguir el precedente, en armonía con el principio de la favorabilidad; ii) la accionante no tiene otro medio para la defensa de los derechos fundamentales que estima vulnerados con la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en segunda instancia, pues las razones en que se sustenta el amparo no pueden argumentarse como causal del recurso extraordinario de revisión; iii) la acción de tutela se presentó dentro de un término razonable..., iv) la situación a la cual se atribuye la vulneración de los derechos fundamentales fue debidamente puntualizada en el escrito de tutela; y v) la acción constitucional no se dirige contra una sentencia dictada en un proceso de idéntica naturaleza”
(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Es decir, que para ese momento por parte de esta misma respetada Corporación se consideró que la tutela de similar naturaleza a la que hoy nos compete cumplía los requisitos generales, por cuanto el asunto recaía sobre un vulneración de derechos fundamentales tales como igualdad, debido proceso, seguridad social y la obligatoriedad de seguir el precedente, de conformidad con el principio de favorabilidad, a su vez ya que en esa instancia procesal luego de haber agotado todos los recursos que se tenían al alcance no existía otro medio para propender por la defensa de los derechos fundamentales deprecados. Esta postura, también fue analizada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, consejero ponente Dr. Nicolás Yepes Corrales, en providencia del 29 de julio de 2019, analizó en igual línea, lo siguiente:

“4.- El cumplimiento de los requisitos generales de la acción de tutela en el caso concreto

4.1.- El asunto goza de relevancia constitucional en la medida que se trata de dilucidar si efectivamente la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación desconoció los derechos fundamentales de la accionante al no tener en cuenta el régimen aplicable a los docentes para el pago de la sanción por la tardanza en la consignación del auxilio de las cesantías.

4.2.- De igual forma, cumple el requisito de subsidiariedad toda vez que contra la providencia objeto de tutela no existe otro medio de impugnación ni procede el recurso extraordinario de revisión.

4.3.- Asimismo, tiene lugar el presupuesto de inmediatez, pues la sentencia de segunda instancia objeto de la solicitud se profirió el... y el amparo se interpuso el..., esto es, dentro del término razonable señalado por la jurisprudencia.

4.4.- No se alega una irregularidad procesal.

4.5.- El escrito de amparo se encuentra debidamente motivado por cuanto se indicaron de forma razonada los hechos vulneradores y los derechos vulnerados.

4.6.- No se ataca una decisión de tutela sino una sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho...”.

En consecuencia, en esta oportunidad el Honorable Consejo de Estado consideró que el asunto si goza de relevancia constitucional, en tanto, se deberá analizar si el fallo objeto del recurso de amparo desconoció los derechos fundamentales del accionante, al no tener en cuenta el régimen aplicable a los docentes por el pago de la sanción por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías.

Y es que se citan estas sentencias, por cuanto las acertadas conclusiones a las que arribaron siguen siendo postura en el Consejo de Estado **ya que en el interregno en el cual se radicó la acción de tutela y hasta la fecha del día de hoy se profirió el pronunciamiento más reciente en la materia, fue proferida el 19 de enero de 2023, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente Dr. William Hernández Gómez, siendo notificada en el presente mes de marzo de 2023, consistente en un fallo de segunda instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir, que mientras estamos en el presente trámite de la acción constitucional, el Consejo de Estado ratifica su postura en el tema de sanción moratoria cesantías anualizadas – Docente.**

Ahora bien, es importante que el Despacho tenga en cuenta que, al no estar garantizados los recursos de las cesantías en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes no tienen garantía de la prestación. En ese orden de ideas, es menester señalar que el eje central del presente recurso de amparo consiste justamente en esa vulneración que existe en contra de los docentes, pues al no poder disponer del auxilio de cesantías, se

está transgrediendo el derecho fundamental de la seguridad social, y es que esta prestación social es una modalidad de protección del trabajador cesante y su familia, de conformidad con los artículos 42 y 48 de la Constitución Nacional. A su turno, la Ley 50 de 1990, que regula el auxilio de cesantías para los trabajadores del sector privado, dispone que existen tres mecanismos de liquidación diferentes, así: El primero de ellos consiste en el sistema tradicional reglado por los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a todos los trabajadores vinculados por contrato laboral antes del 1° de enero de 1991; el segundo de ellos, el sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los fondos de cesantías creados por la Ley, aplicable para los trabajadores vinculados por contrato laboral a partir del 1° de enero de 1991 y aquellos que se vinculen al nuevo sistema; y en tercer lugar, el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores nuevos y antiguos que devenguen más de 10 SMLMSV y quienes pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida por supuesto la cesantía.

De otro lado, es dable concluir que el auxilio de cesantías es una protección que no solo beneficia al trabajador, sino también a su núcleo familiar, pues se configura como una ayuda económica para suplir conceptos tales como educación superior y vivienda, y que el trabajador tenga un respaldo que no comprometa los recursos necesarios para su mínimo vital.

En otras palabras, y de acuerdo a la Sentencia SU 098 de 2018, en virtud del principio de igualdad, in dubio pro operario y de conformidad con la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no se debe excluir al sector oficial docente de la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al tener los mismos carácter de servidores públicos, son beneficiarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo, represivo e inclusive preventivo para garantizar el pago oportuno de la prestación social. Es por ello, que el presente asunto tiene relevancia constitucional, por cuanto al no tener los docentes la garantía de la prestación claramente vulnera el derecho fundamental a la seguridad social, luego entonces, se evidencia una clara vulneración de índole constitucional. Es decir, que la única forma de garantizar el auxilio de cesantías es con la respectiva consignación efectiva.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha analizado la importancia de las cesantías en la vida laboral del trabajador, tal y como se especificó en la Sentencia C-432 de 2020, en donde señaló:

“39. Como se acaba de indicar, el auxilio de cesantía es una prestación patronal común que, en principio, corresponde a todos los trabajadores. A diferencia de las denominadas prestaciones especiales, que sólo se dan en vista de ciertas circunstancias, como la solvencia financiera del empleador o el riesgo creado, las prestaciones comunes tienen un alcance más amplio, razón por la cual en esta materia operan unas reglas generales, como la de que los empleadores están obligados a su pago.

40. El pago de las prestaciones comunes, según el caso, puede hacerse en dinero, en especie o en beneficios. Estas prestaciones buscan cubrir el riesgo común que tiene el trabajador con ocasión de su relación laboral de

dependencia y las contingencias que pueden afectar su vida y la de su familia. Por ello, el que una prestación común no se pague implica, de manera necesaria, que un riesgo no será cubierto, de lo cual se sigue que al trabajador le corresponderá afrontarlo por sí mismo llevando con ello, al incumplimiento de las obligaciones del contrato laboral por parte del trabajador.

41. En el caso del auxilio de cesantía el riesgo que se cubre es el de la pérdida del trabajo, cuyo impacto en la vida del trabajador y su familia puede ser muy significativo, dado que su subsistencia suele depender de los ingresos que obtiene a modo de remuneración por dicho trabajo, la cual deja de existir cuando este se pierde. Así, pues, el que no se pague el auxilio de cesantía, ya sea en la liquidación del contrato o por medio de su consignación en el respectivo fondo de cesantías, según el caso, significa para el trabajador, que él deberá hacer frente a la situación generada por la pérdida de su empleo por sí mismo, sin tener ningún apoyo derivado de su relación laboral.

42. Las prestaciones patronales comunes y, entre ellas, el auxilio de cesantía, se diferencian del salario, en tanto no constituyen una remuneración directa por los servicios prestados, y de las indemnizaciones, en tanto no buscan resarcir los perjuicios causados por el empleador. El auxilio de cesantía, como ya se ha dicho, es un respaldo económico para asegurar la calidad de vida del trabajador y su familia, cuando dicho trabajador deja de serlo, por haber perdido su empleo. Las cesantías son una fuente de ahorro para el trabajador y su familia; este ahorro puede ser usado para hacer frente a la situación de haberse terminado la relación laboral o para satisfacer requerimientos en vivienda y educación.

43. En varias oportunidades la Sala se ha referido al auxilio de cesantía. Entre ellas, merece la pena destacar las Sentencias C-051 de 1995, C-710 de 1996, C-823 de 2006, C-310 de 2007. Además, de esta materia también ha sido analizada por las Salas de Revisión en Tutela, entre otras, en las Sentencias T-260 de 1994 y T-661 de 1997.

44. En la Sentencia C-051 de 1995, con ocasión de una demanda presentada por el ciudadano Defensor del Pueblo contra una norma contenida en el artículo 338 del CST, conforme a la cual para efectos de las prestaciones sociales a que están obligados los patronos, el Gobierno puede clasificarlos y señalar la proporción o cuantía de las prestaciones a su cargo, se hacen tres análisis relevantes.

45. El primer análisis es el relativo a la igualdad de los trabajadores, que debe ser real y efectiva, y que en el contexto laboral se concreta en la máxima de a trabajo igual, salario igual. Este análisis concluye con la siguiente regla: “la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores”.

46. El segundo análisis se dedica al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, para destacar que este derecho tiene la especial protección del estado,

lo que se concreta en la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Al referirse a las condiciones dignas y justas, además de destacar que ellas se derivan de la dignidad propia del ser humano, se plantea la siguiente cuestión: Viniendo al tema de la justicia, ¿serán, acaso, justas las condiciones desfavorables de un trabajo, basadas solamente en factores propios de patrono y ajenos al trabajador y a la labor que realiza? Entre dos trabajadores que ejecuten el mismo trabajo, uno de los cuales sirve a uno de los patronos a que se refiere el artículo 338 y el otro a un patrono sometido al régimen general, ¿cómo aceptar que son justas las condiciones desfavorables del primero?”. La respuesta a esta pregunta, planteada como conclusión del análisis, es negativa, pues se desconoce los artículos 25 y 53 de la Constitución.

47. El tercer análisis se centra en el trato más beneficioso que la ley da a los patronos, cuando ellos ejecutan actividades sin ánimo de lucro. Este estímulo, se considera viable dentro de la Constitución, pues atiende a fines que pueden considerarse justos y constitucionalmente admisibles. Sin embargo, además de la finalidad perseguida, en este caso se considera relevante establecer quién paga el estímulo, pues si es toda la comunidad, ello resulta admisible, dado que dichas actividades se encaminan al servicio de intereses generales. Pero si quién lo paga no es toda la comunidad, sino ciertos trabajadores, las cosas son diferentes. De hecho, ante esta circunstancia, el análisis concluye, a modo de regla, lo siguiente: “Lo que no tiene justificación a la luz de la Constitución, es conceder ventajas a algunos patronos en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patronos. Pues, se repite, la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña”.

Bajo esta misma línea, la Sentencia C-171 de 2020 de la Corte Constitucional indicó lo siguiente respecto de la protección al desempleo y el auxilio de cesantías:

52. Como se expuso anteriormente, la importancia del trabajo en la superación de las desigualdades, a través del desarrollo de actividades que les permitan a los trabajadores un sustento económico, fue reconocida al ser incluido como un principio en la Constitución Política. También se indicó que el derecho al trabajo impone al Estado el deber de garantizar que todas las personas puedan acceder a un empleo libremente elegido, sin que ello implique que se les asegure un puesto de trabajo. En consecuencia, mientras se avanza en la consecución del pleno empleo, surge la necesidad de brindar protección a la población desempleada; en este sentido, debe entenderse que “del derecho al trabajo objetivamente no puede desligarse de la realidad del desempleo, lo cual lleva a una intervención del Estado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 334 de la Constitución”.

53. Como consecuencia del principio de dignidad humana, y de la política social y económica justa perseguida por el Estado social de derecho, todas las personas tienen derecho a condiciones mínimas para subsistir, entendidas como mínimo vital, y sirve como fundamento del subsidio al desempleo para aquellas personas que no logran ingresar al mercado de trabajo.

54. En la actualidad, Colombia cuenta con un mecanismo de protección al cesante, que contempla una serie de beneficios y subsidios para la población que habiendo estado afiliada al sistema del subsidio familiar pierde el empleo. Sin embargo, se debe reconocer que con anterioridad a su creación, la legislación laboral ya contaba con una prestación social a cargo del empleador, cuyo propósito es que los cesantes cuenten con unos recursos que les permitan asegurar la subsistencia durante el periodo de desempleo, denominada “auxilio de cesantías”, contenida en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

55. Frente a este auxilio, es preciso indicar que si bien al ser creado tenía carácter indemnizatorio, mediante la modificación introducida con la Ley 65 de 1946, se convirtió en una prestación social. Así mismo con posterioridad, permitió a los trabajadores adquirir vivienda o remodelarla, y sufragar los costos de su educación y la de su familia, a través de los retiros parciales.

56. En relación con el fundamento normativo superior, esta Corporación ha señalado que el mismo se encuentra soportado en los artículos 42 y 48 de la Constitución Política y que se trata de una “figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro –en el caso del pago parcial de cesantías–, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”. (Negrillas fuera del texto original).

57. La Corte ha reconocido que el auxilio de cesantías es una de las prestaciones sociales más importantes para los trabajadores y sus familias, puesto que constituye un respaldo económico para que sus titulares accedan a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de su calidad de vida. Particularmente, en la sentencia C-823 de 2006, luego de reseñar el paso de indemnización a prestación social, señaló que “se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada”.

58. En conclusión, de conformidad con lo establecido por esta Corporación y los instrumentos internacionales, el auxilio de cesantías es una prestación de la seguridad social, que al mismo tiempo responde a un beneficio mínimo establecido en la normatividad laboral, el cual, en atención al artículo 53 constitucional, adquiere la condición de irrenunciable”.

Así entonces, es claro que para la Corte Constitucional a lo largo de los años, la jurisprudencia ha sido pacífica en el sentido de indicar que el auxilio de cesantías es una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador y que en principio, fue creada con la finalidad de proteger al trabajador en dado caso de pérdida del empleo; ahora, su

función consiste una figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre trabajador y empleador, es decir, que debe ser vista como un mecanismo que busca en primer lugar, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben afrontar los asalariados ante el cese de su actividad, y en segundo lugar, cubrir sus necesidades de capacitación y vivienda. Es decir, que el derecho a las cesantías, lo obtiene todo trabajador por el simple hecho de su vinculación laboral, así como también participa de las notas distintivas de las demás prestaciones sociales, es decir, que su cantidad sea proporcionada al tiempo de servicio prestado y que sean **oportunamente consignadas – transferidas al FOMAG** situación que claramente no ocurrió en el presente caso, siendo un asunto que tiene entonces relevancia constitucional.

Ahora, descendiendo al caso en concreto, es aplicable el régimen anualizado de cesantías para los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es decir que, se deberá afiliar y realizar el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la única manera de garantizar el acceso a la prestación, pues tal sistema solo puede ser equitativo si los trabajadores pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer del auxilio de cesantías en cualquiera de los eventos en que se permite su utilización, es decir, ante el desempleo, financiar educación superior, y adquisición, construcción, mejora o liberación de vivienda.

Corolario a lo anterior, una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros servidores públicos que gozan de la sanción como garantía del auxilio de cesantías, y tal distinción entre unos y otros, viola el derecho a la igualdad, pues los docentes del señor oficial tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores del Estado, siendo inconcebible negar el acceso a la aplicación favorable deprecada, lo que evidentemente conlleva una relevancia constitucional para que el presente asunto sea estudiado en sede de tutela.

En virtud de ello, se manifiesta que los docentes se encuentran en la categoría de empleados públicos, razón por la cual, no es admisible la distinción con los demás servidores públicos a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo, como lo es, el auxilio de cesantías, así, una interpretación contraria, conllevaría una restricción en la posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación, lo que conlleva una connotación de relevancia constitucional, ya que se está vulnerando el derecho a la igualdad de los docentes, respecto de otros servidores públicos.

De otro lado, es necesario indicar que en efecto por regla general no procede la acción de tutela contra providencias judiciales; sin embargo, esta acción constitucional procede excepcionalmente de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, pues este postulado constitucional estableció que mediante dicho instrumento podrá reclamarse la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública. Así las cosas, si bien, el recurso de amparo no procede contra providencias judiciales, excepcionalmente procede de acuerdo a los lineamientos expuestos en la Sentencia C-590 del 2005, los cuales son: **i)** Cuando el asunto tenga relevancia constitucional, **ii)** Cuando el interesado haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios ante de acudir al juez de tutela, **iii)** Cuando la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad

y proporcionalidad, **iv)** En caso de tratarse de una irregularidad procesal, cuando esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales, **v)** Cuando el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que general la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible y **vi)** Cuando el fallo impugnado no sea de tutela.

Ahora, en la citada sentencia de constitucionalidad se precisó en que una vez se encuentren cumplidos los requisitos genéricos también deberá acreditarse algún defecto orgánico, sustantivo, procedimental fáctico o un error inducido, o bien, demostrar que la decisión no ostenta motivación, o que se ha desconocido un precedente constitucional y/o una violación directa a la Constitución, así pues teniendo en cuenta, lo anterior, se observa que en el presente asunto, en primer lugar, si se cumplieron los requisitos para la procedencia de la acción de tutela, así como también se configuró una violación directa de la Constitución por la no aplicación del principio de favorabilidad, siendo este un aspecto de relevancia constitucional, como claramente fue expuesto desde la presentación de la acción de tutela, pero que los despachos tutelados y la entidad pública, someramente se refieren sabe que si se refieren con profundidad al estudio del tema, la decisión adoptada hubiese sido la contraria, a la que fue adoptada en la providencia que hoy se tutela.

De otro lado, el problema jurídico dentro del asunto de marras, es de índole constitucional, por cuanto la sanción moratoria conlleva el pago o consignación oportuna del auxilio de cesantías, que necesariamente tiene un alcance al derecho fundamental a la seguridad social.

Luego entonces, el asunto si tiene relevancia constitucional, por cuanto dentro del escrito de la acción de tutela se plasmó de manera contundente los motivos por los cuales se pretende la protección inmediata del derecho fundamental al debido proceso, asimismo, se evidencia una violación directa a la Constitución por la omisión a la aplicación del principio de favorabilidad, así como también, al final del ejercicio este estudio desemboca en el derecho fundamental a la seguridad social. En segundo lugar, se agotaron todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que se tenían al alcance, pues se contravirtió la presente situación no solo en sede de la actuación administrativa, sino también en la judicial, interponiendo todos los recursos que legalmente procedían. En tercer lugar, en cuanto al requisito de inmediatez, el mismo se encuentra acreditado, pues basta con observar la fecha del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre y la fecha de radicación de la presente acción de tutela, siendo un término razonable para solicitar mediante la presente acción constitucional la protección de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, se justifica de manera razonable los hechos que consideramos violatorios de los derechos fundamentales de mi poderdante, pues al analizar el escrito de acción de tutela es notorio que si se realizó este ejercicio, pues se analizaron los argumentos que propenden evidenciar una violación directa a la Constitución en que incurrieron los fallos objetos de estudio, es decir, la falta de reconocimiento de la sanción moratoria reglada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación del auxilio de cesantías en el respectivo fondo, teniendo como argumento la configuración de los defectos sustantivos que tiene directa relación con la violación directa de la Constitución, ya que la solicitud de aplicación de la Ley 50 de 1990 encuentra su sustento en el desconocimiento del principio de favorabilidad, y de igual forma se analizaron los motivos por los cuales en el presente asunto se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, TODO EN CONSONANCIA, con la abundante

jurisprudencia que en el caso específico de los docentes de manera reiterada se ha expresado.

Inclusive entre el trámite de la expedición de la sentencia tutelada y la fecha de presentación del presente escrito, el Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁴⁵⁰¹, se pronunció en ese sentido expresando que era obligatoria la incorporación o afiliación de la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el momento de la vinculación como docente, pues es una obligación de origen legal y reiteró la posición que la forma correcta de reconocer esta prestación es como cesantías anualizadas, es decir, que no solo se debe tener en cuenta todo el recuento jurisprudencial señalado en el escrito de la presente acción de tutela, sino que también se debe tener en cuenta que actualmente se siguen profiriendo providencias en donde se evidencia que se deben reconocer las cesantías de manera anualizada y bajo los lineamientos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En quinto lugar, el presente asunto no versa sobre una irregularidad procesal, así como tampoco se radicó esta acción de tutela contra una sentencia de esa misma índole.

Lo anterior, también permite evidenciar que en efecto si existen en el presente asunto configuradas las causales genéricas y específicas de procedibilidad que conlleva necesariamente la procedencia de la acción de tutela, por cuanto como ya se analizó con suficiencia, el amparo constitucional no procede contra providencias judiciales, sino en casos excepcionales, como en el presente asunto, pues se evidencia que ostenta relevancia constitucional, puesto que se debaten derechos fundamentales como lo es el debido proceso, la seguridad social, y a su turno se denota una inaplicación del principio de favorabilidad en el fallo objeto del presente análisis; a su vez se cumplieron con todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que se tenían al alcance; se cumplió de igual forma con el requisito de inmediatez; se justifica en el presente líbello de la acción de tutela los hechos que consideraron violatorios de los derechos fundamentales de mi poderdante con suficiencia, así como también el caso no versa sobre una irregularidad procesal, y no es una tutela contra tutela.

Luego entonces, como se ha venido esbozando en el presente escrito, el problema jurídico se remonta a la omisión en el pago en tiempo y forma de la cesantías a los docentes, entendiéndose este concepto como una prestación social que desemboca finalmente en la vulneración al derecho fundamental de seguridad social, es más, de esta forma también lo abordó la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018, pues indicó que la consignación es la manera de garantizar el acceso efectivo al auxilio de cesantías, pues consideró que este sistema solo puede ser equitativo si las personas, en este caso los docentes pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquier de los eventos en que se permite su retiro, es decir, desempleo, educación propia o del núcleo familiar en los términos previstos en la Ley o para adquisición, mejora o liberación de vivienda.

Así pues, toda vez que el presente asunto se origina en la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando el empleador no consigna el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad, a la cual tiene derecho los servidores públicos, teniendo los

⁴⁵⁰¹ Sentencia del 24 de enero de 2023 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Virtual No. 4, M.P. José Ascención Fernández Osorio.

docentes oficiales tal calidad, se evidencia que la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre vulneró el principio de favorabilidad, pues indicó erróneamente que este principio se da cuando existe duda en torno a la normatividad aplicable o existen interpretaciones distintas sobre la regulación de un derecho, indicando que supuestamente el escenario no se configuraba en tanto “no puede hacerse un juicio de comparación entre la situación jurídica de la hoy demandante y los docentes a los cuales se les ha reconocido la sanción deprecada, quienes sí se encontraban en una situación desprovista de regulación al no estar afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en tanto el ente territorial al cual estaban adscrito no hizo oportunamente el reconocimiento de sus cesantías”, pasando por alto la Sentencia SU 098 de 2018, que señaló:

“Por ello, en este caso es necesario que la Corte evalúe la posible violación directa de la Constitución, debido a que la interpretación por la que optaron los jueces, implica el desconocimiento del artículo 53 de la Carta Política.

Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que el hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política.

64. En el caso objeto de estudio se evidencia que existe una postura más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales, esto es, aquella que reconoce que este grupo de trabajadores del Estado tiene derecho a la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía.

A pesar de que los jueces adoptaron una postura razonable y se encuentra justificada desde el punto de vista legal, este entendimiento excluyó otra posible interpretación de la normativa general que consagra la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° de artículo 99 de la Ley 50 de 1990”.

Ahora bien, con respecto al cumplimiento de los requisitos específicos, es menester señalar que mediante Sentencia SU 332 de 2019 expedida por la Corte Constitucional no solo fijó los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, sino que también estableció unos requisitos específicos que para el presente asunto si se cumplen, tal y como puede observarse:

a. Defecto sustantivo:

Esta causal específica de procedibilidad fue desarrollada mediante la Sentencia SU 195 de 2012 y se presenta cuando la autoridad judicial deja de aplicar la norma adecuada o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica, por ello, para que se configure dicho defecto deben darse los siguientes supuestos:

- El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, ya sea por impertinente, porque ha sido derogada, es inexistente, inexecutable o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el legislador.
- Cuando no se realiza una interpretación razonable de la norma.
- Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes.
- La disposición aplica da contraria la Constitución o es regresiva.
- Cuando el ordenamiento otorga un poder al juez y este lo usa para fines no previstos en la Ley.
- Cuando la decisión se cimenta en una interpretación no sistemática de la norma.
- Cuando se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su fallo

En consecuencia, la procedencia del recurso de amparo cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han expuesto con antelación.

b. Violación directa a la Constitución

Este requisito específico se encuentra regulado a través del artículo 4 Superior, según el cual en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra disposición jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales con el consecuente reconocimiento de la supremacía de la Corte Constitucional y de su valor normativo.

Así las cosas, en diversos pronunciamientos se ha indicado que este requisito específico se da en los siguientes eventos: i) en la solución del caso en concreto se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, ii) cuando se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata, iii) cuando los jueces a través de sus sentencias vulneran derechos fundamentales, por cuanto no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme a la Constitución y iv) si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución y no aplica las disposiciones dispuestas en la Constitución con preferencia a las legales, es decir, excepción de inconstitucionalidad.

En consecuencia, es claro que en virtud del valor normativo superior de los preceptos constitucionales, los jueces deben aplicar las disposiciones consagradas en la Constitución y su desarrollo jurisprudencial en todo momento, incluso si el problema jurídico del caso parece ser únicamente de índole legal, pues de no hacerlo de acuerdo a la norma de normas o de la norma que más se ajuste a los principios o derechos amparados en la Constitución, se configura una causal del procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

Ahora, teniendo en cuenta el presente caso y la naturaleza del mismo, es decir, la interpretación y aplicación de normas relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de cesantías a los docentes, y con base en la jurisprudencia constitucional, es dable concluir que i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores que es protegida por la Constitución, ii) los docentes oficiales son empleados públicos, teniendo en cuenta las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento y por lo tanto tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías.

En razón a lo anterior, es dable afirmar que el fallo objeto de la presente acción de tutela aplicó una postura restrictiva del Consejo de Estado, por lo cual se configuró el desconocimiento del artículo 53 de la Constitución Nacional, en donde se resalta la aplicación de la situación más favorable al trabajador y en que caso de duda en la interpretación de las fuentes formales del derecho. Al respecto, existen dos principios hermenéuticos desarrollados por la Corte Constitucional, así: i) favorabilidad en sentido estricto y ii) in dubio pro operario o también denominado como favorabilidad en sentido amplio; luego entonces, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores se desprende la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.

Es decir, se hace necesario que se analice la violación directa de la Constitución, debido a la interpretación que realizaron los jueces de instancia, pues generó el desconocimiento del artículo 53 Superior, el cual estableció derechos y garantías mínimas a favor de los trabajadores que no se pueden desconocer, dentro de los que se encuentra el principio de favorabilidad ya sea en la aplicación de normas jurídicas o en la interpretación de las mismas, y en tal sentido, el operador judicial deberá aplicar la situación más favorable para el trabajador. En este orden de ideas, se evidencia que han existido otros caso en los cuales, la Corte Constitucional aplicó el régimen general a personas que están amparadas bajo un régimen especial, sin que conlleve tal situación al desconocimiento del principio de inescindibilidad, como por ejemplo ha sido el caso de la aplicación de la norma sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías a los servidores públicos por el pago tardío de las mismas, a los docentes del sector oficial (Sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU 336 de 2017 y SU 098 de 2018).

En conclusión, es claro que la jurisprudencia ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando éstas son el resultado de una actuación arbitraria o caprichosa del funcionario judicial constitutiva de una vía de hecho, a su vez se evidencia que en el presente asunto se cumplieron los requisitos expuestos en la Sentencia C-590 de 2005 pues: i) el presente asunto tiene relevancia constitucional, ii) se agotaron los recursos ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela, iii) se cumple con el requisito de inmediatez, iv) se identificó de manera razonable los yerros de la autoridad judicial que generaron la violación, por lo que se configuraron los presupuestos genéricos y específicos para su procedencia, máxime cuando de verdad la postura establecida en el fallo del Tribunal Administrativo de Sucre no es la que el máximo órgano de cierre viene expresando en la materia que hoy se debate y se necesita la protección de los derechos fundamentales conculcados. De tal suerte que en el presente

asunto si procede la acción de tutela por cuanto los mínimos de representados fueron violentados, los derechos fundamentales de cualquier servidor público.

IV. CUMPLIMIENTO DE LAS TRES FINALIDADES DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Al respecto, se evidencia que por parte de su Honorable Despacho se enuncia la Sentencia SU-128 de 2021 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la cual se estableció que por regla general el recurso de amparo no procede contra decisiones judiciales; no obstante, existen ciertos criterios de procedencia tales como son vías de hecho judicial o actuaciones arbitrarias imputables al funcionario judicial que desconozcan o amenacen derechos fundamentales. Frente a ese particular, la Corte Constitucional ha desarrollado doctrina en lo atinente a las vías de hecho judicial, que abrió paso a cuestionar mediante el mecanismo de la acción de tutela los pronunciamientos de los jueces que fueran ostensiblemente arbitrarios, caprichosos y contrarios a la Constitución, por ello la Sentencia en mención adujo:

“cuando pueda establecerse claramente que la actuación del juzgador es violatoria de derechos fundamentales, sin que sea factible entender que la tutela, en sí misma, constituye un juicio de corrección de los asuntos ya definidos por la autoridad competente”.

A su turno, reiteró los requisitos que debe tener toda acción de tutela contra providencia judicial para que sea procedente, así:

En primer lugar, que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional, ya que al juez constitucional no le es dable estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional, so pena de involucrarse en asuntos que correspondería decantar en otras jurisdicciones. Es decir que, el juez de tutela deberá indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entraría a resolver es de manera genuina una cuestión de relevancia constitucional, que en todo caso afecte los derechos fundamentales de las partes involucradas en el recurso de amparo y en general los requisitos de carácter general y específico enunciados en la Sentencia C-590 de 2005.

Posteriormente, en la misma providencia se enfatiza el estudio respecto del requisito de relevancia constitucional dentro de la acción de tutela contra providencia judicial, manifestando en primera medida que para el Máximo Órgano la tutela contra providencias judiciales puede ser considerado como un juicio de validez más no como un juicio de corrección del fallo objeto del amparo, pues con ello, se evita que este mecanismo sea usado como instancia adicional para discutir asuntos de índole probatorio o por ejemplo interpretación de la Ley que dieron origen a la controversia judicial, ya que durante el proceso, las partes disponen de recurso judiciales ordinarios y extraordinarios debidamente legislados, para controvertir todas aquellas decisiones judiciales que consideren arbitrarias o incompatibles con sus derechos. Ahora, luego de interponer todos aquellos recursos persiste una clara arbitrariedad judicial, ahí si se encuentra habilitada la tutela contra providencias judiciales. Es por ello que, analizando el presente asunto, la consideración de este acápite se ajusta a los presupuestos de esta acción constitucional, ya que, en efecto a lo largo del proceso judicial, por parte del suscrito se incoaron todos y cada uno de los recursos ordinarios aplicables en la materia; no obstante, al seguir siendo

ostensible la arbitrariedad judicial, en el sentido de que los juzgadores de manera caprichosa no dieran aplicación al artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes del sector oficial en su calidad de servidores públicos, máxime cuando dicha decisión no solo vulneró el derecho fundamental a la igualdad de mi presentada, sino también el derecho a la seguridad social, por cuanto como se indica en el acápite posterior, el hecho de no reconocer las cesantías anualizadas y debidamente consignadas al FOMAG, se relaciona con la transgresión de los derechos fundamentales de mi mandate; razón por la cual, se encontraba habilitada la tutela contra providencias judiciales.

Corolario a lo anterior, la Sentencia en mención indica las tres finalidades de la relevancia constitucional, así: *“(i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces”*.

Teniendo en cuenta lo señalado en precedencia, en el fallo mencionado se declaró improcedente la acción de tutela, por cuanto se vislumbró que la parte accionante pretendía reabrir mediante acción de tutela un debate meramente legal, de carácter privado y con efectos estrictamente económicos, sentencia que fue usada en la motivación de la decisión objeto de la presente impugnación, que por demás, **NO** puede ser de referencia para el presente asunto, en tanto para este caso se evidencia una flagrante vulneración a la igualdad de los docentes oficiales respecto de otros servidores públicos y en segunda medida, por cuanto no consignar en tiempo y forma las cesantías anualizadas de los docentes y que no se consigne efectivamente al FOMAG constituye una vulneración al derecho a la seguridad social, por la naturaleza que tiene el auxilio de cesantías, que en ningún caso puede ser equiparable al asunto expuesto en la Sentencia SU 128 de 2021.

Ahora bien, se entrará a analizar las tres finalidades de la relevancia constitucional expuestas en la Sentencia en mención de cara con el supuesto fáctico y jurídico del presente mecanismo de amparo, en aras de demostrar que si se cumplen las finalidades expuestas en la referida sentencia y por ende es viable que se acceda a las pretensiones incoadas en el presente líbello de la acción de tutela, así:

En primer lugar, en el fallo reseñado se indica que la controversia debe versar sobre un asunto constitucional y no meramente legal y/o económico, indicó a su vez que las discusiones de orden legales o aquellas relativas exclusivamente a un derecho económico deben ser resueltas mediante mecanismos ordinarios dispuestos para tal efecto, por cuanto el juez de tutela no puede entrar a debatir asuntos netamente de orden legal o reglamentario que han de ser definidos por las jurisdicciones correspondientes; luego entonces, en el presente asunto no se debate un asunto de mera legalidad, ya que la presente involucra múltiples aspectos de relevancia constitucional, como los siguientes: **i)** ausencia de garantía de igualdad en el trato jurídico, **ii)** principios de seguridad jurídica y confianza legítima respecto de la existencia de varias posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en lo atinente a la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a los docentes, **iii)** la transgresión al derecho a la seguridad social de los miembros del Magisterio, **iv)** el principio de favorabilidad en la aplicación de normas y precedentes en materia de prestaciones sociales de servidores públicos y

docentes, que Usted Consejero ha reiterado en sus pronunciamientos respecto de esta materia y que se sigue vulnerando al negar el amparo en el fallo de tutela de primera instancia; lo anterior entonces permite concluir que son cuestiones que revisten una indiscutible importancia constitucional, ya que el derecho a la igualdad y seguridad social es lo que se evidencia que se transgrede en el presente asunto, de allí que se derive una sanción moratoria porque no se cumple con la modalidad de pago de cesantías anualizadas a los docentes, es un aspecto netamente circunstancial.

En segundo lugar, se debe tener de presente que el caso debe involucrar necesariamente un debate jurídico que gire en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental; circunstancia que también se encuentra acreditada en el asunto de marras, por cuanto como se indicó en precedencia dentro del presente asunto se debaten asuntos de relevancia constitucional y se ven conculcados los derechos fundamentales del accionante, máxime cuando en el presente asunto se evidencia una violación directa a la Constitución, pues se evidencia una aplicación restrictiva para resolver el presente asunto, desconociendo el artículo 53 de la Constitución Política, en tanto, no se aplicó el principio de favorabilidad en el presente asunto y que debía regirse, teniendo entonces una clara naturaleza constitucional.

Por último y tercer lugar, que la tutela no sea una instancia o un recurso adicional para reabrir debates meramente legales; frente a este particular se indica que el presente asunto se interpuso por la ostensible relevancia constitucional que ostenta y la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales de mi mandante, es importante, poner de presente que esta acción constitucional en ningún momento fue interpuesta como una tercera instancia, sino que solo se circunscribe a buscar la protección de los derechos fundamentales de los docentes del sector oficial, tales como igualdad, seguridad social y favorabilidad.

V. LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA TERCERA INSTANCIA

Es importante poner de presente que esta acción constitucional en ningún momento fue interpuesta como una tercera instancia, sino que solo se circunscribe a buscar la protección de los derechos fundamentales de los docentes del sector oficial, tales como igualdad, seguridad social y favorabilidad.

Es decir, que la presente acción de tutela es claro que no es una tercera instancia para reabrir debates que ya fueron analizados y resueltos por los jueces naturales, además porque en todo caso no es dable que a través de este recurso de amparo se revise el criterio interpretativo del juez; no obstante, en el presente asunto fue necesario acudir ante este recurso de amparo, ante la abrupta vulneración de los derechos fundamentales de mi mandante a la igualdad, dignidad humana, el principio de favorabilidad y al debido proceso por desconocimiento del precedente aplicable al caso en particular, porque es notorio que no al docente del sector oficial no se le aplicó la norma que le regía por ser servidor público, y es que es aquí donde justamente existe la vulneración, pues es notoria la diferencia entre los demás servidores públicos y los docentes del sector oficial, y aun más gravoso entre otros docentes que si les han aplicado la normatividad en que la consignación al FOMAG por concepto de cesantías se debe realizar de manera anualizada, respecto a los que no se les reconoció tal disposición como en el presente asunto.

Luego entonces, no se podrá entender este recurso de amparo como una tercera instancia bajo ningún escenario, por cuanto fue interpuesto, únicamente ante la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, siendo la acción de tutela el mecanismo único e idóneo para la salvaguarda de los mismos.

VI. ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL DERECHO QUE LE ASISTE A MI MANDANTE

Antes de mencionar las razones por las cuales la sentencia expone garrafalmente defectos fácticos en los que nunca debió incurrir la decisión que hoy se reprocha en esta acción constitucional, es preciso indicar comedidamente dos (2) situaciones. **La primera:** es que como profesional del derecho, no acostumbro a interponer acciones de tutela contra las decisiones de los tribunales administrativos, dado que respeto esta instancia y me he acogido a todos los postulados de las sentencias de unificación en el sector docente y he acatado sin soberbia TODAS LAS DECISIONES DE UNIFICACIÓN PROFERIDAS POR LA SECCIÓN SEGUNDA DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, que son siete (7) en total expedidas referentes a la actividad litigiosa que tienen los docentes del país con el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, de las cuales he participado en su mayoría, por ser el representante judicial de los docentes en referidos asuntos. **La segunda:** Es que la decisión por parte del órgano colegiado en la jurisdicción contencioso administrativo del Departamento del Quindío, partió del desconocimiento del derecho desde el año de 1946, momento en que fue expedida la ley 6 de 1945 para adoptar una decisión, desconociendo toda la legislación del sector docente oficial de antaño, que seguramente lo hubiera conllevado a adoptar una decisión diferente, como el estudio que efectuó tanto la Corte Constitucional y la Sección Segunda de esta Honorable Corporación que hoy conoce de esta acción de tutela.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA OBLIGACIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DE CONSIGNAR DE MANERA EFECTIVA LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES VINCULADOS DESPUÉS DEL 1 DE ENERO DE 1990 EN EL FOMAG, ANTES DEL 15 DE FEBRERO DE CADA ANUALIDAD

El sistema de las cesantías de manera general para todos los empleados del estado, incluyendo los docentes oficiales, fue establecido en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, determinando un régimen retroactivo de liquidación para todos los empleados públicos de Colombia. Este sistema fue modificado del año de 1968, en la reforma realizada por el presidente Lleras en el Decreto – Ley 3118 de 1968, con el cual se creó el Fondo Nacional del Ahorro y junto con él, el sistema anualizado de cesantías para el sector público del orden nacional.

En este momento, se estableció para TODOS LOS EMPLEADOS PÚBLICOS VINCULADOS CON LA NACIÓN, incluyendo los **docentes nacionales**, que el régimen retroactivo, se acabaría a partir de 1968, pasando la liquidación de las cesantías de manera inmediata, ESTUVIERAN VINCULADOS ANTES O SE VINCULARAN CON

POSTERIORIDAD CON LA NACIÓN, a un régimen anualizado en su liquidación, con el pago de intereses anuales.

Se creó entonces, el Fondo Nacional del Ahorro, entidad que debía recibir las CESANTÍAS ANUALIZADAS DE TODAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL, incluyendo las cesantías de los docentes vinculados al MEN (como patrono), antes del 15 de febrero de cada anualidad. Con este cambio, y para compensar la rebaja ostensible de la liquidación de cesantías con un régimen retroactivo que traían los empleados públicos del orden nacional desde 1945, itero incluyendo los docentes vinculados por la NACIÓN – MEN, pasando a un régimen de consignación año por año al FNA, se obligó al patrono a cancelar unos intereses a las cesantías sobre los saldos acumulados así:

“ **ARTÍCULO 33. Intereses en favor de los trabajadores.** ([Modificado por el Artículo 3. de la Ley 41 de 1975](#)). El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del **nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial**, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47”

Los trabajadores de las entidades territoriales, continuaron con su régimen retroactivo de la Ley 6 de 1945, así como también se mantuvo esta forma de liquidación para los docentes territoriales y nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989.

Es decir, HONORABLES CONSEJEROS cuando en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se implementó que existiría un cambio de liquidación de cesantías para todos **los DOCENTES VINCULADOS DESPUES DE 1990**, ya los maestros nacionales desde 1968, (21 años atrás, tenían un fondo de Cesantías, que era el Fondo Nacional del Ahorro Y SU REGIMEN DE CESANTÍAS ERA ANUALIZADO).

Significa esto, además, que los docentes nacionales, a la fecha de creación del FOMAG, ya tenían liquidación cesantías anualizadas 21 años atrás y la cancelación de sus intereses a las cesantías, se hacía “.... **sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial**”, SITUACIÓN QUE DESDE AHORA DESBARATA LA POSICIÓN DE LA SENTENCIA REPROCHADA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO, CUANDO EXPRESA QUE SOLO A LOS DOCENTES SE LES CANCELA LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS SOBRE EL DTF, sobre los saldos que tengan acumulados al 31 de diciembre de cada anualidad de cesantías, pues a los TODOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN NACIONAL TAMBIÉN les operaba esta forma de liquidación sobre saldos desde la expedición del artículo 3 de la ley 41 de 1975.

Cuando en el artículo 15 de la Ley 91, se determinó que los docentes que continuaran vinculándose de carácter nacional, territorial, descentralizado, cofinanciado, nacionalizado o cualquier tipo de vinculación, a partir del primero de enero de 1990, se les liquidarían las cesantías año por año y se pagarían los intereses a las mismas, no comportaba ninguna novedad, para los docentes nacionales que ya eran afiliados al FNA.

Pero obsérvese, Honorables Consejeros, que la ley 50 de 1990, fue expedida **UN AÑO DESPUÉS DE HABERSE CREADO EL FOMAG**, por medio de la ley 91 de 1989. El congreso entonces, ya tenía establecido el “FORMATO GENERAL”, de cómo se iban a liquidar las cesantías de los demás trabajadores públicos y privados de Colombia después del 1 de enero de 1990, es decir, que en un (1) año, se integraron casi el 100% de los trabajadores del país, tanto públicos en todas sus categorías, así como los trabajadores privados, por orden del legislativo.

Y ¿cómo se redactó la ley 50 de 1990?, pues muy sencillo, con el piloto que se había establecido en el Decreto – Ley 3118 de 1968 (que creó FNA) y la Ley 91 de 1989 (que creó el FOMAG), se estableció la misma modalidad, QUE NO EXISTÍA PARA ESTA FECHA, sino para los empleados públicos del orden nacional y para los docentes nacionales (que no fueron exceptuados de su aplicación en el artículo 4 ibidem), creándose los fondos privados de cesantías, con el objetivo final de descargar esa PESADA OBLIGACIÓN PRESTACIONAL QUE RESULTABA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS RETROACTIVAS CUANDO EL EMPLEADO RENUNCIABA A LA ENTIDAD ESTATAL Y ésta TENÍA QUE APROPIAR SUMAS ASTRONÓMICAS QUE NO TENÍA PROVISTAS, pues el empleado en esta situación de liquidación retroactiva de cesantías, no anunciaba su retiro, sino que sorprendía a la entidad en cualquier momento lo que le causaba un traumatismo gigante, sobre todo cuando resultaban retiros o renunciaciones masivas.

Se estableció adicional una sanción para aquellos empleadores, los cuales no CONSIGNARAN oportunamente las cesantías, en estos fondos al 15 de febrero de cada anualidad.

En el artículo 2 del Decreto – Ley 3118 de 1968, se estableció que, en la administración del Fondo, se tendrían en cuenta los siguientes objetivos, que también sirven **como criterio de interpretación** de las disposiciones del presente Decreto:

“ a. Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales;

b. Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador;

(....)

e. Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto, y

f. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social”

Honorables consejeros, obsérvese como fue constituido entonces el FOMAG y que fue pasando con cada uno de los docentes que tenían régimen de cesantías de manera diferente y que se pretendía realizar con los que fueron vinculados después de 1990.

La sentencia en reproche en esta acción de tutela, confunde los regímenes de cesantías de los docentes, con lo **MÁS BÁSICO QUE RESULTA DE LA OBLIGACIÓN DE CONSIGNAR LAS CESANTÍAS DE MI MANDANTE, EN SU CALIDAD DE TRABAJADOR DE LA EDUCACIÓN AL FONDO AL CUAL FUE AFILIADO**, en este caso el Fomag. *Son 2 cosas diferentes*, pero que en todo caso se explican ante la ley, y siempre se concluye en la necesidad acceder a las súplicas de la demanda por vulneración directa de la ley y de los reiterados pronunciamientos de las altas cortes, pues para eso fueron creados los fondos de cesantías: **PARA DESCARGAR AL EMPLEADOR DE LA OBLIGACIÓN DE SEGUIR CANCELANDO LAS CESANTÍAS Y SEAN LOS TRABAJADORES** que se entiendan directamente con estos fondos que tienen la obligación de pagar las mismas. ES SOLO ESO.

Pero miremos que aconteció respecto a las CESANTÍAS CAUSADAS de los docentes que estaban vinculados ANTES DEL 1 DE ENERO DE 1990, y quienes continuaron con el régimen de cesantías de carácter retroactivo, es decir los docentes territoriales y los docentes nacionalizados a quienes se les conservó el régimen de retroactividad de cesantías

El artículo 2 de la ley 91 de 1989, contempló:

“ De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, **en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.**

Es decir, si la prestación de las cesantías estaba CAUSADA antes de 1975, sus cesantías estarían cargo de las entidades territoriales o a las cajas de previsión donde estuviera afiliado el docente. ESTO NO REVISTE NINGUNA CONTROVERSIA.

Continúa el artículo 2 de la ley 91 de 1989, determinando responsabilidades así:

“ 3. *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975. (Subrayas fuera de texto, pero que demuestran que tanto la Nación como las entidades territoriales deberían trasladar en los porcentajes de su artículo 3 las cesantías que hubiesen causado los docentes entre 1975 y 1980)”*

Recordemos que la ley 43 de 1975, asignó competencias por parte de la NACIÓN – MEN – de los servicios educativos estatales que estaban a cargo para estas fechas por las entidades territoriales, en un porcentaje del 20% desde 1976, siendo aumentado en la asunción de competencias administrativas y presupuestales, 20% cada anualidad, es decir

que para el siguiente año ascendería al 40% para el año de 1977 y así periódicamente un aumento del 20% cada año hasta llegar al año de 1980 al 100%, donde la NACIÓN asume complemente el manejo de la educación, a lo que se le denominó el proceso de NACIONALIZACIÓN EDUCATIVA.

En este entendido, las CESANTÍAS CAUSADAS de manera proporcional para estos períodos, debía ser trasladadas al Fomag, y así este Fondo, asumiría el pago de las cesantías con retroactividad que le correspondía a cada docente, cuando fuera a solicitar sus cesantías parciales o definitivas según sea el caso.

Determina el numeral 4 del artículo 2 de la ley 91, así:

*“... 4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, **causadas** y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieron sus veces, **a las cuales estaba vinculado dicho personal.***

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieron sus veces...” (Negrillas fuera de texto y que determinan para cada fecha la interpretación de transferencia al Fomag de los recursos dependiendo de la fecha de vinculación del docente)

Es decir para los docentes que ya estaban nacionalizados después del 1 de enero de 1980, a quienes se les causó las cesantías hasta el 31 de diciembre de 1989, sería la NACIÓN, la responsable del pago de las cesantías al Fomag, estableciendo con suma claridad, que además de los pagos que le correspondía realizar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL por el período comprendido entre el 1 de enero de 1980 al 31 de diciembre de 1989, también estaba obligada a firmar los convenios con la entidades territoriales o las cajas de previsión que tuvieran las cesantías causadas de los docentes, antes de 1980, para que fueran pagadas al Fomag y así esta entidad, pudiera asumir la responsabilidad del reconocimiento de las cesantías retroactivas que fueron conservadas para este sector de los docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1980.

La ley no dejó a ningún docente que hubiese causado unas cesantías con retroactividad, desamparado, sino que estableció unas responsabilidades específicas para que los recursos de las cesantías causadas antes de 1989, fueran consignadas con destino al Fondo Prestacional del Magisterio tanto por las entidades territoriales, por las cajas departamentales o nacionales de previsión, como lo fue en su época Cajanal o ya fuera por la asunción de competencias de la Nación después del proceso de nacionalización educativa y así este FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES QUE ESTABA SIENDO CREADO, pudiera otorgar garantías y cumplimiento al pago de las cesantías de los docentes que conservó el régimen de retroactividad de cesantías y que solicitaran cesantías después del 1 de enero de 1990.

En este orden de ideas, Honorables Consejeros de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, sólo faltaba determinar, ¿qué pasaba con las cesantías que se causaran del personal

que venía vinculado antes del 31 de diciembre de 1980 y que continuaba para esta fecha en el ejercicio de la docencia oficial vinculado como docente territorial o nacionalizado? y ¿a quién se le ordenó respetar el régimen de retroactividad de cesantías? Estableciendo en el numeral 5 del artículo 2 ibidem, así:

*“5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.**”*
(Negrillas y subrayas al copiado, que clarifican la expresión PAGAR EFECTIVAMENTE)

Es decir, para los docentes vinculados antes de 1989, y que continuaron en el ejercicio de la docencia oficial después de esta fecha y a quienes se les respetó el régimen de retroactividad de cesantías, la NACIÓN se comprometió a cancelar las cesantías y girar estos recursos para que el Fomag, pudiera cancelar estas acreencias, siendo insistente en establecer el artículo 2 de la ley 91 de 1989, que: “ ... *pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, **pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal ...*** ”

La expresión: pagarán al fondo ..., establecida en el artículo 2 de la ley 91 de 1989, tanto como obligación para la NACIÓN, como para las entidades territoriales o las cajas de previsión que administraran estos recursos de las cesantías de este personal, explican claramente que el Fomag **debe recibir los recursos efectivos que corresponden al valor de las cesantías para poder cumplir con el pago de las cesantías retroactivas** a los docentes que conservaron este régimen.

Para que no exista duda, el artículo 4 de la misma ley 91 de 1989, determinó:

*“ El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, **siempre con observancia del artículo 2, ...**”*

Queda claro que el Fomag, atendería las prestaciones de los docentes nacionales o nacionalizados, que se encontraran vinculados al 29 de diciembre de 1989, pero siempre y cuando la NACIÓN, las entidades territoriales y las cajas de previsión que fueron contratadas por las entidades territoriales para la recepción de las cesantías hasta esta fecha, TRASLADARAN Y PAGARAN EFECTIVAMENTE sus participaciones correspondientes conforme ha sido explicado, a este Fondo Prestacional del Magisterio.

Por su parte, fue específico en determinar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendría la obligación de cobrar y recaudar estos recursos, como objetivos primordiales de su creación, estableciéndose en la ley 91 de 1989, unas funciones concretas así:

“ 4. *Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*

5. *Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones”.*

Bajo estas circunstancias, se le dotó de herramientas al Fomag, para que, por medios coercitivos establecidos en la ley, pudiera realizar el cobro de las cesantías que se le adeuden por parte de la Nación, las entidades territoriales o las cajas de previsión que tenían a cargo este reconocimiento antes de 1989, siendo independiente la clase de vinculación del docente o del régimen al que perteneciera.

Para efectos de determinar los recursos con los que realizaría el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes a los que se les respetó el régimen de retroactividad de las mismas, la parte final del artículo 8 de la ley 91 de 1989, contempló que el Fomag, en cuanto a sus recursos, estaría constituido adicionalmente por:

“ *Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año...*” (Subrayas en la transcripción)

No cabe duda entonces que la intención en la creación del Fomag, era que se trataba del fondo de cesantías que se unificaba definitivamente para que a partir del 1 de enero de 1990, de esta manera, esta se constituyera en la entidad que se encargará del reconocimiento de las cesantías de los docentes oficiales independiente de la fecha de vinculación al magisterio o su denominación, **PERO SIEMPRE, EN TODOS LOS CASOS**, como lo determinó el artículo 4 de plurimencionada disposición normativa, sí el patrono para cada momento histórico conforme a la legislación que al afecto se fue expidiendo, aportara la cancelación de las cesantías que adeudase y realizara los aportes que se generen en adelante.

Bajo este entendido no resulta cierto, que no exista obligación legal del patrono de consignar las cesantías de los docentes independiente de la fecha de vinculación del docente o del régimen de liquidación de cesantías al que pertenezca. La manera de cancelar estas deudas, se determinó finalmente en el artículo 10 de ley 91 de 1989, que crea el Fomag, así:

“... *La deuda liquidada a cargo de la Nación que resulte de los convenios interadministrativos celebrados entre la Nación y las entidades territoriales se pagarán al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro de los diez años inmediatamente siguientes a la promulgación de esta Ley, así:*

En los dos (2) primeros años un porcentaje anual del 7%. En los siguientes dos (2) años porcentajes anuales del 10%.

Y en los últimos seis (6) años porcentajes anuales del 11%.

De tal manera que al final de los diez años la deuda se encuentre completamente saldada...". (Negrilla y subrayas por fuera del texto original)

Este artículo contempla sin realizar ninguna elucubración mental diferente, la expresión: "... La deuda liquidada a cargo de la Nación que resulte de los convenios interadministrativos celebrados entre la Nación y las entidades territoriales **se pagarán al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...**", es decir es necesario la transferencia de estos recursos del patrimonio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional y de las entidades territoriales al patrimonio del Fomag, situación que controvierte los argumentos expuestos en la sentencia de reproche en la presente acción de tutela contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Sucre, pues es claro que para poder cancelar las cesantías a los docentes, se necesita que el patrono, en este caso las entidades territoriales y la Nación hayan transferido los recursos al Fomag.

Ahora analicemos que aconteció respecto a las CESANTÍAS CAUSADAS de los docentes que estaban vinculados COMO DOCENTES NACIONALES ANTES DEL 1 DE ENERO DE 1990, y quienes ya venían con un régimen de cesantías de liquidación anual y el reconocimiento de intereses a las cesantías desde la expedición del Decreto – Ley 3118 de 1968

El numeral 1 del artículo 2 de la ley 91 de 1989, fue específico en determinar:

" De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

- 1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces."*

Es decir, si las cesantías se habían causado antes de entrar en vigencia la ley 91 de 1989, sería el FNA el que respondería por la prestación (porque en el caso de las pensiones, que hoy no nos ocupa, sería la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, donde también habían sido afiliados forzosos todos los docentes nacionales para fortalecer en su momento – 1968 – esta entidad.

Es el caso de un docente que se haya retirado del servicio educativo estatal por ejemplo en el año de 1988, para efectos de las cesantías, caso en el cual sería el Fondo Nacional del Ahorro el que respondería por la totalidad de las mismas. Continuó expresando el numeral 5 del artículo 2 de la ley 91 que:

"... 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la

presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles...”

Es reiterativa la ley 91 de 1989, que, para el caso de los docentes nacionales, que además ya venían con cesantías que estaban siendo liquidadas anualmente y transferidas desde 1968 hasta el año de 1989 al Fondo Nacional del Ahorro, que fuera esta última entidad que “... **Pagará** al fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente ley, a dicho personal”.

Para poder garantizar el pago las cesantías de los **docentes nacionales** que estuvieran vinculados al 31 de diciembre de 1989 a los servicios educativos estatales y que solicitaran cesantías con posterioridad al 1 de enero de 1990, era necesario que los recursos que fueron aportados por la Nación, como patrono al Fondo Nacional del Ahorro entre 1968 y el 31 de diciembre de 1989, se transfirieran al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, circunstancia que evidencia la necesidad de consignación de las cesantías al Fomag por parte de esta FNA, de estos recursos para los cuales existió un plazo de 10 años como lo determinó el artículo 10 de la misma ley.

Incluso fue tajante el **parágrafo del artículo 5**, para que no se prestara ningún tipo de interpretación, expresando QUE PARA EFECTOS DE LAS PRESTACIONES SOCIALES CAUSADAS hasta la fecha de la promulgación de la ley 91 de 1989, se reconocerían y pagarían con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal que se aplicaba con el Decreto – Ley 3118 de 1968, con el objeto de dejar claro que **todo lo causado** no le generaba obligaciones al Fomag.

Vuelve y contempla específicamente para el caso de los DOCENTES NACIONALES, el artículo 4 de la propia ley 91 de 1989, que: “... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las **prestaciones sociales de los docentes nacionales** y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, ...”, es decir, siempre y cuando el FNA, las consignara, trasladara las cesantías que previamente la Nación como patrono le había consignado a esta última entidad desde el año de 1968, momento de creación del FNA.

La parte final del artículo 8 de la ley 91 de 1989, así mismo y **en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionales**, determinó para efectos de garantizar el pago **de estas acreencias específicamente** que el Fomag, en cuanto a sus recursos, estaría constituido adicionalmente por:

“... Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año...” (Subrayas al copiado)

Ese corte de cuentas, debía estar perfeccionado en 1 año desde la expedición de la ley 91 de 1989, pero existía un plazo de 10 años para su cancelación. Como quien dice Honorables Consejeros, todas las situaciones para efectos de la consignación de

las cesantías al Fomag que fueron causadas y no cobradas por los docentes que se continuaron vinculados a la NACIÓN al 31 de diciembre de 1989, por parte de las entidades públicas, **como es el caso de los docentes nacionales**, era obligatorio que el FNA girará los recursos que había recibido año por año de la Nación desde 1968 hasta el 31 de diciembre de 1989.

Finalmente observemos que aconteció respecto a las CESANTÍAS QUE SE CAUSARON DE LOS DOCENTES VINCULADOS DESPUES DEL 1 DE ENERO DE 1990 (independientemente si su vinculación se realizaba por las entidades territoriales o por la Nación), y quienes se les comenzó a liquidar las cesantías con un régimen anualizado y el reconocimiento de intereses a las cesantías

El artículo 2 de la ley 91 de 1989, expresó:

“... la Nación ... asumirá sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

“ 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; ... ”

La decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, la cual es reprochada en esta acción de tutela, confunde el cambio de régimen de cesantías anualizado creado por la ley 91 de 1989, la entidad que debe PAGAR - CONSIGNAR las cesantías al Fomag y ¿cómo y cuándo debe hacerlo? Son 2 cosas diferentes.

Las prestaciones que se generaran a partir del 1 de enero de 1990, la misma ley 91 de 1989, determinó que son de cargo de la Nación, siendo la entidad, por intermedio del MEN quien debía trasladar los recursos que se causen de las cesantías con su nuevo régimen, al respectivo Fondo Prestacional del Magisterio,

Para eso fue se creó el FOMAG. Para que los docentes fueran afiliados de manera forzosa y que los recursos de las prestaciones fueran separados de los demás recursos del estado, o ¿Qué sentido tenía, crear el FOMAG para los docentes y que no fuera financiado en el caso de las cesantías que se causaran con posterioridad al 1 de enero de 1990?

Lo que determinó la ley 91 de 1989, fue la afiliación obligatoria del trabajador docente vinculado después del 1 de enero de 1990 y la financiación por parte de la Nación – MEN del pago de las cesantías, antes del día 15 de febrero de cada año, así como les surge la obligación a todas las entidades del estado con sus empleados de consignar sus cesantías para esta fecha.

Es que el FOMAG es un fondo de cesantías. Es el fondo de cesantías de los docentes (que obviamente también reconoce pensiones, pero que no es el punto a análisis en este momento) y opera de la misma manera PARA EFECTOS DE RECEPCIÓN DE LOS RECURSOS DE LAS CESANTÍAS de los docentes POR PARTE DEL PATRONO

que el resto de fondos de cesantías de los empleados públicos del país. Que el régimen de cesantías de los docentes incluya que de esos recursos recibidos se liquiden intereses a los docentes con la tabla del DTF, es una circunstancia diferente y posterior a la obligación que tiene el MEN, como patrono, de consignar las cesantías al Fomag, antes del 15 de febrero cada año, son 2 cosas diferentes.

Para estos efectos Honorables Consejeros, el artículo 4 de la ley 91 de 1989, en relación a los docentes que se vincularan con posterioridad al 1 de enero de 1990, es contundente en señalar respecto a la **entidad** que atenderá las prestaciones sociales, entre estas las cesantías, así:

“... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de ... de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Para cumplir su objetivo, al FOMAG se le estableció como obligación en el numeral 4 del artículo 5 de la ley 91 de 1989, el deber de:

“ 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes”.

Se le otorgaron facultades al Fomag, para que velara y garantizara que las cesantías de los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, fueran transferidas a esa entidad y exigiera del MEN, su consignación en los términos establecidos en la ley y en la jurisprudencia nacional. Es una obligación del Ministerio de Educación Nacional, hacer esta consignación como patrono, pero si se observa en el plenario, una vez se realizó la petición de cancelación de las cesantías a mi representado y el pago de la sanción por mora por la vía administrativa, es tal la culpa de no haber consignado las cesantías del año 2021, que remitieron las solicitud a la entidad fiduciaria y al Fomag, cuando esas entidades son las víctimas de no haberles consignado por parte del MEN las cesantías.

Que contra sentido: La Nación y las entidades territoriales, en vez de hacerle frente a la omisión de la cancelación de las cesantías a mi representado en el Fomag, antes del 15 de febrero del año 2021, que fueron causadas por mi representada en el año 2020 como docente, remitieron la solicitud a las entidades que terminan siendo las “víctimas” de la omisión del patrono en consignar las cesantías (Fomag y Fiduciaria la Previsora S.A., para que estas respondieran las razones por las cuales como patrono el MEN no le pagó las cesantías en esta fecha a mi mandante y comenzó a causar la sanción por mora establecida, por la ley 50 de 1990.

ENTONCES, ahora resulta, que después de 1990, que se descargó al Ministerio de Educación de esta pesada obligación prestacional, que durante largos años generó, de tener que pagar fuertes, sorpresivas y masivas cesantías parciales y definitivas en cualquier momento a los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, y generó esta obligación a cargo del Fomag, previa consignación de las cesantías cuando quedó probado, ahora para justificar que no debe pagar la sanción por mora a mi representado del año 2021, resulta y acontece que ahora son la Fiduciaria la Previsora S.A. y el

FOMAG, QUE EN ESTE CASO SON LAS “VÍCTIMAS” de lo no recepción de las cesantías por parte del MEN, las que *DEFIENDEN LA TEORÍA QUE NO DEBE CONSIGNAR LAS CESANTÍAS, expresando que entonces no se aplica la ley 50 de 1990 y la ley 344 de 1996, para justificar que su propio deudor, no le adeuda nada, pues la Presidenta del Consejo Directivo del fondo, es la misma MINISTRA DE EDUCACION DEUDORA, dando la instrucción internamente, que esa debía ser la posición de la fiduciaria la Previsora S.A. y el Fomag. QUE TAL ESTO HONORABLES MAGISTRADOS.*

Honorables Consejeros, queda demostrado que a los docentes que estaban vinculados antes del 31 de diciembre de 1980 (régimen de retroactividad de cesantías), a los docentes nacionales (vinculación antes del MEN – régimen anualizado de cesantías desde 1968) y a los docentes vinculados después de 1990 (régimen anualizado con pago de intereses), el Gobierno Nacional, las entidades territoriales, las Cajas Departamentales y Nacionales de Previsión, el Fondo Nacional del Ahorro y el Ministerio de Educación después de la nacionalización de la educación por ley 43 de 1975, deben consignar las cesantías al Fomag antes del 15 de febrero de 2021 a los docentes, entre ellos a mi representado y por lo tanto la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre, debe dirigirse una decisión según lo determinado en la ley, en virtud del principio de igualdad, de favorabilidad y de precedente reiterativo de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su Sección Segunda, conforme a los objetivos para lo cual fue creado el Fomag.

Para el año 2001, se expide la ley 715 del año 2001 y estableció en su artículo 18 que nuevamente se les otorgaba 2 años más de plazo, a todas las entidades públicas del Estado que debieran cesantías a los trabajadores de la educación, incluyendo este plazo al Ministerio de Educación Nacional, para que regularizara en el año 2003 y efectivamente la mayoría de departamentos, de municipios, de entidades territoriales y la nación se pusieron al día con las deudas que debía del año 2003. O sea, que sí le consignaron al FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO (Fomag), las cesantías que tenían con anterioridad 29/12/1989 y las cesantías que le debían y se causaron a favor de los docentes entre el 1989 al año 2003, con todos esos recursos, señora juez, en el año 2003, si comenzó a pagarse cesantías parciales o definitivas. Aquí se concatenan dos historias:

La primera, el objetivo de la creación del FOMAG y la segunda, el objetivo del cambio de régimen de cesantías de los maestros oficiales en igualdad de condiciones al cambio de régimen de los demás servidores y trabajadores de Colombia en 1990, descargándole la obligación del pago de estas cesantías al patrono – MEN – y estableciendo unas responsabilidades al Fomag y a la fiduciaria la previsora S.A., después del 1 de enero de 1990.

Recordemos que la Ley 50 de 1990, otorgaba la posibilidad a los empleados y trabajadores públicos del estado de someterse a sus preceptos, de percibir las cesantías año por año o, si su vinculación era anterior, podían escoger, el sistema de liquidación de cesantías que a bien tuvieran. Esta libertad, no la otorgó, la Ley 91 de 1989 y aquí es donde se genera una gran diferencia, aquí no estamos diciendo o estableciendo que los maestros tuvieran que tener una cuenta individual, nosotros no estamos planteando eso, nosotros estamos diciendo, es que a partir del 15 de febrero de cada anualidad desde 1991, le surgió la obligación al patrono, es decir, para este caso concreto, al Ministerio de Educación Nacional, quien debía consignar sus cesantías al FOMAG, lo que pase de ahí para

adelante, sí constituyeron cuentas individuales o cuentas colectivas, eso no es motivo del debate de este asunto. Por es esa razón, la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre reprochada en esta acción de tutela, no fue expedida acorde con la normatividad que regula la materia y la jurisprudencia nacional.

Honorables Consejeros, debe centrarse en establecer un tema importante: no fueron tenidas en cuenta las ultimas 21 sentencias del Consejo de Estado, donde esta alta jurisdicción contenciosa administrativa se hace la pregunta, **¿le es aplicable sí o no, La Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FOMAG?** Y el Consejo de Estado, al unísono, en su sección segunda en sus diferentes salas, compuestas por sus 6 Consejeros, cada uno de ellos en sus diferentes ponencias han expedido sentencias haciéndose la misma pregunta y la respuesta ha sido siempre positiva, y aquí es donde se centra el debate, porque las demandadas insisten, en que NO EXISTE la obligación de que la Nación deba consignar las cesantías al FOMAG, situación que fue replicada en la decisión del Tribunal Administrativo de Sucre que ha sido tutelada en esta oportunidad, pero es claro que existe la obligación de sus consignación antes del 15 de febrero de cada año, como están encaminadas las pretensiones de este asunto, puntualmente, las cesantías del año 2020, de esta manera garantizar las prestaciones a los trabajadores, eso es lo que estamos pretendiendo acá.

Honorables Consejeros de la sección segunda, en el sentido de indicar que, al existir un mal llamado régimen especial, no le es aplicable al Ley 50 de 1990, es claro, aquí no hay ningún régimen especial, de las cesantías, puesto que las cesantías anualizadas de los maestros oficiales, se liquidan de la misma forma, como se liquidan a los a los empleados públicos y privados del país, la única diferencia radica en los intereses a las cesantías, los cuales, se les cancela liquidando el DTF sobre el saldo acumulado, que para el año 2020, pero esta es una situación no es una circunstancia novedosa como lo quiere hacer ver la entidad demandada y la sentencia hoy en reproche, PUES ESTOS INTERESES A LAS CESANTÍAS, YA SE LES PAGABA A LOS DOCENTES NACIONALES DESDE 1968 en el artículo 33 del Decreto 3118 de 1969, **Intereses en favor de los trabajadores.** ([Modificado por el Artículo 3. de la Ley 41 de 1975](#)), donde claramente se expresó que:

*“ El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del **nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47”.***

Honorables Consejeros, se supone que un régimen especial trae consigo inmerso un mayor beneficio, que las normas generales, esto para poder tener una justificación de que tienen un régimen especial. Ejemplo: Si una persona es vinculada al magisterio en el año 2020, se gana cuatro millones de pesos, cuando termine esta anualidad, el 31 de diciembre del año 2020, ha generado al igual que un trabajador público o privado de cesantía anualizada, la diferencia se da en el pago de los intereses, mientras al docente afiliado al magisterio le corresponde \$145.600, mientras que a los demás trabajadores del régimen general les pagaron \$480.000.

Al siguiente año 2021, digamos que los dos empleados causan una cesantía por valor de \$5.000.000, el DTF para esa anualidad fue de 2,55%, teniendo en cuenta la ley especial y

tomando el saldo de cesantías aculadas en el caso del docente, tenemos que sobre \$9.000.000 de saldo se generan \$229.500 y para el trabajador de régimen general un interés por valor de \$600.000. En conclusión, el docente en su régimen especial recibió \$375.100 de interés cesantías en total, mientras el trabajador de régimen general \$1.080.000. Entonces en los textos de las contestaciones de las demandas del Ministerio de Educación Nacional y de la Entidad territorial, insisten que es más favorable, el régimen especial, pero acá quedó demostrado que no es así, entonces ese argumento de la liquidación de los intereses es superior, adoptado por la sentencia tutelada del tribunal Administrativo de Sucre, queda desvirtuado.

La Sección segunda del Consejo de Estado, tiene a su cargo el expediente No. **11001-0325- 000- 2016- 00992- 00**, porque a través del artículo 5° del Acuerdo 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, limitan a los maestros a la solicitud de sus cesantías parciales cada 3 años, contados después de que se les realiza el pago de su cesantía parcial anterior, norma declarada nula por esta sección, por extralimitar las funciones del Consejo Directivo del Fomag, situación que no resulta con ninguna dificultad de interpretación por ser de amplio conocimiento de la Sección Segunda del H.C.E.

¿Cuál es la razón de esta conducta antijurídica del Fomag hacia los maestros? Es necesario honorables Consejeros, recordar que la discusión de los maestros en las altas cortes y el Consejo de Estado con el Gobierno ha sido muy fuerte, permanente y siendo necesario acudir siempre a la rama jurisdiccional a debatir sus derechos que sí poseen el resto funcionarios públicos del estado que se encuentran en su misma situación.

Es necesario traer a colación que existe otra sanción mora del régimen general aplicable a los docentes y es la contenida en la Ley 1071 de 2006, que es muy común en la jurisdicción contenciosa administrativa de Colombia, la cual se causa por no pagarse dentro de los 70 días hábiles las cesantías a los docentes después de realizada la solicitud de la prestación, demanda que en la mayoría de los casos resulta en una condena a cargo de las aquí demandadas. Aquí debemos pensar en dos (2) situaciones: la primera, esta norma que limita a que cada tres años los docentes puedan solicitar, sus cesantías el mismo Consejo de Estado en el proceso **11001- 0325- 000- 2016- 00992- 00**, en la sentencia del año 2019, declara nulo tal acuerdo del Consejo Directivo, teniendo como argumento que el Consejo directivo de FOMAG no tiene competencia, no tiene autoridad, no tiene la capacidad por encima de la misma ley, es un consejo directivo que se reúne internamente en el Fondo Prestacional cada dos meses, para establecer acuerdos internos y así determinar cuál debe ser la conducta sin importar que estén estas decisiones en contra de la ley, porque las cesantías son una prestación social que se puede solicitar cuando el trabajador la necesite, en cualquier tiempo y que es avalada constitucionalmente. Recordemos que estos recursos, que pueden solicitar los funcionarios públicos en cualquier momento, pueden ser utilizados para arreglo de vivienda, cubrir el pago de hipotecas, estudiar bien sea el docente, su cónyuge o sus hijos. SINO SE GIRAN EFECTIVAMENTE LOS RECURSOS DE LAS PRESTACIONES AL FOMAG, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN LA LEY 91 DE 1989, NO SE PUEDE INFERIR UNA GARANTÍA PRESTACIONAL.

Y, en segundo lugar, Honorables Consejeros de la SECCIÓN SEGUNDA del H.C.E., es que no podemos seguir colocando a la pared a la Fiduciaria la Previsora y al Fomag, por

cuanto estas entidades hacen los mayores esfuerzos en pagar las solicitudes de cesantías a los docentes, pero, ¿qué hacen si el patrono, en este caso la NACIÓN-MEN no les paga las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad? ¿Qué hace si es el patrón de mi representada es el que no traslada los recursos para ser cancelados oportunamente? y de esta manera, evitar que se siga presentando la mora de ley 1071 de 2006 también.

Desde la fijación del litigio era claro que a mi mandante no le consignaron las cesantías antes del 15 de febrero del año 2021, esto no se encuentra en discusión. Está claro que no le consignaron las cesantías, está claro que se quiere proteger al patrono bajo el débil argumento un régimen especial que no existe y que no está eximido de esta responsabilidad de esta consignación, puesto que la misma norma especial Ley 91 de 1989, asignó la competencia de la consignación de los recursos al Fomag y las cuantías. Se encuentra demostrado claramente que el hecho que se liquiden sus intereses a las cesantías, es incluso inferior a lo que se refiere a los demás empleados públicos del país y que estos no es una situación diferente a la que ya venía sucediendo con los docentes nacionales desde 1968. Y entonces ahora, ¿cuál es la razón? Entonces, ahora, ¿cuál es la suficiente razón para expresar que se apliquen normas de carácter diferenciado? Pues claro, si le fueran a pagar el doble del valor de los salarios por concepto de cesantías, se les creería, pero entonces, les pagan tardíamente los intereses a las cesantías, después de los demás empleados públicos de Colombia y por debajo de la tasa sobre la que les liquidan a los demás empleados. ¿Ese es el régimen especial que tienen los maestros?

Entonces, ¿qué pasó en el año 2006 con la creación de la Ley 1071? se estableció los términos para la liquidación de cesantías, ¿por qué hubo esta necesidad de expedir esta disposición normativa de aplicación para los docentes? Pues los términos de reconocimiento y pago de las cesantías a los maestros eran hasta 7 años. ERA EL UNICO SECTOR DEL SECTOR PUBLICO A LOS QUE LES ACONTENCIA ESTA CIRCUNSTANCIA. ¿Por qué se demoraba todo este tiempo? Porque las demandadas se negaban a aplicar la sanción mora a los docentes y además no eran consignados al FOMAG los recursos de las cesantías a los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, entonces la consecuencia necesaria, el maestro no tenía nada que hacer, no tenía derecho ni a casa, ni estudiar ni a nada. Entonces, ahora que estamos pidiendo la progresividad de los derechos, instituido en la Carta Constitucional, que solicitamos un trato igualitario, una aplicación beneficiosa para quien represento, **no tratamiento superior** y ahora que estamos demostrando, que la equivocación del Estado al no transferir las cesantías año por año, como aconteció en el año 2021, entonces resulta en una interpretación restrictiva del Tribunal Administrativo de Sucre el día 19/7/2023, con la que se protege al empleador incumplido que NO CONSIGNÓ LAS CESANTÍAS, y este fallo en contra del trabajador resulta con la consecuencia de no tener garantizada sus prestaciones sociales, mientras que, el resto empleados públicos del país tienen sus cesantías debidamente consignadas, mientras el 100% de trabajadores privados de Colombia tienen las cesantías consignadas en el fondo de cesantías y los únicos que discriminan es a los maestros y que ahora que respetuosamente le solicitan al T.A.S. que simplemente aplique justicia con esta situación desmesurada a este caso en concreto, que conlleva a generar incluso más procesos de sanción por mora de ley 1071 de 2006 (al no poseer la plata de las cesantías para cancelarlas a tiempo el Fomag).por argumentar no tener la obligación de garantizar las consignaciones de cesantías.

Cuando en la ley 91 1989, su artículo 15 se estableció que: “... Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se requirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”, la intención directa era que se tratarán igual a los maestros que ya eran nacionales, afiliados al FNA, que se le consignará las cesantías y que estos recursos se separaran de los recursos de la NACIÓN – MEN como patrono. Así mismo, como los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, recibían intereses de las cesantías de conformidad con el artículo 33 del Decreto – Ley 3118 de 1968, además se les aplicara el caso de los vinculados después de 1990, la misma normatividad.

Honorables Consejeros, esta NO es una postura doctrinante un apoderado en Colombia, sino que es una posición adoptada desde el análisis de las altas cortes, como es la de la Corte Constitucional, la del Consejo de Estado y del contenido de la ley, que se solicita sea adoptada por aquellos docentes que hoy, de manera individual, en primera instancia, tienen que solicitar justicia, ante los estrados y que las circunstancias que se derivan de la falta de consignación de las cesantías a los maestros, antes de cada 15 de febrero, no se continúen, generando demandas por ley 1071 de 2006, al no contar con los recursos, para cubrir las solicitudes de las cesantías de los maestros y por eso el FOMAG continua demorando en su cancelación porque lo colocaron contra la pared como víctima.

Lastimosamente lo que acontece con las situaciones en el estado, ahora el Fomag y la Fiduciaria la Previsora, defendiendo al MEN como patrono, diciendo que no existía la necesidad de que le consignaran las cesantías, cuando Honorables Consejeros en el anterior plan de desarrollo, fue expedido el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, donde se tuvo que apropiar el Estado, 1,1 billones de pesos, para cancelar las demandas que el FOMAG, tuvo que recibir durante estos últimos 6 o 7 años por no tener los recursos de la consignación de las cesantías de los docentes por parte del patrono al 15 de febrero de cada año, y que se siguen revistiendo ahora el MEN, protegido por la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre, sobre esa bandera, escondiéndose sobre esta situación.

Lo que sí sería pertinente revisar Honorables Consejeros, es ¿cuál es la necesidad de seguir creando procesos contra el FOMAG?, porque sí los maestros no les pagan las solicitudes de cesantías a tiempo, pues van a demandar la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006. Mientras el FOMAG, no reciba los recursos correspondientes de las cesantías causadas cada año por parte del MEN como patrono el 15 de febrero de cada anualidad, LAS CESANTÍAS PARCIALES Y DEFINITIVAS de los docentes no se cancelarán a tiempo y esto será un círculo vicioso que mi mandante está pidiendo acabar, evitando hacia el futuro el detrimento del erario público, estando la SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO, en un momento histórico, de tomar una decisión acertada, juiciosa y con el avance jurisprudencial que existe, protegiendo a los maestros de esta situación, así como están protegidos el resto de empleados públicos y privados en Colombia, que se encuentran en igualdad de condiciones.

Es preciso indicar que es un círculo vicioso, señores consejeros, y que en la jurisdicción contenciosa, se observa en la aplicación jurídica un caso específico, concreto, claro y preciso, va al traste para que esto se acabe ¿por qué no le pagan las cesantías parciales a los maestros por 1071 de 2006, de manera oportuna? La explicación, es porque el FOMAG, no tiene la Plata, recursos que debería haber tenido, desde que la Ley 91 /1989

estableció que año por año le transfiriera la Nación al FOMAG, entidad que es aquí, la víctima, aquí la Fiduciaria la Previsora S.A. y el Fomag, son las “víctimas”, de la no consignación del patrono, NACIÓN – MEN.

A los docentes le son aplicables los Decretos Nacionales 3118 de 1968, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978 y 1045 de 1978, y **las demás que se expidieran en el futuro**, pues así lo determinó la ley 91 de 1989 de la que tanto insisten las entidades demandas, como es el **caso de la ley 50 de 1990 y la ley 344 de 1996**, que son expresas en afirmar esta la obligación del patrono con la consignación de las cesantías a los docentes oficiales en el Fomag a más tardar el 15 de febrero de cada anualidad.

Y sí le son aplicables a los docentes las normas de los empleados públicos del orden nacional, llegamos a los dos (2) temas que quería exponer Honorables Consejeros. Entonces ¿cuáles normas del orden nacional se les aplica? Pues la primera es el Decreto ley 3118 de 1968, que establecía la necesidad que las cesantías fueran liquidadas y consignadas en el Fondo Nacional del Ahorro. Y se le continúan aplicando las normas establecidas para los empleados públicos del orden nacional, ¿qué norma se debe tener en cuenta para el pago de los intereses? Pues la norma es la ley 52 de 1975. Un Consejo Directivo de una entidad, no se encuentra por encima de la ley, pues es desvirtuar la competencia del mismo congreso. Afortunadamente la justicia administrativa es rogada y le solicitamos la aplicación de la excepción de constitucionalidad de conformidad con los artículos 4, 90, 91 y 242 de la Constitución Política y de la Ley 1437 de 2011, que se inaplique este acuerdo y para el efecto del Reconocimiento de la sanción establecida en esta disposición, por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías a los docentes públicos, se tenga en cuenta el contenido de la Ley 52 de 1975, exceptuando por vía de control de inconstitucionalidad, para que opere la inaplicación del Acuerdo expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Sería tanto como expresar, que no existe necesidad de consignar a los jueces, a los Consejeros y demás funcionarios judiciales o procuradores, antes de cada 15 de febrero de cada año, sus cesantías por cuanto el Ministerio de Interior y de Justicia es potente, superior, que posee suficiente presupuesto y por lo tanto los empleados públicos de la rama judicial, fiscalía y de las procuradurías, entonces tienen que aguantarse, que las cesantías solo estén consignadas ó disponibles materialmente cuando las soliciten, mientras tanto solo sean una ilusión o un reporte, un documento.

Ahora bien, es claro que existían dos (2) posiciones, pero después del estudio de la Corte Constitucional de 17 de octubre de 2018, en la expedición de la sentencia SU-098 de 2018, es que el Consejo de Estado se ha acogido a la interpretación favorable, en el sentido de indicar que si le resulta aplicable la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. Que sigan manifestando las entidades demandadas que la SU-098 estudia otra situación jurídica, por otra situación fáctica, no resulta cierto, pues es necesario dejar claro que la ley 50 de 1990 CASTIGA LA FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN EL FONDO DONDE ESTÉ AFILIADO EL TRABAJADOR, NO LA FALTA DE AFILIACIÓN A UN FONDO, es por esto que a los maestros deben tratarse en igualdad de condiciones, que al resto de empleados públicos del país, no es por capricho de este apoderado, es basado en el principio de igualdad, de legalidad y de favorabilidad, que, como iteradamente he manifestado, proviene de la historia y de evolución normativa y jurisprudencial.

Las razones de la creación del FOMAG en 1989, fue un (1) año con anterioridad a la creación de la Ley 50 de 1990 y se fue ampliando con la expedición de la Ley 344 de 1996, la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los empleados públicos del país, proviene una progresividad de un avance, una creación de carácter jurídico, que contiene no solamente un planteamiento de carácter constitucional, SINO de una legalidad y esa legalidad está siendo protegida por el Consejo de Estado, porque esa injusticia, que también existía antes de no reconocer la sanción por la Mora de la Ley 1071 de 2006 a los maestros se acabó y aquí tenemos que procurar, señores consejeros es mantenerse esa progresividad y protección a los derechos que han sido vulnerados por la Nación –Ministerio de educación, no solo en la anualidad solicitada, sino a las cesantías que se generen de los docentes con posterioridad al año 2021.

VII. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

MI REPRESENTADA EN LOS PLANTEAMIENTOS ESBOZADOS EN ESTA ACCIÓN DE TUTELA HA CREIDO FIRMENTE EN LAS 22 SENTENCIAS QUE HAN SIDO EXPEDIDAS ENTRE EL AÑO 2021 Y 2022 SOBRE SU DERECHO, HABIÉNDOSE GENERADO EN ELLA LA CONFIANZA LEGÍTIMA, PARA QUE, AL MOMENTO DE HABER PRESENTADO SU DEMANDA CONTENCIOSA, LO REALIZÓ CONOCIENDO LA POSICIÓN PREVIA Y CLARA DEL MÁXIMO ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIONAL

La seguridad jurídica es reconocida en Colombia como un principio que debe predicarse de algo concreto, que abarca tanto lo público, como lo privado, en la parte orgánica del Estado ofrece parámetros esenciales, en el estado social de derecho es una garantía que tiene estrecha relación con la legalidad y la buena fe.

Cuando los conflictos son sometidos a una decisión judicial deberán ser decididos en los términos perentorios establecidos por la ley, ya que este precepto tiene estrecha relación con los principios constitucionales.

“Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobre todo, la indefinición jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos. Lo anterior, sería desconocer el deber del Estado de proteger la vida, honra, bienes, derechos y creencias de los asociados (Art. 2o. C.P.), así como la obligación de toda persona y de todo ciudadano colombiano de respetar los derechos ajenos, de obrar conforme al principio de seguridad social, de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95 num. 1o., 2o., 3o. y 7o.). (C. Const.T-284/94 M.P. V. Naranjo).”

Sobre la seguridad jurídica se consigna en la sentencia T-502 de 2002:

“3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. (C. Const. C-250/12 M.P. H. Sierra).

La Honorable Corte Constitucional ha determinado claramente:

“C-284-2015

Esta postura permite identificar los intereses constitucionales comprometidos con la salvaguarda de la seguridad jurídica en la actividad judicial: su garantía permite a los ciudadanos prever las reglas que les serán aplicadas. La estabilidad en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 2) dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite. Al fundamento de la seguridad jurídica también concurre el principio de la buena fe que impone a las autoridades del Estado, el deber de actuar de manera coherente y de abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83). También el reconocimiento de la seguridad jurídica se apoya en la cláusula de Estado de Derecho (art. 1) en tanto permite que las autoridades judiciales adopten las decisiones con apoyo en reglas preexistentes y no con fundamento en su propia voluntad.

En atención a la importancia que tiene entonces preservar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en las actuaciones judiciales, el ordenamiento constitucional y la jurisprudencia de esta Corporación, han fijado varios instrumentos con ese propósito. En primer lugar, la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la “ley” lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la “ley”. En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, la ley –tal y como ocurre por ejemplo con la 153 de 1887– establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas. En tercer lugar, la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, los pronunciamientos de esta Corporación han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad. En quinto lugar, algunos estatutos como la Ley 1437 de 2011 incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).

La seguridad jurídica en los términos expuestos se vincula con la igualdad de trato establecida por el artículo 13 de la Carta al prescribir que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades. En efecto, si las decisiones judiciales no fueran previsibles o las reglas y soluciones adoptadas en el pasado resultaran cambiantes e inestables, los ciudadanos no podrían esperar que el asunto que someten a la jurisdicción sea resuelto de la misma forma. Así las cosas, seguridad jurídica es una condición necesaria para garantizar el mandato de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta (...) (Negrita y subrayado fuera de texto original)

Presupuestos de la seguridad jurídica: Sobre este particular, el autor español Juan Bolas Alfonso (1993) hace una clarísima clasificación que distingue entre los presupuestos objetivos y aquellos que considera de carácter subjetivo. Como presupuesto objetivo de la seguridad jurídica menciona solamente uno que denomina escuetamente “la ley aplicable” y que debe reunir los siguientes requisitos:

- “1. Que exista una ley aplicable...;
2. Que la ley se publique de forma que sea conocida por todos;
3. Que la ley sea clara...;
- 4) Que la ley esté vigente y no sea alterada por normas de inferior rango y se aplique a los hechos acaecidos con posterioridad a dicha vigencia...;
- 5) Que la aplicación de la ley esté garantizada por una Administración de Justicia eficaz...” (p. 43). (Arrazola, 2014).

Honorables Consejeros que conocen esta RESPETUOSA acción de tutela, obsérvese que la INTENCIÓN DE LA MISMA, es que se respete el establecimiento de la ley, los alcances de la interpretación de más de 22 sentencias que al unísono se han expedido sobre la materia en el H.C.E. SECCIÓN SEGUNDA, con ocasión de la CONFIANZA QUE GENERÓ EN LOS DOCENTES OFICIALES vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, al haberse proferido gran cantidad de sentencias entre el año 2021 y 2022 por parte de la sección segunda del H.C.E., que los conllevó a solicitarle a esta jurisdicción que sus cesantías del trabajo del año 2020, fueran trasladadas al Fomag a más tardar el 15 de febrero del año 2021, derecho que fue negado, habiéndose generado una cancelación de una sanción por mora establecida en la ley 50 de 1990 y la ley 344 de 1996.

La seguridad jurídica puede manifestarse de diferentes formas, pero la más notoria es cuando una situación hace tránsito a cosa juzgada, esto significa que la autoridad que profirió la decisión no podrá pronunciarse en el futuro sobre lo que decidió, es la regla general; y la excepción es, cuando las circunstancias especiales del ordenamiento jurídico lo permiten como cuando se da paso a la revisión, y la nulidad de las actuaciones, poniendo en duda la certeza de los procedimientos establecidos en un determinado ordenamiento jurídico, vulnerando principios y derechos fundamentales.

Precisamente, nace la necesidad de proteger el derecho para mi mandante, teniendo de presente la copiosa jurisprudencia que al efecto se ha expedido sobre la aplicación de la ley 50 de 1990, en su artículo 99, con el objeto de buscar para ella un trato igualitario y beneficioso, con respecto al pago de sus cesantías al Fomag, antes del 15 de febrero de cada año. Es cierto que existe una abierta discordancia. entre lo expresado por la Sección Segunda, en más de 22 ocasiones entre los años 2021, 2022 y 2023 y la decisión adoptada el 19/7/2023 por el Tribunal Administrativo de Sucre en el expediente radicado No.

70001333300520220019601, siendo el deber ser de los órganos de cierre, en este caso la Sección Segunda del H.C.E. evitar vulnerar derechos de las personas que deciden acudir a la administración de justicia con el fin del reconocimiento de un derecho conforme a los principios y derechos constitucionales.

Así, el Consejo de Estado tiene la responsabilidad y asume una importante función, consistente en identificar las decisiones de la jurisdicción que, constituyen jurisprudencia establecida, reiterada y comúnmente aceptada por los jueces, siendo esta una oportunidad valiosa para proteger los derechos de la docente que represento.

De esta manera lo ha determinado, la Honorable Corte Constitucional:

“SU 072/2018

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA-Jurisprudencia constitucional

La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite.

La jurisprudencia ha definido diferentes instrumentos: (i) la Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley contempla criterios de interpretación para resolver las tensiones al comprender y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución determinó la existencia de órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico”; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad”; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).”.

El principio de seguridad jurídica se realiza en aplicación de la confianza legítima del Estado, favorabilidad, igualdad, progresividad; pudiendo con la sentencia proferida el 19/7/2023 expedida por el T.A.S. al generarse fallos contradictorios, ante la existencia de pronunciamientos tan reiterativos, constantes, pacíficos y claros para el caso en estudio, donde es pertinente el contenido riguroso del artículo 99 de la ley 50 de 1990 a quien represento por parte del órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo.

Causa entonces, suma extrañeza, que el T.A. de Sucre, expide una decisión, afectando los derechos de las personas que se encontraban a la espera de que la administración de justicia decidiera, pues, con justificación objetiva la Sección Segunda del Consejo de Estado decide unificar en sus 2 salas “A” y “B” jurisprudencia en el año 2021, 2022, 2023, en torno a la aplicación definitiva para los docente vinculados después de 1 de enero de 1990, en torno a la aplicación de la ley 50 de 1990, lo que significa que el patrono, en este

caso el MEN, solo debe trasladar antes del 15 de febrero de 2021, del trabajo del docente en el año 2020, sus cesantías al Fomag.

Entonces, no es admisible que se realice una evidente vulneración a los derechos de las partes frágiles dentro de los procesos judiciales, siendo el precedente contrario a los derechos y principios establecidos en la Constitución Política.

Ahora bien, también es necesario abordar el principio de seguridad jurídica, el cual debe ser considerado como la certeza que goza la comunidad jurídica, que los jueces y en general los cuerpos colegiados decidan casos de similar naturaleza de la misma forma; en consecuencia, esta previsibilidad de las decisiones judiciales es una garantía sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas y dicha certeza se ostenta cuando los jueces, magistrados y consejeros han interpretado y seguirán interpretando el ordenamiento de manera consistente, estable y pacífica. Dicha certeza hace posible a las personas actuar libremente y acudir a la jurisdicción en aras de obtener un resultado, con base en anteriores pronunciamientos que sean de una similar naturaleza. Ahora, la falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a un desorden social, pues los ciudadanos no tendrían certeza respecto al contenido de sus derechos y obligaciones.

Así entonces, la seguridad jurídica está correlacionada con el principio de buena fe, el cual se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Carta Magna, así: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelantes ante éstas”* y lo anterior, también se encuentra relacionado con la confianza legítima.

Por ello, el derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia, principio que funciona como un límite a las actuaciones de las autoridades, que pretende hacer frente a eventuales modificaciones impulsivas en su manera natural de proceder, situación que genera un riesgo al principio de seguridad jurídica. Es decir, que esta garantía únicamente adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan cierto tipo de fundamento legal formal sean irracionales, teniendo en cuenta la expresión latina *“venire contra factum pro-prium non valet”*, la cual es la doctrina de los actos propios que consiste en el principio general de derecho que establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con antelación; en otras palabras, prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento ya mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra, que habría actuado de tal forma con base en la buena fe de la primera.

Es decir, la confianza no solo se garantiza con la publicidad del texto de la Ley, así como tampoco se agota con la mera adscripción nominal del principio de legalidad, sino que también debe ser vista bajo la órbita de la protección a las expectativas legítimas de los ciudadanos, de que la interpretación y aplicación de la Ley por parte de jueces y cuerpos colegiados será razonable, consistente y uniforme. En consecuencia, la conducta del Estado como administrador de justicia no se agota con el solo juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, ya que no se trata de realizar un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta del

Estado, que conlleva una dimensión de los principios de continuidad y unidad de la jurisdicción.

Con base a lo anterior, es que mi representada utilizó los procedimientos legales solicitando el pago de sus cesantías como docente en igualdad de condiciones que el resto de empleados públicos del país, lo realizó conociendo previamente TODOS LOS PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS Y RECIENTES DE LAS ALTAS CORTES Y EL H. CONSEJO DE ESTADO, no lo hizo caprichosamente, sino por luchar por sus derechos laborales y fundamentales ante el trato desigual frente a otros servidores públicos, máxime cuando ya existían decisiones preconcebidas respecto de la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. Por ello, se resalta a su Despacho la necesidad de aplicar por parte del Tribunal Administrativo de Sucre en su oportunidad, los pronunciamientos realizados previamente por el Consejo de Estado, con respecto al tema central que nos atañe.

¿QUÉ SENTIDO TIENE QUE LOS DOCENTES OFICIALES HUBIEREN INICIADO UNA ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA HACE 2 AÑOS CON BASE EN 22 SENTENCIAS EN “LÍNEA DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL”, SI UNA VEZ INICIADO SU PROCESO, EL CONCEPTO PUEDE VARIARSE EN CUALQUIER MOMENTO POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS, QUE DESDE AHORA RECONOCIENDO SU AUTONOMÍA, ¿NO ACATA LO ESTABLECIDO POR EL MÁXIMO ORGANO DE CIERRE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO?

No existe seguridad jurídica para la docente que demandó la aplicación de la ley 50 de 1990, siendo que era una línea pacífica e imperante como obligación determinada al MEN, como patrono, por el Honorable Consejo de Estado si una decisión del a-quo puede contrariar fácilmente el contenido de las de 22 sentencias expedidas de manera reiterativa entre el año 2021 y el año 2022.

Así, al obtenerse este precedente jurisprudencial tan reiterativo, se está en búsqueda de una seguridad jurídica; en el presente caso, sucede todo lo contrario, al existir una sentencia expedida el día 19/7/2023, por parte del T.A. de Sucre, se genera una enorme contradicción entre lo que con la absoluta seguridad iba a ser protegido por este Tribunal Administrativo, desdibujando lo que expresado por el Honorable Consejo de Estado, lo que nos ha generado la necesidad de presentar esta respetuosa acción de tutela.

Pudiendo entonces, existir una vulneración de derechos para aquellas docentes que estando en iguales condiciones de mi mandante (vinculado después del 1 de enero de 1990), y que la diferencia en las decisiones sea determinada no por lo que en derecho les corresponde, es que nos motivamos comedidamente a que esta situación sea recogida y se ordene que se profiera una nueva decisión judicial, que permita a mi mandante poder hacer uso de sus cesantías del año 2020, una vez sea consignada por parte del patrono y se ordene por esta conducta de la entidad demandada, el pago de la sanción por mora contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 a mi mandante.

Cuando hablamos de la necesidad de proteger la seguridad jurídica, estamos refiriéndonos al conjunto de derechos que se ven vulnerados en virtud de esta, así las cosas, podemos hablar de la existencia en el actual caso, de una cosa juzgada relativa la cual consiste en

hacer inmodificable e irrevocable una posición contenida en las siguientes sentencias proferidas por el H.C.E. en su Sección Segunda:

CORTE CONSTITUCIONAL				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
1	Exp. T-6.736.200	17 de octubre de 2018	Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 098/2018 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
2	Exp. T-5904426 y otros	25 de julio de 2019	Dr. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 332/2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
3	Exp. T-7.182.312 y otros	6 de febrero de 2020	Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 041/2020 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
1	08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)	6 de agosto de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO
2	76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014	24 de enero de 2019	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
3	11001-03-15-000-2018-04617-01	17 de junio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS – Dr. GUILLERMO SANCHEZ LUQUE
4	11001-03-15-000-2018-04679-01	28 de junio de 2019	Dr. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS	Dra. NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN – Dr. HERNANDO SANCHEZ SÁNCHEZ
5	11001-0315-000-2018-03499-01	29 de julio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
6	08001 23 33 000 2014 00173-01 (1688-16)	2 de diciembre de 2019	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
7	08001-23-33-000-2014-00208-01	10 de junio de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
8	08001-23-31-000-2014-00254-01 (4960-2017)	22 de octubre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
9	08001-23-33-000-2014-00132-01	12 de noviembre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
10	08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017)	17 de junio de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
11	08001-23-33-000-2015-00331-01	17 de junio de 2021	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Dr.

				CARMELO PERDOMO CUÉTER
12	19001-23-33-000-2015-00445-02(0483-20)	4 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
13	08001-23-33-000-2014-01127-01 (1002-2021)	25 de noviembre de 2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
14	40001-23-40-000-2017-00134-01 (2208-2020)	25 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
15	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
16	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11 de noviembre de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
17	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20 de enero de 2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
18	080001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020)	3 de marzo de 2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
19	76001-23-33-000-2013-00756-01 (2224-2020)	28 de abril de 2022	Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dra. SANDRA LISETH IBARRA
20	080001-23-40-000-2017-00795-01 (2659-2020)	9 de mayo de 2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
21	47-001-23-33-000-2019-00359-01 (4004-2021)	19 de mayo de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
22	47-001-23-33-000-2019-00376-01 (4462-2021)	1 de julio de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
23	08001-23-33-000-2015-00509-01 (2140-2020)	22 de Agosto de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
24	08001-23-33-000-2015-90124-01 (2394-2020)	22 de Septiembre de 2022	Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
25	76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)	19 de enero de 2023	Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ	DR. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS – Dr. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ
26	47001-23-33-000-2018-0231-01 (0871-2020)	26 de enero 2023	DR. RAFAEL FRANCISCO GOMEZ	DR. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ – DR. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

El desconocimiento de estas sentencias proferidas por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, por parte del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE en la decisión proferida el 19/7/2023, es una abierta contradicción de la seguridad que el C.E. generó, traduciéndose en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad, coherencia del ordenamiento jurídico y falta de aplicación del principio de favorabilidad a un caso concreto.

Ahora bien, si en gracia a discusión se llegase a hablar de la falta a los requisitos establecidos para realizar un cambio de jurisprudencia, pues la misma, debe ser suficientemente argumentada, lo cual no aconteció en el presente caso, pues lo único que se expresó que existía UNIDAD DE CAJA EN EL MANEJO DE LOS RECURSOS DEL FOMAG y que no existe sentencia unificada, despreciando la masividad de sentencias expedidas por las 2 secciones que conforman la sección 2da. del H.C.E.

LA UNIDAD DE CAJA solo significar que pueden utilizarse los recursos de salud para pagar pensiones y cesantías de los docentes y lo contrario, también pueden utilizarse los recursos de cesantías para asumir el pago de pensiones una vez son transferidos al Fomag, pero es una situación diferente a que el pago de las cesantías a los docentes vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, no deba consignarse antes del 15 de febrero de cada anualidad por parte del patrono al Fomag. SON DOS COSAS DIFERENTES.

Se confunde la unidad de caja que posee en el Fomag cuando los recursos son consignados a tiempo por parte del patrono, con los momentos en que el patrono, en este caso el MEN, debe apropiarse los recursos al Fomag de las cesantías parciales a los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990. Una vez esta entidad recibe los recursos, TIENE AUTONOMÍA para el manejo de los mismos conforme a sus necesidades que va observando en el manejo de esta entidad, pero eso no quiere significar que no existan tiempos o momentos conforme a la ley, para que el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, deba cancelar los recursos para atender las prestaciones a los docentes, para el pago de sus pensiones o para sufragar los costos generados por el servicio de salud del magisterio. EN ESTO DE VERDAD fue muy claro el artículo 57 de la ley 1955 de 2019, en el cual existe autorización para manejar unidad de caja, pero no tiene tal potestad de vulnerar **“los tiempos o los momentos”** en que la entidad encargada de girar los recursos, QUE DESPUÉS DE CONSIGNADOS AL FOMAG, SE VUELVEN UNIDAD DE CAJA, para sufragar los recursos para el pago de las cesantías y demás prestaciones, de los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990.

La entidad que posee unidad de caja para el manejo de los recursos de las cesantías, las pensiones y la salud, **ES EL FOMAG, No es el MEN** como patrono en conjunto con el Fomag, como lo expresa la sentencia tutelada.

El MEN debe consignar las cesantías antes del 15 de febrero de cada año y será el Fomag, ENTIDAD INDEPENDIENTE, que es una cuenta especial de la Nación, la que decide si esos recursos para el manejo de las cesantías o pensiones o salud del magisterio, la CONVIERTE en unidad de caja. **SON 2 COSAS DIFERENTES que confunde la sentencia proferida por el T.A. de Sucre, para expresar que, al existir unidad de caja, no existe la obligación de consignar las cesantías a mi mandante el 15 de febrero de cada año.**

Si bien es cierto que existe **UNIDAD DE CAJA DE LOS RECURSOS DEL FOMAG EN SU INTERIOR**, establecido en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, para el pago de las prestaciones sociales por parte del Fondo, **NO SIGNIFICA QUE SE PREDIQUE ESTE PRINCIPIO DE LOS RECURSOS DE MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y EL FOMAG.**

Como concedores de la norma especial Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Prestacional del Magisterio, como una cuenta de la Nación, exclusiva para administrar los recursos prestacionales de los trabajadores de la Educación pública, la razón de ser del precitado fondo, fue separar del erario mes a mes los recursos correspondientes a salud y pensión, entre otros y anualmente, los recursos correspondientes a las cesantías que se causen año por año, SIENDO OBLIGACIÓN LEGAL DE LA NACIÓN a través de MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, proveer los recursos en las proporciones y cuantías establecidas en la norma, y que una vez ingresados al FOMAG, son sometidos al principio de Unidad de Caja. No es correcto que se predique unidad de caja de los recursos que aún no has sido transferidos por parte del Ministerio de Educación Nacional al Fomag.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, el Consejo de Estado ha determinado en diferente jurisprudencia que, se deben aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, pues debe de respetar los precedentes y leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho correspondiente, situación por la que existiendo sentencias en torno a este aspecto, después del año 2021, 2022 Y 2023 en la jurisprudencia del C.E., en su sección segunda, “UNIFICANDO EL CRITERIO” en este sentido en sus dos (2) salas de decisión.

¿CUÁL HA SIDO LA POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN SEGUNDA Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS EN TORNO AL ESTUDIO DE LA LEY 91 DE 1989, LA LEY 50 DE 1990 Y LA LEY 344 DE 1996?

A continuación, desarrollaremos la línea jurisprudencial vinculante de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, bajo la cual están edificadas las pretensiones y que conllevan a tomar correctivos por parte de las entidades demandadas para que el futuro no se configure nuevamente el daño antijurídico reclamado, extrayendo de cada providencia, los apartes que inciden directamente en las pretensiones:

No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
1	Exp. T-6.736.200	17 de octubre de 2018	Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 098/2018 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL-Aplicación/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL-Obligatoriedad

El principio de favorabilidad fue consagrado por el Constituyente y por el Legislador como uno de los dispositivos de solución de conflictos surgidos con ocasión del choque o concurrencia de normas o interpretaciones vigentes y aplicables simultáneamente a un caso determinado. Así mismo, se desprende que la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral no es opcional, sino de obligatorio cumplimiento por expreso mandato legal y constitucional. En efecto, para esta Corporación ha sido claro que cuando se presentan conflictos en la aplicación

y/o interpretación de las fuentes formales del derecho laboral no le es posible a los operadores jurídicos, tanto judiciales como administrativos, desconocer las garantías de los trabajadores y/o pensionados que han sido reconocidas constitucionalmente y a las cuales se les ha otorgado el carácter de inalienables e irrenunciables.

...

25. La **Sentencia SU 448 de 2016**⁷⁹ unificó las posturas constitucionales con respecto a la finalidad del auxilio de cesantías para precisar que es una prestación social encaminada a cubrir un período en el que el trabajador queda cesante.

...

26. La **Sentencia C-486 de 2016**⁸¹ enfatizó que el constituyente previó un conjunto de estándares que deben respetarse en toda relación laboral, a los que denominó principios mínimos fundamentales. Dentro de estos principios mínimos, se encuentra el pago de las acreencias laborales, un conjunto de emolumentos que persiguen diversas finalidades en torno a la dignidad humana y la manutención familiar, en el marco de las relaciones laborales, y dentro de tales prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía.

...

27. Por último, la **Sentencia SU-336 de 2017**⁸² estableció reglas importantes en cuanto a la función social del auxilio de cesantía respecto a los docentes del sector oficial y expuso que se enmarcan dentro de la categoría de empleados públicos.

...

28. En suma, el auxilio de cesantías: (i) es una prestación social que encuentra respaldo constitucional en los artículos 42 y 48 Superiores; (ii) es irrenunciable; (iii) su fin es que el trabajador pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además que, en caso de requerirlo, acceda a vivienda y educación; y (iv) es una de las prestaciones más importante para el trabajador y su núcleo familiar⁴⁵⁰².

...

Las Sentencias **T-730 de 2008**⁴⁵⁰³ y **T-167 de 2011**⁴⁵⁰⁴ recalcaron que la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado han aceptado pacíficamente que cuando un régimen pensional especial es menos beneficioso que el régimen general en determinado caso, debe aplicarse el último en virtud del principio de favorabilidad.⁴⁵⁰⁵

...

Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que el hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política.

64. En el caso objeto de estudio se evidencia que existe una postura más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales, esto es, aquella que reconoce que este

⁴⁵⁰² Sentencia T-008 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁵⁰³ *Ibidem*

⁴⁵⁰⁴ M.P. Juan Carlos Henao Pérez

⁴⁵⁰⁵ Ver Sentencia T-547 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia T-121 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, Sentencia T-278 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia T-076 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

grupo de trabajadores del Estado tiene derecho a la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía.

Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros violas el derecho a la igualdad.

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

Sumado a lo anterior, el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

Específicamente, la Sentencia **SU 336 de 2017**⁴⁵⁰⁶ expuso como uno de los aspectos relevantes aplicable al presente caso que “(...) El propósito del Legislador al implementar el auxilio de cesantía, así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, tanto del sector público como del privado, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de un sustento que se torna básico para aquellos y sus familias” (Subraya fuera de texto)

La existencia de regímenes especiales se encuentra conforme a la Constitución siempre que no supongan un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores en comparación con el régimen general. Todo tratamiento dispar que no sea razonable configura un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.

No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
2	Exp. T-5904426 y otros	25 de julio de 2019	Dr. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 332/2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

⁴⁵⁰⁶ M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo

Las solicitudes fueron negadas bajo el argumento de que los docentes gozaban de un régimen especial y por ello no eran destinatarios de la norma que consagra la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, pues la misma se dirige al régimen general de los servidores públicos, el cual no cobija a los docentes.

...

6. Contra esa decisión, el demandante interpuso recurso de apelación. En su escrito expresó que, según la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, el personal docente se encuentra dentro de una carrera especial de creación legal y cuando no exista un reglamento especial que la regule, se debe dar aplicación a las normas generales. Además, manifestó que en diferentes ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la procedencia de la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a los docentes.

...

41. Por el contrario, en otras providencias, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo reconoció que la sanción por mora en el pago de las cesantías sí procede para los miembros del magisterio. Así, este Tribunal advirtió que existe abundante jurisprudencia⁴⁵⁰⁷ que soporta la tesis de la compatibilidad de la aplicación de la Ley 1071 de 2006 con el régimen de cesantías de los docentes, por cuanto se trata de una normativa que cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado:

“(…) [E]l ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, así quedó consagrado en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa, al advertir que “la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”⁴⁵⁰⁸, de modo que no encuentra la Sala ninguna razón para excluir, a los docentes del sector oficial, del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem.

(…)

En conclusión, la Sala estima que no existe obstáculo legal para el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes, toda vez que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 incluye a todos los servidores públicos, inclusive a los del sector oficial, como se dejó sentado en la exposición de motivos; además, la referida sanción no resulta incompatible con el régimen especial establecido para el reconocimiento de las cesantías de los docentes, ya que no se ve afectan las condiciones, términos y competencia para el reconocimiento de la referida prestación ni se menoscaba el derecho de los docentes a esta prestación, razones que conducen a la

⁴⁵⁰⁷ Sentencias del 8 de abril de 2008, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 73001333100620120019302; 21 de mayo de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez. Radicación número: 23001233100020040006902; 30 de julio de 2009, C.P. Víctor Alvarado. Radicación número: 730012331000200100006902; 21 de octubre de 2011, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, Radicación número: 19001233100020030129901; 10 de julio de 2014, C.P. Rafael Vergara. Radicación número: 17001233300020120008001; 14 de diciembre de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 66001233300020130018901; 25 de febrero de 2016. C.P. Gustavo Gómez Aranguren, Radicación número: 11001031500020160025200, entre otras

⁴⁵⁰⁸ Consulta realizada en la página web senado.gov.co. Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

Sala a reafirmar la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

42. Con todo, es indispensable destacar el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, respecto de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el cual tuvo lugar a partir de la **Sentencia de unificación** dictada por la Sección Segunda de dicha Corporación el **18 de julio de 2018**⁴⁵⁰⁹.

En ese pronunciamiento, se estudió una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por un docente contra la Nación, el Ministerio de Educación Nacional, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima, mediante la cual solicitaba declarar la nulidad del acto administrativo proferido por el Secretario de Educación y Cultura del Tolima, que le negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.

En el citado fallo, el Consejo de Estado identificó las tesis jurisprudenciales que hasta ese momento existían en la Sección Segunda de esa Corporación, en lo concerniente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, las cuales sintetizó de la siguiente manera:

- (i) *La postura, según la cual no existe ninguna razón para excluir a los docentes del sector oficial del derecho al pago oportuno de las cesantías, al considerar que al igual que los demás servidores públicos comprendidos en el marco del artículo 123 de la Constitución Política, estos son sujetos destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, dada la importancia de dicha prerrogativa laboral, así como en aras de materializar el derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario, previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.*
- (ii) *La tesis, según la cual no es jurídicamente viable aplicar la sanción moratoria, en garantía del principio de unidad normativa, pues el régimen laboral de los docentes se encuentra regulado por una normativa especial prevista en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.*

Entonces, al identificar las dos posiciones jurisprudenciales sobre el asunto, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió la referida sentencia de unificación jurisprudencial, respecto de los siguientes temas: i) la naturaleza del empleo del docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial; ii) la exigibilidad de la sanción moratoria; iii) el salario base de liquidación de la sanción moratoria y iv) la compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

En cuanto a la naturaleza del empleo del docente del sector oficial, el Consejo de Estado señaló textualmente lo siguiente:

“La Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se materializó a través de la Constitución Política, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.

⁴⁵⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 18 de julio de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18

En segundo lugar, es preciso señalar que dado el criterio finalista tenido en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer el artículo 123 de la Constitución Política, se consideró que dentro de la categoría de servidores públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad y por ende, ejercieran una función pública de forma permanente. Al respecto, según se expuso, los docentes oficiales prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general.

Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la descentralización administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la carrera administrativa prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.”

En esa perspectiva, la Sección Segunda concluyó que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política pues, aunque el estatuto de profesionalización los define como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que, de carácter restrictivo, corresponden al concepto de empleado público. Lo anterior, en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación en la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado, así como por la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia para señalar que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos⁴⁵¹⁰.

Específicamente, la Sección Segunda fijó las siguientes reglas de unificación jurisprudencial:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

⁴⁵¹⁰ Esta postura ha sido reiterada en las siguientes sentencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 27 de septiembre de 2018, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 73001-23-33-000-2013-00414-01(1515-14). Sentencia de 31 de octubre de 2018, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 70001-23-33-000-2014-00116-01(4496-15). Sentencia de 7 de noviembre de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Radicado 44001-23-33-000-2013-00026-01(1778-15). Sentencia de 28 de noviembre de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Radicado 73001-23-33-000-2015-00131-01(1380-16). Sentencia de 14 de febrero de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Radicado 19001-23-33-000-2013-00078-01 (3498-16). Sentencia de 28 de marzo de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 68001-23-33-000-2016-00495-01(2804-18)

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la acusación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es impropio la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será **retrospectivo**, y por ende, aplicable de manera obligatoria los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.” (Negrilla en el texto original).

A partir de lo anterior, tras estudiar el caso concreto, la Sección Segunda revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, dispuso declarar la nulidad del oficio mediante el cual el Secretario de Educación y Cultura Departamental del Tolima le negó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas al demandante. Asimismo, a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006.

...

Este Tribunal agregó que en razón de las características del trabajo que desarrollan los docentes oficiales, es posible catalogarlos como empleados públicos, pues (i) pertenecen a la Rama Ejecutiva y cumplen dentro de ella tareas típicamente misionales respecto de las funciones que a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, les corresponde cumplir; (ii) según mandato expreso de la ley, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y, (iii) su vinculación se da mediante nombramiento, lo cual genera un relación reglamentaria y legal entre el docente y la administración.

En particular, las reglas que en esa providencia se fijaron respecto del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías de los docentes oficiales, fueron las siguientes:

- i. *Los miembros del magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado;*
- ii. *Los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria;*
- iii. *Los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006;*
- iv. *El propósito del Legislador al implementar la sanción moratoria fue incentivar el pago oportuno de las cesantías, el cual es una garantía de todos los trabajadores protegida por la Constitución, pues es una de las formas en las que se materializa el goce efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social;*
- v. *En virtud del principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 superior y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando exista duda entre dos interpretaciones posibles de una norma, toda autoridad judicial está obligada a aplicar la más favorable para el trabajador. En esa medida, la postura según la cual la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable a los docentes, es la única interpretación constitucionalmente válida.*
- vi. *desconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, de los cuales son titulares todos los trabajadores sin distinción alguna; (ii) contrarió el propósito del legislador dirigido a garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de la sanción moratoria para los trabajadores tanto del sector público como del privado, sin distinción; (iii) desconoció que el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes oficiales es la postura que mejor se adecuaba a los postulados constitucionales, porque se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes que les otorga un trato equivalente al de los*

empleados públicos; (iv) olvidó que en virtud del principio de favorabilidad en material laboral, se debe dar aplicación de la interpretación que resulte ser más beneficiosa para los docentes, en este caso, aplicarles el régimen general de los servidores públicos; y (v) condujo a la vulneración del derecho a la igualdad en las decisiones judiciales, al proferir sentencias contrarias en casos que se sustentan en los mismos supuestos fácticos.

51. Por último, en la Sentencia **SU-098 del 17 de octubre de 2018**⁴⁵¹¹, la Corte estudió una acción de tutela que se instauró contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, en primera instancia y, por la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en segunda instancia.

En este proceso el accionante pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial y por ello no son destinatarios de la norma que consagra la sanción moratoria.

A resolver el asunto, la Sala Plena consideró que las autoridades judiciales accionadas al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente. En efecto, los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución.

...

En consecuencia, la Sala Plena concluyó que los despachos judiciales accionados incurrieron en violación directa de la Constitución, pues desconocieron los principios de interpretación conforme a la Constitución y de favorabilidad en materia laboral consagrados en el artículo 53 superior, al negar el reconocimiento de la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, pues ante interpretaciones razonables sobre la norma que consagra esta prestación, eligieron la menos favorable para el docente.

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS
-----	------------------------	----------------	--------------------	-------------

⁴⁵¹¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo

3	Exp. T-7.182.312 y otros	6 de febrero de 2020	Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 041/2020 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
---	--------------------------	----------------------	-----------------------------------	--

5.1.4. En la Sentencia **SU-098 de 2018**⁴⁵¹², la Corte estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo -que no estaba afiliado al FOMAG-, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.184 Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Sala Plena consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión “dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (..) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”.

...

5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000.

...

De acuerdo con el criterio jurisprudencial adoptado y teniendo en cuenta el régimen anualizado establecido en la Ley 50 de 1990, en el evento en que se presenten varias anualidades de mora el salario base para su tasación es el del año de ocurrencia del retardo, remuneración que ya

⁴⁵¹² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo

está reajustada de acuerdo a los índices de precios al consumidor o al aumento que de determine el gobierno, según sea el caso.⁴⁵¹³

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
1	08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)	6 de agosto de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

111. 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 y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la Sección Segunda del Consejo de Estado, para señalar en cuanto a la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, las siguientes reglas jurisprudenciales:

- i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro d de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
2	76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014	24 de enero de 2019	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

- i) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año;

- ii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa de interés que, de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido el comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período.

...

45. La Corte Constitucional en la Sentencia **SU098/18**⁴⁵¹⁴, indicó que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.

⁴⁵¹³ Ver Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018

⁴⁵¹⁴ Expediente T-6.736.200. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

....

Así las cosas, aunque los jueces contencioso administrativos expusieron que la anterior normativa no era aplicable a los docentes del sector oficial porque se encuentran cobijados por un régimen especial, y que la norma remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, de lo cual concluyeron que estaban excluidos, **omitieron realizar una lectura de la norma en todo su contexto y a la luz de la interpretación que estuviera conforme a la Constitución.**

...

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, **ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes⁴⁵¹⁵ y para la adquisición construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda⁴⁵¹⁶.**

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, **una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.**

...

46. Así, la Corte Constitucional concluyó «[...] en este caso no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que **la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío**», de ahí que les sea aplicable «en su totalidad el contenido referente a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.» (Se resalta).

⁴⁵¹⁵ Ley 50 de 1990. “Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.
2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.
3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.

Parágrafo. El trabajador afiliado a un fondo de cesantías también podrá retirar las sumas abonadas por concepto de cesantías para destinarlas al pago de educación superior de sus hijos o dependientes, a través de las figuras de ahorro programado o seguro educativo, según su preferencia y capacidad

⁴⁵¹⁶ Código Sustantivo del Trabajo. “Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.
2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines (...).”.

Dos fuentes de financiación nutrirán al fondo. De un lado la Nación y las entidades territoriales deberán trasladarle las sumas, que de acuerdo con la liquidación de cuentas ordenadas por la ley resulten adeudar por causa de las prestaciones generadas y no exigibles con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

[...]

El esquema de cotizaciones de la Nación como empleadora y de los docentes como trabajadores es la segunda gran fuente de financiación del Fondo. A diferencia de la primera no se agotará por la cancelación de una suma previamente definida, sino que se reproducirá en el tiempo, a manera de contribución de tracto sucesivo, con la frecuencia con que sucedan los pagos de salarios, nóminas, pensiones y liquidaciones anuales de cesantías. La ponencia ha estudiado el esquema de cotizaciones comparándolo con el de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo del Congreso. Sí insiste en repetir que de este punto dependerá en mucho el equilibrio futuro del fondo. No hay duda que cualquier déficit deberá ser enjugado por el presupuesto nacional, para lo cual la única excusa válida será una honrada y eficiente administración del nuevo fondo, o por un incremento de aportes de afiliados y de la Nación. [...].» (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

51. De lo expuesto hasta este punto, se establece que tanto el Gobierno al presentar el proyecto de ley, como el Congreso al debatirlo, coincidieron en la finalidad de crear un patrimonio autónomo administrado por una entidad fiduciaria estatal que en términos del legislador permitiera «mantener el equilibrio del Fondo y delimitar las responsabilidades de cotización entre la Nación y los maestros», en aras de «conciliar los intereses nacionales con los de los educadores», a través de la implementación de una norma que definiera en forma clara, las responsabilidades en materia prestacional y replanteara los mecanismos financieros y administrativos que en aquella época existían para el pago de las obligaciones ya existentes, así como las futuras relacionadas con los docentes del sector oficial.

56. Ahora bien, de la lectura que se hace a la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, pareciera que la misma interpreta que los docentes son destinatarios de la sanción moratoria, pero con fundamento en el artículo 99 de Ley 50 de 1990 teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, al considerar que «aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución», de manera que, parte dicha interpretación del supuesto que los docentes oficiales no eran beneficiarios de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES

3	11001-0315-000-2018-03499-01	29 de julio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
---	------------------------------	---------------------	-------------------------------	--

Sin embargo, para esta subsección, el principio de la inescindibilidad normativa no se desconoce cuándo la intención es armonizar un régimen general con uno especial y establecer relaciones válidas de complementariedad entre uno y otro.

Traídas estas consideraciones al caso, la Sala, después de revisar la normativa atinente al régimen especial que la Subdirección B de la Sección Segunda de esta Corporación encontró aplicable a la accionante en materia de cesantías, no halla en ella norma alguna que establezca una sanción diferente pretendida por la accionante ante el comprobado incumplimiento de la obligación de consignar oportunamente sus cesantías, como tampoco percibe que de ser concedida esa pretensión se transgreda precepto legal alguno del régimen especial. Vale decir, que no se encuentra en el régimen especial disposición que excluya expresamente la aplicación de la sanción moratoria pretendida por la accionante, ni hay una norma que establezca consecuencias diferentes o contrarias a las que a manera de sanción moratoria prevén las disposiciones legales del régimen general.

Por lo tanto, se advierte que en este caso no se presentan antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
4	08001 23 33 000 2014 00173-01 (1688-16)	2 de diciembre de 2019	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

*“ Esto es, no se elige parte de su contenido, pues no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, en el **régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías (vacío normativo), mientras que el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.***

$$[\dots]$$

De conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección considera viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

				VALBUENA HERNÁNDEZ
--	--	--	--	-----------------------

Primer problema jurídico

¿Les asiste derecho a los docentes óciales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

...

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado¹⁵ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

...

Recientemente, en sentencia SU-332 de 2019 esa Corporación también concluyó que:

«[...] 52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. [...]» (Negrillas de la Sala)

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

...

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES

7	08001-23-33-000-2014-00132-01	12 de noviembre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
---	-------------------------------	-------------------------	-----------------------------	---

Primer problema jurídico

¿Les asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

...

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando «el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos.

Recientemente, en sentencia SU-332 de 2019⁴⁵¹⁷ esa Corporación también concluyó que:

«[...] 52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. [...]» (Negrillas de la Sala)

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
8	08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017)	17 de junio de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

⁴⁵¹⁷ Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

La condición de los docentes como servidores públicos fue reforzada jurisprudencialmente con la Corte Constitucional en la sentencias C – 741 de 2012⁴⁵¹⁸ y C – 486 de 2016⁴⁵¹⁹, en las que determinó que los docentes oficiales deben ser tenidos en cuenta como tales, no solo por denominación expresa del estatuto docente (Decreto 2277 de 1979) y por la ley general de educación (Ley 115 de 1994), sino porque hacen parte de la Rama Ejecutiva al cumplir una misión expresa dentro de las secretarías de educación territoriales.

En conclusión, las cesantías como prestación social reconocida a los servidores públicos, dentro de los que se encuentran los docentes oficiales, cuenta con unos términos perentorios, que de no ser cumplidos generan una sanción por mora en el pago oportuno, situación que le es aplicable al personal docente como servidores del Estado

3.8 Precisión final sobre la consignación de las cesantías.

Finalmente, teniendo en cuenta que no se tiene prueba de que se haya realizado la consignación de las cesantías correspondientes a los años 2001 y 2002 por parte del ente territorial a cargo de estas, se debe conminar al municipio de Sabanalarga⁴⁵²⁰ para que proceda a realizar la consignación en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la prestación causada por los mencionados periodos, teniendo en cuenta que como la relación laboral permanecía vigente al momento de la radicación de la demanda⁴⁵²¹, y a que las cesantías tienen el carácter imprescriptible⁴⁵²², por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
9	08001-23-33-000-2015-00331-01	17 de junio de 2021	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

Precisó que la causación de la sanción por mora es totalmente independiente a la prestación social. El nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago por parte del empleador dentro de los términos de ley. Sin embargo, ello no se confunde con la extensión de la penalidad en el tiempo, que sí está directamente asociada a que se efectúe la cancelación de la prestación social. El pago de las cesantías, ante la causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como sí ocurre con la prescripción una vez transcurridos los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

⁴⁵¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia de 26 de septiembre de 2012, en la que se declaró inexecutable el proyecto de ley 114 de 2009 Senado – 296 de 2010 Cámara. Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2°, literal a) de la Ley 91 de 1989.

⁴⁵¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia de 7 de septiembre de 2016, por medio de la cual se declaró inexecutable el artículo 89 de Ley 1769 de 2015, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016.

⁴⁵²⁰ Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 << la falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan>>

⁴⁵²¹ En la certificación visible a folio 245 se observa que, para la fecha de radicación de la demanda, aún permanecía vigente la relación laboral.

⁴⁵²² Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ-SII022-2020. Radicado: 08001 – 23 – 33 – 000 – 2013 – 00666 – 01 (0833 – 2016).

En el expediente no hay constancia de la consignación del auxilio de cesantías de los años 1997 a 2003 y aunque se allegan unos documentos para demostrar que el valor correspondiente a la anualidad 2003 fue consignada ante el Fomag, no se encuentra acreditada la fecha en que presuntamente se realizó dicha consignación⁴⁵²³.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
10	19001-23-33-000-2015-00445-02(0483-20)	4 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

(iii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 (lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales), se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
11	08001-23-33-000-2014-01127-01 (1002-2021)	25 de noviembre de 2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

26. Atendiendo la ausencia de prueba que acredite que la consignación de las cesantías correspondiente a las anualidades 2000 al 2003 fue realizada dentro de la oportunidad debida y encontrando que la actora goza del régimen de cesantías anualizadas como quiera que ha prestado sus servicios al Estado como docente oficial del orden territorial a partir del 30 de diciembre de 1999, en principio le asistiría el derecho a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 reclamada ante el incumplimiento de los términos de ley para la consignación de esa prestación en el respectivo fondo.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
12	40001-23-40-000-2017-00134-01 (2208-2020)	25 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bajo las anteriores consideraciones, para la Sala resulta claro que la demandante se encuentra cobijada por el sistema anualizado de cesantías, regulado por la Ley 344 de 1996 y el Decreto

⁴⁵²³ Folio 166 – 169 Se allegó un extracto del Fomag en el que se relacionan las cesantías e intereses de los años 2003 a 2011, sin embargo, no se señala puntualmente la fecha de la supuesta consignación de las cesantías del año 2003, ni se relaciona el comprobante de pago sobre la misma

1582 de 1998, y, por ende, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se hace extensiva a su situación particular, en los términos ampliamente explicados en las consideraciones que anteceden.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
13	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

«Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151.

...

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
14	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11 de noviembre de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

2. Problema jurídico

Con el fin de resolver los recursos de apelación planteados por las partes, le corresponde a la Sala absolver los siguientes cuestionamientos:

¿A los docentes oficiales les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la tardanza en la consignación en el Fondo de las cesantías anualizadas?

...

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que el hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política.

En el caso objeto de estudio se evidencia que existe una postura más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales, esto es, aquella que reconoce que este grupo de trabajadores del Estado tiene derecho a la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía.

A pesar de que los jueces adoptaron una postura razonable y se encuentra justificada desde el punto de vista legal, este entendimiento excluyó otra posible interpretación de la normativa general que consagra la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Esto, por cuanto el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000⁴⁵²⁴: [se transcribe la norma]

...

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.

Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros, viola el derecho a la igualdad.

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

Para la Sala, la anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se

⁴⁵²⁴ Cita propia del texto transcrito “. Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública”.

derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
15	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20 de enero de 2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Adicionalmente, el régimen anualizado que establece la Ley 50 de 1990 se extendió al sector público. Específicamente, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anualizado y sistema aplicable a las personas que se vincularan con el Estado con posterioridad a su entrada en vigencia. Por otra parte, el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1999.

Manifestó entonces que el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, se exige la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, toda vez que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación.

Aseveró que una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria se incurrirá en un trato desigual de los docentes frente a los trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación y en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores.

Aclaro además que esta interpretación no aplica de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que, dado que el régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, es decir un vacío normativo, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.

-De otra parte, la Sala de Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sentencia proferida el 18 de junio de 2018, se pronunció respecto de la aplicación de la Ley 1074 de 2006 a los docentes del sector oficial, con el fin de reiterar que los docentes oficiales tienen derecho al pago oportuno de las cesantías y también son beneficiarios de la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006⁴⁵²⁵.

Como puede observarse, la postura jurisprudencial vigente, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, está encaminada a la protección de las prestaciones salariales de los docentes oficiales, dada su condición de servidores públicos. En razón a ello se resalta que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías es posible concederla cuando se trate de docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4525 **“3.5 Reglas Jurisprudenciales que se dictan en la sentencia.**
3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público les es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.
3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de la Ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago (...)

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
16	080001-23-33-000- 2015-00075-01 (2660- 2020)	3 de marzo de 2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

...

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

...

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado¹⁵ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda.

Bajo ese entendido le correspondía al municipio de Sabanalarga demostrar que las cesantías correspondientes a los períodos 2001 y 2002 se hubieren consignando en la oportunidad legal en el fondo en el que la libelista se encontraba afiliada para ese entonces. Así mismo, al haber sido asumida por el sistema general de participaciones del departamento a partir del 1.º de enero de 2003, era deber del departamento del Atlántico probar que efectuó el depósito del auxilio correspondiente al año 2003 de manera oportuna.

ANTIOQUIA: CRA. 50 # 38-103 AV. PALACE EDIFICIO GUARDA SOL, LOCAL 109 • Tel: 322 0653 • Cel: 317 621 3524 - 310 433 2808 • MEDELLÍN, ARAUCA: CRA. 23 # 22-31 BARRIO LA ESPERANZA, CERCA A LA ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DE ARAUCA Cel: 317 682 7927 • ARAUCA, APARTADO: CRA. 99 # 96-35 C.C. APARTACENTRO OF. 221 • Cel: 310 429 3857 • APARTADO, ATLÁNTICO: CRA. 38B # 66-39 SEDE DEL SINDICATO DE EDUCADORES "ADEA" • Tel: (5) 317 7928 • Cel: 310 458 1625 - 310 458 1471 - 310 458 1708 • BARRANQUILLA, BOGOTÁ: CRA. 31A # 25A-26 BARRIO LA GRAN AMÉRICA, ENSEGUIDA DEL SINDICATO DE EDUCADORES "ADE" • Tel: (1) 695 3312 - (1) 712 4748 Cel: 317 383 0581 - 304 352 1597, BOGOTÁ ESMERALDA: CLL. 44 # 54-78 PISO 3 BARRIO LA ESMERALDA • Tel: (1)805 6620 Cel: 318 510 1768, BOLIVAR: CALLE DEL CUARTEL DEL FDO CASA DEL EDUCADOR # 36-32 "SUDEB" • Tel: (5) 664 0196 - 664 0187 • Cel: 314 776 2191 - 314 776 3466 - 314 778 4078 • CARTAGENA, BOYACÁ: CLL. 21 # 9 -62 PRIMER PISO, BAJANDO DEL EDIFICIO CAMOL Tel: (8)743 0366 Cel: 317 621 7957 • TUNJA, CALDAS: CLL. 22 # 23-23 LOCAL 1. EDIFICIO CONCHA LÓPEZ, ENSEGUIDA DE LA NOTARÍA SEGUNDA Tel: (6) 887 8708 Cel: 317 621 8044 • MANIZALES, CARTAGO: CLL. 10 # 4-57 C.C. SANTA ANA PLAZA, LOCAL 111 - 112 Tel: (2) 214 4102 Cel: 317 641 1311 • CARTAGO, CAQUETÁ: CRA.13 CLL. 13 ESQUINA BARRIO CENTRO JUNTO AL BANCO AGRARIO. LOCAL 1. Cel: 320 371 7053 - 318 321 8331 • FLORENCIA, CESAR: CLL. 15 # 11-37 BARRIO LOPEREVA • Cel: 317 383 0489 - 300 413 4204 VALLEDUPAR, CHOCÓ: CRA. 6 # 26-91 BARRIO ALAMEDA REYES LOCAL 2 • Tel: (4) 670 8226 Cel: 322 535 2430 QUIBDO, CÓRDOBA: CRA. 4 # 26-15 ESQUINA LOCAL 4, PRIMER PISO, DETRÁS DE LA GOBERNACIÓN. • Tel: (4) 784 3664 Cel: 312 831 0474 • MONTERÍA, PAKATATÁ: CLL. 8 # 2-58 DIAGONAL A SERVISALUD Tel: (1) 843 4877, GIRARDOT: CLL. 16 # 12-39 AL RESPALDO DEL HOTEL CONFACUNDI • Tel: (1) 835 4104, SOACHA: CLL. 13 # 5-97 LOCAL 205. C.C. TEQUENDAMA • Tel: (1) 900 3124, ZIPAQUIRÁ: CLL. 5 # 10A-47 BARRIO ALGARRA 1. FRENTE A LA CLÍNICA EL PARQUE • Tel: (1) 851 7630, GUAJIRÁ: CLL. 7 # 4-05 • Cel: 317 576 7473 - 318 562 8777 • RIOHACHA, HUILA: CLL. 7 # 6-27 LOCAL 105-106 PRIMER PISO, EDIFICIO CAJA AGRARIA • Tel: (8) 871 1118 Cel: 322 705 5130 - 322 706 1337 - 322 705 5138 - 322 706 0079 - 321 393 5130 - 317 666 9275 • NEIVA, MAGDALENA: CLL. 22 # 4-70 EDIFICIO GALAXIA, LOCALES 114 Y 115 • Tel: (5) 437 8986 Cel: 304 637 8833 - 304 242 7511 - 300 201 3843 - 301 336 2018 • SANTA MARTA, META: CRA. 26 # 35-09 PISO 4 EDIFICIO ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DEL META "ADEM" • Cel: 317 621 8002 • VILLAVICENCIO, NORTE DE SANTANDER: AV. 6TA # 12-60 CENTRO, ENSEGUIDA DE FOTO SERRANO Tel: (7) 583 2039 - 572 2676 • CÚCUTA, QUINDÍO: CRA. 13 # 15 NORTE -35 DIAGONAL AL RESTAURANTE LA FOGATA • Tel:(6) 749 7676 - 749 7777 • Cel: 316 409 3569 • ARMENIA, SANTANDER: CRA. 27 # 34-62 ENSEGUIDA DEL SINDICATO DE EDUCADORES "SES" • Tel: (7) 635 0400 • Cel: 317 621 8095 - 317 621 8096, OFICINA NO. 2: CRA. 27 # 34-44 "SES" PISO 6 • BUCARAMANGA, RISARALDA: CLL. 13 # 6-38 FRENTE AL SINDICATO DE EDUCADORES "SER" • Tel: (6) 333 2366 Cel: 318 409 3878 - 314 777 3965 • PEREIRA, SUCRE: CLL. 22 # 18-10 Local 101 CENTRO • Tel: (5) 271 4129 • Cel: 315 726 6992 • SINCELEJO, VALLE DEL CAUCA: CLL. 9 # 4 -39 OFICINA 101 - 104 • Tel: 881 1152 Cel: 317 567 2273 • CALL, ANTIGUOS TERRITORIOS NACIONALES: Guaviare, Guainía, Amazonas CRA. 26 # 35-09 PISO 4 EDIFICIO ASOCIACIÓN DE EDUCADORES DEL META "ADEM" - Cel. 314 880 3466 • VILLAVICENCIO.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
17	76001-23-33-000- 2013-00756-01 (2224-2020)	28 de abril de 2022	Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dra. SANDRA LISETH IBARRA

Según lo anterior, corresponde al Fomag liquidar y reconocer el auxilio de cesantías parciales o definitivas de los docentes oficiales afiliados, actividad que, en virtud de la «prestación descentralizada de los servicios» consagrada en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y de la delegación de que trata el artículo 9 ibídem, desarrolla a través de las secretarías de educación de los entes territoriales. Mientras que el pago de la prestación debe ser efectuado a través de la sociedad fiduciaria que administre los recursos del fondo, que en la actualidad es la Fiduprevisora SA.

En paralelo, correspondía a cada entidad territorial el reconocimiento de las cesantías del personal docente no afiliado al Fomag, situación que en términos del artículo 7 del Decreto 196 de 1995, hacía responsables del pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales causadas antes de su incorporación al Fondo. Más adelante, el Decreto 3752 de 20034 dispuso que los docentes del servicio público educativo vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberían ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma a partir de la cual el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas estuvo concentrado en esa entidad.

En los términos de la normativa citada en precedencia, los entes territoriales están obligados a afiliar a los docentes vinculados a su planta de personal al Fomag, incluso si se trata de nombramientos provisionales, so pena de responder por la totalidad de las correspondientes prestaciones sociales.

En todo caso, se tiene que los docentes vinculados a partir del 1º. de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que a partir de la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Conforme a la normativa trascrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo.

*En consecuencia, el demandante acierta parcialmente en sus argumentos de apelación, en la medida en que, por un lado, **no le era dable al Tribunal de instancia declarar probada una excepción formulada en una contestación de demanda presentada en forma extemporánea; y, por otro, sí le asiste derecho al pago de las cesantías anualizadas de 2003 a 2005, junto con sus intereses legales del 12%, conforme se explicó en precedencia. No obstante, la sanción moratoria por la falta de pago de esas cesantías prescribió, de acuerdo con el derrotero jurisprudencial expuesto.***

CONSEJO DE ESTADO				
No .	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES

18	080001-23-40-000-2017-00795-01 (2659-2020)	9 de mayo de 2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
----	--	-------------------	------------------------------------	--

*El primer aspecto a abordar consiste en determinar si la señora Osiris Yaneth Pacheco Rodríguez, en su condición de docente, es beneficiaria de la Ley 50 de 1990, en particular, del artículo 99, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción, cuando el empleador incurre en mora para la consignación de sus **cesantías liquidadas en forma anual**⁴⁵²⁶*

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado⁴⁵²⁷ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Esta corporación ha sostenido que la aplicación del criterio jurisprudencial vigente al momento de fallar determinado asunto no lesiona la confianza legítima ni la expectativa que le podría asistir a quien acude a la administración de justicia, pues, luego del nuevo análisis, se hacen primar otros derechos que merecen protección inmediata. En tal sentido se ha sostenido lo siguiente:⁴⁵²⁸

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política.⁴⁵²⁹

⁴⁵²⁶ Se resalta lo pertinente, comoquiera que el análisis de la Sala no comporta el reconocimiento de la sanción por mora en la consignación de **las cesantías definitivas** respecto de los docentes

⁴⁵²⁷ Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

⁴⁵²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01.

⁴⁵²⁹ Cita propia del texto transcrito «La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter **vinculante y obligatorio**. [Resalta del original]

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, **disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias**; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. [Se resalta]

El anterior lineamiento es consonante con las Sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, que reiteraron el carácter vinculante de la jurisprudencia de las altas Cortes y que las sentencias de unificación constituyen una nueva norma que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, porque se ocupan de la interpretación de la ley formalmente considerada con miras a su aplicación obligatoria, con ello se convierten en fuente viva del derecho y se materializan la igualdad, buena fe, seguridad jurídica y la garantía de la imparcialidad en las decisiones judiciales.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
19	47-001-23-33-000-2019-00359-01 (4004-2021)	19 de mayo de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

36. Lo anterior deja expuesto que, en condiciones normales, es decir, en aquellos eventos en los cuales se efectuó la afiliación del docente al FOMAG en su debida oportunidad, es éste a quien le corresponde asumir el pago de las prestaciones sociales del personal docente a él afiliado. Sin embargo, no puede pasar por alto la Sala que en el presente asunto y de acuerdo al material probatorio traído al proceso, el municipio de Plato – Magdalena no demostró que durante los años 1998 y 1999 afilió a la docente Mirta Cardozo de Arco al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y mucho menos, que realizó el traslado o consignación de los dineros correspondientes al auxilio de cesantías de la mencionada maestra durante los periodos recamados. Ante tal circunstancia, encontramos que de conformidad con el Decreto 196 de 199510 y el parágrafo del artículo 1 del Decreto 3752 de 200311, son las entidades territoriales las que tienen a su cargo esa función en los eventos en que no hayan afiliado a su personal docente al FOMAG, como es el caso bajo estudio. Según las citadas disposiciones, colige esta colegiatura que, con ocasión de la ausencia de afiliación de la docente al mencionado Fondo, el municipio de Plato – Magdalena es el que tenía a cargo la cancelación de las cesantías de los años 1998 y 1999, por lo que la responsabilidad de la referida afiliación recae únicamente en la administración territorial tal como lo declaró el Tribunal Administrativo del Magdalena en la sentencia recurrida.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
20	47-001-23-33-000-2019-00376-01 (4462-2021)	1 de julio de 2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

27. Conforme a la normativa trascrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990 que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías entes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
21	08-001-23-33-000-2015-00509-01 (2140-2020)	22 de agosto de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISETH IBARRA - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

Ahora bien, y teniendo en cuenta que la demandante sí tiene derecho a reclamar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías solicitadas, la Sala precisa que, de acuerdo con la regla jurisprudencial sentada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020 de la Sección Segunda de la Corporación, la reclamación debe presentarse dentro del término de tres años siguientes a la exigibilidad de la sanción moratoria, so pena de operar la prescripción de la misma.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
22	08-001-23-33-000-2015-90124-01 (2394-2020)	22 de septiembre de 2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISETH IBARRA - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

Visto lo anterior, se procederá a dilucidar si, tal como lo dispuso el Tribunal, la demandante realizó la reclamación de la sanción moratoria de forma extemporánea, operando así el fenómeno de la prescripción del derecho.

Se destaca que, de acuerdo con la regla jurisprudencial sentada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020 de la Sección Segunda de la Corporación, “En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción”.

En ese orden, del material probatorio avizorado en el plenario se encuentra acreditado que la actora elevó petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 7 de noviembre de 20144530; es decir, cuando ya había transcurrido el término trienal previsto en el artículo 151 CPT para la reclamación de la sanción causada por la mora en la consignación del auxilio de cesantías de los años 1997 a 2003, tal como a continuación se constata:

⁴⁵³⁰ Se toma esta fecha, en atención a que fue la primera reclamación que hizo la demandante ante las entidades enjuiciadas para que le reconocieran en pago de las cesantías anuales, los intereses a las cesantías y la sanción moratoria.

Anualidad de las cesantías	Exigibilidad de la sanción	Fecha a partir de la cual opera la prescripción	Fecha de la reclamación	Tiempo transcurrido entre la fecha de exigibilidad y la petición de sanción
1997	15/02/1998	15/02/2001	7/11/2014	13 años, 8 meses y 21 días
1998	15/02/1999	15/02/2002	7/11/2014	12 años, 8 meses y 21 días
1999	15/02/2000	15/02/2003	7/11/2014	11 años, 8 meses y 21 días
2000	15/02/2001	15/02/2004	7/11/2014	10 años, 8 meses y 21 días
2001	15/02/2002	15/02/2005	7/11/2014	9 años, 8 meses y 21 días
2002	15/02/2003	15/02/2006	7/11/2014	8 años, 8 meses y 21 días
2003	15/02/2004	15/02/2007	7/11/2014	7 años, 8 meses y 21 días

De acuerdo con lo anterior, como la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la demora en la consignación anual del auxilio de cesantías del último año reclamado se efectuó cuando ya habían transcurrido 7 años, 8 meses y 21 días desde la exigibilidad de dicha sanción frente a la anualidad de 2003, y de conformidad con lo señalado en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 proferida por la Sección Segunda de la Corporación del 25 de agosto de 2016, citada en párrafos anteriores, la Sala considera que respecto a aquel periodo y los causados con anterioridad, operó la prescripción del derecho, razón por la cual se debe declarar la excepción de prescripción extintiva del derecho formulada por el municipio de Sabanalarga, tal como lo dispuso el a quo.

Ahora bien, esta Subsección precisa que la sentencia de unificación citada en precedencia estableció que la causación de la sanción por mora es totalmente independiente a la prestación social; esto es, el nacimiento de dicha penalidad por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago por parte del empleador dentro de los términos de ley. No obstante, ello no se confunde con la extensión de la sanción en el tiempo, que sí está directamente asociada a que se efectúe la cancelación de la prestación social. El pago de las cesantías, ante la causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como sí ocurre con la prescripción una vez transcurridos los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
23	76-001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)	19 de enero de 2023	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

“Primer problema jurídico

¿Le asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de

sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

(...)

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte que, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

(...)

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación”.

De esta manera queda expuesta la línea jurisprudencial desarrollada, en torno al derecho de los docentes de aplicación del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Es claro, que en sentencias proferidas en los años 2006, inicialmente se sostuvo que pudiera pensarse que al aplicar la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a su vez el régimen especial de los docentes de la Ley 91 de 1989, generaría una violación al principio de inescindibilidad o conglobamiento, como lo encuentra expresando en su argumento la sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE el día 19/7/2023, que nos encontramos tutelando en esta oportunidad, PERO QUEDA CLARO QUE EL PRESENTE ASUNTO, no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que es contundente y preciso, e iterado por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, que en el régimen especial de mi mandante hay una ausencia de regulación, de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, existiendo lo que se ha denominado un vacío normativo o ANOMIA, mientras que el régimen general si se encuentra contemplado claramente. En este sentido podría aplicarse, de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío normativo, en donde es posible acudir al régimen general, lo que determina la aplicación a los docentes de la ley 50 de 1990, sin realizar una dificultosa interpretación normativa, en virtud del principio de igualdad y de favorabilidad como lo ha expuesto el H. Consejo de Estado.

De igual manera, al unísono todas las sentencias expedidas en los años 2021 y en el año 2022 por parte del Honorable Consejo de Estado en su sección Segunda, fue reiterativa en determinar que: “...sí bien la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, **esta excluye otra posible interpretación**, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el

numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es **«más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales»**, máxime cuando «el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos»

¿Qué significa la expresión: **“... que cualquier interpretación que se haya adoptado diferente para no reconocer la sanción por mora a las cesantías, diferente al principio de favorabilidad, está excluida de toda probabilidad de argumentación?”**

Pues Honorables Magistrados, que la conclusión a la que allegó el Tribunal Administrativo de Sucre, no se ajustan a la legalidad, ni a la normatividad que regula situación real de las cesantías de los docentes y menos de la situación de la persona que represento.

Miremos los argumentos de la sentencia tutelada del 19/7/2023:

1. Expresa el T.A.S. que no existe norma jurídica que así lo contemple.
2. Que no existe un precedente consolidado que obligue a acatarlo.

Honorables magistrados, obsérvese que en los argumentos expuestos por la sentencia tutelada expedida por el Tribunal Administrativo de Sucre el día 19/7/2023, **ya fueron superados por la legislación y por la jurisprudencia de la Sección segunda del H.C.E.** Queda claro lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en las ultimas 22 sentencias expedidas por este máximo órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo que la Ley 50 de 1990, **SI** se aplica a los docentes por disposición expresa de la ley 91 de 1989, 344 de 1996, los Decretos Nacionales 1582 de 1998, 1252 de 2000 y 3752 de 2003.

La obligación del traslado de **los recursos a las cesantías** que tenía el Gobierno Nacional, las entidades territoriales, las Cajas Departamentales y Nacional de Previsión, el Fondo Nacional del Ahorro a los docentes vinculados, YA FUESEN NANCIONALIZADOS, TERRITORIALES O NACIONALES, que se encontraban vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, al Fomag, NO ESTA EN DISCUSIÓN, pues como quedó demostrado fue la intención y la orden impartida desde la creación de la ley 91 de 1989. **En eso no existe discusión. El Fomag debía recibir esos recursos.**

La aplicación de las normas que tenían los docentes nacionales antes de la expedición de la ley 91 de 1989 en el ámbito de las cesantías, fue ordenada fuera aplicada (sic) a los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990. Es decir, que así como la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le giraba los recursos, como bien fue explicado al inicio de esta acción de tutela a los docentes nacionales al FONDO NACIONAL DEL AHORRO (FNA) desde el año de 1968 hasta el año el año de 1989, la manera como debía seguir actuando la NACION – MEN, tanto con los docentes Nacionales que estaban vinculados antes de 1989 y que seguían vinculados después de esta fecha, así como con los docentes que se vincularan por primera vez, después del 1 de enero de 1990, como docentes territoriales o nacionales (o de cualquier índole), era seguir trasladando los recursos de las cesantías que se causaran cada 15 de febrero de cada anualidad mientras el docentes tuviera su relación laboral con el MEN o una entidad territorial. **DE VERDAD ES SENCILLO HONORABLES MAGISTRADOS.**

CONSEJO DE ESTADO				
No.	RADICADO EXPEDIENTE	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES
5	08001-23-33-000-2014-00208-01	10 de junio de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

27. Adicional a ello, adujo que el hecho de presentarse una falta de previsión por parte del legislador, y de no contemplarse en la norma especial la aludida penalidad, no es óbice para que al sector docente se le otorgue un trato desigual en comparación con el resto de empleados cobijados por la Ley 50 de 199035, por lo que en virtud del derecho a la igualdad, el principio de favorabilidad y en atención al artículo 8 de la Ley 153 de 188736 resulta procedente por analogía, aplicar el conjunto normativo de las disposiciones que establecen la penalidad por retardo en la consignación de las cesantías.

49. Al respecto, cabe precisar que la sentencia CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016, dejó establecido que con antelación a ella, existían diversas posturas acerca de la aplicación de la prescripción en materia de sanción moratoria, entre las cuales, una de las tesis precisamente que se prohijaba consistía en que «la reclamación de la sanción moratoria surge desde el momento en que la obligación se hace exigible, entendiéndose como obligación la que el legislador impone al empleador de pagar la sanción cuando omite el deber de consignar las cesantías anualizadas en una fecha determinada, siendo así, la reclamación válidamente se puede realizar desde el momento mismo en que empieza a correr la mora», de manera que, la postura definida en la aludida sentencia unificadora devenía de tiempo atrás y en esa medida, se erigía como un criterio plausible y aplicable para el caso bajo estudio.

50. En ese orden, se establece que la declaración de la prescripción del derecho pretendido en el sub júdice en ningún momento desconoce el derecho de igualdad, acceso a la administración de justicia y a la seguridad jurídica de la parte accionante, si se tiene en cuenta que la sanción moratoria por su naturaleza penalizadora, necesariamente debe encontrarse sujeta al término prescriptivo, pues ninguna penalidad puede existir indefinidamente en el tiempo, posición que debe aplicarse de manera uniforme a todas las personas que en virtud de su inactividad injustificada en el tiempo para reclamar dicho apremio, deban asumir las consecuencias de la extinción del mismo”.

En este sentido, la ley, el Honorable Consejo de Estado de Estado y el propio Ministerio público al unísono, establecen la configuración de la necesidad que los recursos que le pertenecen a mi mandante de sus cesantías, debían ser trasladados al Fomag antes del 15 de febrero del año 2021, como fue solicitado en el libelo que contiene la demanda, criterio que fue contrariado por la sentencia tutelada.

[illegible]

Ahora bien, en aras de dejar clara la argumentación expuesta por las entidades demandadas y juez de primera instancia, en lo que respecta a la UNIDAD DE CAJA que posee el Fomag, se aclara que no hay que confundir la UNIDAD DE CAJA para el manejo de los recursos de la salud, las pensiones y las cesantías, CUANDO LOS RECURSOS YA SON CONSIGNADOS EFECTIVAMENTE a esta entidad, señalando que la UNIDAD DE CAJA existe entre los recursos del Ministerio de Educación y el Fomag, lo que no es cierto. Son 2 cosas diferentes.

El párrafo 3 del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, contempla:

“ Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros ”.

Esto quiere decir que una vez son recaudados todos los recursos con los que se financia el Fomag, de conformidad con el artículo 8 de la ley 91 de 1989, el fondo puede aplicar el PRINCIPIO DE UNIDAD DE CAJA, para el pago de sus prestaciones, PERO ESTO NO QUIERE DECIR QUE EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, no deba trasladar los recursos de las cesantías de los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, el 15 de febrero de cada anualidad al Fomag, pues esta actividad la realiza como patrono del docente y para eso fue que se creó el Fomag.

Una vez el Fomag, recibe los recursos tanto de salud y de las cesantías (el 15 de febrero de cada año) y de los aportes establecidos en el artículo 8 de la ley 91 de 1989, como ya se explicó, **AHÍ SÍ**, puede constituir con ellos una UNIDAD DE CAJA para el pago de las prestaciones que le sean solicitada cancelar y como bien lo explica, priorizar, de ser el caso el pago de las pensiones y los servicios de la salud que tiene a cargo.

Recuerde que el Fomag, lo que tiene a cargo son el pago de las cesantías parciales para compra o arreglo de vivienda, pago de hipotecas, estudio del docente o sus hijos, PERO UNA VEZ EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, traslade los recursos de las cesantías el 15 de febrero de cada año, como lo determinó la ley 91 de 1989, 344 de 1996, los Decretos Nacionales 1582 de 1998, 1252 de 2000 y 3752 de 2003 y bien lo ha interpretado la Sección Segunda del H.C. de Estado y la Honorable Corte Constitucional.

LOS ARGUMENTOS PARA SER TENIDOS EN EL FALLO TUTELADO EXPEDIDOS POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, NO REQUIEREN DE UNA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, SINO UNA CLARA APLICACIÓN DEL CONTENIDO DE LA LEY, LOS DECRETOS Y LA INTERPRETACION REGULARMENTE ACEPTADA POR EL H. CONSEJO DE ESTADO EN TORNO A LA MATERIA

El Tribunal Administrativo de Sucre puntualizó la diferencia entre las decisiones del Consejo de Estado y la decisión adoptada en la sentencia tutelada en esta oportunidad, (1) es que en la reglamentación de este beneficio (art. 13 de la ley 344 de 1996, se excluyó de manera expresa a los docentes, pues debían ser vinculados a nivel territorial y, (2) no está

afiliado a un fondo privado de cesantías, sin haber tenido en cuenta LAS MAS DE 22 SENTENCIAS EXPEDIDAS POR EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO Y RELACIONADAS PARA SU RECORDACION EN ESTA ACCION DE TUTELA, pues esa es una situación que ya fue superada por la jurisprudencia nacional.

Honorables magistrados en este punto específico de la decisión cuestionada, incurre respetuosamente la Sala de decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, en 3 errores, de orden legal en los cuales los supuestos facticos sobre los cuales se expiden las sentencias del Consejo de Estado.

En primer lugar, no es cierto que de la ley 344 de 1996, hubiera nacido la obligación de consignar las cesantías para los servidores públicos de nivel territorial, pues la misma lo que estableció es que hasta la fecha de promulgación de la misma, se respetaría el régimen de cesantías que cada empleado público del orden territorial tuviera, pero en nada adicionó la obligación que desde 1990 ya tenían todas la entidades públicas (incluyendo las territoriales) de consignar las cesantías a todos los empleados públicos al fondo al cual se encontraran afiliados al 15 de febrero de cada anualidad.

Expresar que en el caso de los docentes no se aplica la ley 50 de 1990, para efectos del reconocimiento de la sanción por mora, por cuanto tienen un régimen especial de cesantías, sin expresar cuál es su especialidad, es casi que “huir” de una justificación que no puede dar, pues es casi como expresar que aunque las cesantías no se consignen al fomag por parte del gobierno durante años y años y más años, nunca existiría para los docentes u derecho a reclamar que sus cesantías se encuentren consignadas a tiempo.

Osea que en virtud de lo contemplado por el T.A. de Sucre, **TODOS** los empleados públicos vinculados después de 1990, tienen una protección que sus cesantías sean consignadas al 15 de diciembre de cada anualidad tiempo, de lo contrario opera una sanción, **MENOS LOS DOCENTES** a quienes el patrono podría pasar años (más de 15 años si quiere) sin consignar sus cesantías en el fomag y no puede hacer nada el docente, sino esperar que de CARITATIVO cuando el MEN, considere o se apiade del docente, entonces proceder a cancelarlas en todo o en parte y sin que nada pase.

Pero lo que la jurisprudencia ha expresado claramente, es que tanto las cesantías y la sanción por mora prescriben a los 3 años después de su causación, lo que significaría entonces que cuando el docente solicite a los años su cancelación, incluso las primeras estarán prescritas, lo que sí desborda ya, buscar los límites de la indignidad laboral para el docente que represento, que solo se encuentra solicitando como servidora pública un trato en las mismas condiciones que el resto de empleados públicos del país.

Es que tener un régimen especial de cesantías, significa una protección adicional en el pago de las mismas o una cancelación adicional en su valor, pero reconoce incluso en el contenido de su decisión el propio T.A. de Sucre, que le fue demostrado que los intereses a las cesantías no solo se le pagan en fechas posteriores al resto de funcionarios del estado, sino en cuantía inferior al resto de servidores públicos del estado. Ahora que bajo el criterio de la decisión, se expresa que no existe sanción por la consignación de las cesantías al fomag, entonces cabría preguntarse, que protección especial tiene el docente cuando no se le consignan sus cesantías por su trabajo?

En segundo término, Honorables magistrados, entonces ¿cómo hace el Fomag (que posee un patrimonio independiente como cuenta especial de la Nación y que su administración la determina un Consejo Directivo) para cancelarle las cesantías al docente? ¿De donde obtiene su patrimonio para pagar las prestaciones de los docentes vinculados con anterioridad a 1989 y para pagar las prestaciones de los docentes vinculados con posterioridad a esta fecha?

Sería un exabrupto demandar al MEN, de un docente que no es afiliado al Fomag, ni a ningún fondo de cesantías, cuando como autoridad pública siquiera conoce la vinculación del docente ni que trabaja para esa entidad. No sabría el MEN a donde consignar las cesantías pues ningún fondo privado puede recibirlo y tampoco está afiliado al Fomag. Esa es la postura de la sentencia tutelada, no es posible.

Qué sentido tenía la creación del Fomag y **que en la propia ley de la creación del mismo,** se cambiara el régimen de liquidación de cesantías para los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, con el objetivo de descargar al Ministerio de Educación Nacional – como patrono – de esta fuerte carga prestacional que le generó pagar directamente las cesantías parciales y definitivas durante más de 40 años (ley 6ª. de 1945) y fuera el Fomag el encargado de pagar en adelante las cesantías parciales sin tener los recursos?

Y en tercer lugar, es un absurdo pretender hacer convencer a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que tiene el derecho a la sanción por mora a las cesantías un docente vinculado por una entidad territorial, **sin que la NACION se hubiese enterado y que no estuviese afiliado al Fomag**, cuando no se le han consignado las cesantías el 15 de febrero a esta entidad, creando una obligación a cargo del Ministerio de Educación, por encima de un derecho que precisamente le asiste a quien está afiliado a un fondo de cesantías, que debe recepcionar este recurso antes de esta fecha.

El artículo 4 de la ley 91 de 1989, estableció que los docentes que se vinculen con posterioridad al 1 de enero de 1990 al servicio educativo estatal, serán afiliados automáticamente al Fomag. ¿Honorables Magistrados y afiliarlos para que? Pues SENCILLO, para que el patrono se descargara del pago de las cesantías hacia el futuro y el docente “se entendiera en adelante” para el pago de sus cesantías con este fondo, pero previa la cancelación parte del patrono de las mismas al 15 de febrero de cada anualidad, como lo determinó el artículo 2 de la propia ley 91 de 1989.

Solo para evidenciar lo lejano a la realidad lo planteado por la decisión que hoy se tutela, la sentencia C-506/06, expedida por la Honorable Corte Constitucional, con Ponencia de la **Dra. CLARA INES VARGAS**, estableció claramente:

“ En efecto, la Ley 91 de 1989, refiere en su título a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y consta de 17 artículos, a los cuales se referirá brevemente la Corte con la finalidad de contextualizar la ley en estudio.

Los artículos 6 a 14, refieren i) a que el contrato de fiducia mercantil previsto en el artículo 3, habrá de prever un Consejo Directivo del Fondo, indicando para el efecto su conformación; ii) a las funciones del Consejo Directivo del Fondo, indicando su parágrafo que para el cumplimiento de sus funciones en relación con las entidades territoriales, considerará preferentemente recomendar o escoger los fondos prestacionales que vienen atendiendo a los docentes en el respectivo territorio, sin

perjuicio de otra alternativa; **iii) a los recursos por los cuales estará constituido dicho Fondo, dentro de los cuales se prevé las sumas que debe recibir de la Nación y las entidades territoriales por concepto de prestaciones sociales adeudadas, como los dineros que resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro.** El párrafo refiere a que en ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al indicado en el artículo 4, en concordancia con el artículo 2 de esta ley; **iv) al reconocimiento por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional de las prestaciones sociales que pagará el Fondo,** v) al tiempo para pagar al Fondo la deuda liquidada a cargo de la Nación que resulte de los convenios interadministrativos celebrados entre la Nación y las entidades territoriales, señalando un porcentaje; vi) a la emisión por la Nación de bonos educativos de valor constante, por el valor total de la deuda. Al igual señala como requisito de aprobación del Presupuesto Nacional, **que el Congreso exigirá la inclusión de las partidas que aseguren el pago oportuno de estas obligaciones, estableciendo responsabilidades disciplinaria y penal ante el retardo u obstaculización del pago;** vii) **a que para determinar las cuantías que los entes territoriales y la Nación deben depositar en el Fondo,** se efectuará un corte de cuentas en el que se determinará el monto de las prestaciones que cada uno adeude a los docentes en forma que establezca el valor total y no queden obligaciones pendientes; viii) **a la suscripción de convenios por la Nación y las entidades territoriales que acuerden la destinación directa por la Nación de sumas provenientes de transferencias con destino a las entes territoriales para cubrir la deuda que resulte a cargo de éstas a favor del Fondo;** y ix) a prohibir a la administración del Fondo acometer obras y emprender inversiones que comprometan la liquidez del mismo o impidan que con los recursos que maneje se puedan atender las solicitudes laborales a su cargo en forma oportuna.

(.....)

El punto No. 3, señala que las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, **que pasen al Fondo continuarán sujetas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.**

(...)

Ahora, acudiendo a los antecedentes legislativos de la ley parcialmente acusada identificada como proyecto de ley No. 49 de 1989, "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", su presentación por el Gobierno obedeció a la necesidad de "*solucionar definitivamente las indefiniciones y dificultades para atender de manera adecuada los derechos laborales de los docentes*". Así se observa cuando en la exposición de motivos a dicho proyecto de ley se adujo la interrelación de variables jurídicas, económicas y administrativas para consolidar una solución definitiva a la problemática correspondiente al pago de las prestaciones sociales de los docentes. Igualmente, se anotó que debía abordarse las situaciones acaecidas bajo los distintos regímenes prestacionales anteriores respetando las conquistas laborales y a la forma cómo se asumirán dichas obligaciones a partir de la entrada en vigencia de esta ley, que conllevó a la creación de un Fondo Especial que asumiera de manera eficiente y oportuna todas estas responsabilidades en materia salarial y prestacional. Al respecto, se indicó:

"Exposición de motivos

(....)

Diagnóstico de la situación

Como puede observarse la situación del magisterio en materia salarial y prestacional revestía un desorden y una complejidad enormes, donde las diferencias de remuneración alcanzaban extremos...Ante esta situación se vislumbra entonces la conveniencia de nacionalizar la educación...Se expide entonces la Ley 43 de 1975...No obstante la aparente claridad de lo dispuesto por la ley, se generaron interpretaciones encontradas sobre el régimen aplicable al periodo de 1976 y 1981, durante el cual la Nación y las entidades territoriales compartían el pago de las prestaciones del magisterio, según el proceso gradual de la participación de los costos ordenado en el artículo 3 o el tratamiento que debía darse a las diferencias del régimen prestacional entre la Nación y las entidades territoriales. La Nación asumió la prestación del servicio público de la educación primaria y secundaria, sin el cumplimiento del procedimiento previsto, lo cual ocasionó dificultades para realizar los pagos a los docentes y atender oportunamente las obligaciones prestacionales que ello implicaba.

Solución al problema

Con este proyecto pretendemos definir, de una vez por todas, las responsabilidades en material salarial y prestacional, y replantear los mecanismos financieros y administrativos vigentes para el pago de las obligaciones existentes y futuras. Con el ánimo de poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales del personal docente y administrativo oficial del país, de crear un mecanismo ágil y eficaz para efectuar tales pagos y de garantizar el buen manejo de los dineros recaudados a través de un Fondo Especial, el Gobierno pone en consideración el presente proyecto de ley...El proyecto contiene variables jurídicas, económicas y administrativos elementos sin cuya interrelación sería imposible consolidar la solución esperada. Jurídica y doctrinariamente se deberán mantener los regímenes que han sido reconocidos y legitimados en cada entidad territorial para aquellos docentes que fueron contratados bajo las circunstancias laborales anunciadas. Lo anterior conlleva a dejar en claro que a partir del 1 de enero de 1990, quienes se vinculen en calidad de docentes al sector educativo nacional estarán cobijados por el régimen establecido para los empleados nacionales. Para poder atender de manera eficiente y oportuna las prestaciones que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley y con el objeto de contar con un instrumento moderno, ágil y exclusivamente dedicado a esta tarea se propone la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con independencia patrimonial y contable, el cual serán manejado...".

En las ponencias para primer y segundo debate, se refirió a la necesidad de resolver las dificultades que se presentaban por la diversidad de regímenes prestacionales existentes, la falta de claridad que existía en relación con las cuantías que la Nación y entes territoriales debían aportar para cancelar los pasivos y la ausencia de un instrumento de unificación del sistema normativo que permitiera asumir el pago efectivo de las prestaciones sociales del magisterio.

Al respecto, se señaló:

"El Presidente Barco ha manifestado desde ante del inicio de su Gobierno, la seria intención de entrar a resolver el problema de la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio, de la falta de claridad relacionada con las cuantías que la

Nación y las entidades territoriales deben aportar para cancelar los pasivos exigibles y contingentes a su favor y de la ausencia de un instrumento que unifique el sistema normativo y se haga cargo de pagarle las prestaciones, las cesantías y de asumir los riesgos de salud y también los económicos. Además de otros aspectos, puede afirmarse que el proyecto consta de dos básicos: la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la definición de un régimen laboral único a partir del 1 de enero de 1990.

(....)

Finalmente, en la ponencia para segundo debate ante la Cámara de Representantes, se reiteró:

(....)

Del recuento de la exposición de motivos puede manifestarse que la presentación del proyecto de ley buscó establecer la claridad necesaria en cuanto a las responsabilidades en el pago de las prestaciones sociales de los docentes y en definir un régimen laboral único atendiendo la problemática que se presentaba por la diversidad de regímenes laborales existentes, la falta de claridad en las sumas que la Nación y entidades territoriales debían cancelar y la ausencia de un mecanismo efectivo que permitiera asumir dichas cargas prestacionales y unificara el sistema normativo; todo lo cual vino a generar la creación de un Fondo especial, como se vino a estipular en el mismo título de la ley.

Puede entonces señalarse que el eje temático de la ley 91 de 1989, estuvo enmarcado en la necesidad de aclarar de manera integral aspectos referidos a las obligaciones prestacionales para con los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales manteniendo la normatividad vigente respecto a las situaciones acaecidas en su momento y consecuentemente con la creación del Fondo unificando nacionalmente la administración del régimen prestacional de los docentes, **que asumiría en adelante la carga prestacional conforme a las obligaciones establecidas para los demás entes responsables.**

Con la creación de un Fondo especial además de regular los aspectos administrativos propios de dicho ente administrativo como los referidos a la naturaleza administrativa, órgano de dirección y funciones, entre otros, era también indispensable abordar como un desarrollo y puesta en marcha de dicho Fondo, las situaciones acaecidas bajo los diferentes regímenes prestacionales vigentes para dicho momento, como lo hizo el legislador a través de las normas demandadas al señalar la manera, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975, como la Nación y las entidades territoriales asumirían las obligaciones prestacionales para con el personal docente nacional y nacionalizado, causados hasta la fecha de la promulgación de la presente ley, y así mismo, indicar las disposiciones que habrán de regir a dicho personal partir de la vigencia de la Ley 91 de 1989 y con posterioridad al 1 de enero de 1990.

(....)

No se está consagrando con las expresiones acusadas condiciones más desfavorables a los docentes nacionales ya que como se ha expuesto los apartes demandados persiguen brindar la necesaria claridad sobre los regímenes que deben aplicarse a los docentes vinculados hasta la fecha de promulgación de la ley y quienes se vinculen con posterioridad a la misma. El legislador busca mantener las prestaciones

establecidas para los docentes vinculados y señalar las normas aplicables a quienes se vinculen a partir del 1 de enero de 1990. Tampoco debe olvidarse que el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el "*deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario)*".[27]

Lo anterior está en consonancia con los antecedentes legislativos de la ley en estudio ya que se pretendió mantener los regímenes establecidos hasta antes de la promulgación de la presente ley, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1989 y con posterioridad a esta fecha (entrada en vigencia de la presente ley) unificar sólo en determinadas materias el régimen laboral de los docentes". (Negrillas y subrayado al copiado)

No resulta cierto entonces, que la sanción por mora establecida en la ley 50 de 1990, solo opera para los docentes que no se han afiliado al Fomag, y que por eso no existe PRESUPUESTOS IDENTICOS entre las sentencias proferidas por el Honorable Consejo de Estado y las pretensiones que fueron negadas por parte del Tribunal Administrativo de Sucre el 19/7/2023, pues para poder generar la obligación de consignar por parte de un deudor, es necesario que este conozca exactamente donde, a quien y cuando pagar, circunstancia que no podría realizar el MEN, si previamente no conoce sí el docente se encuentra o no afiliado al Fomag.

Si un docente no se encuentra afiliado al Fomag, ¿cómo podría saber el MEN, a donde consignaría las cesantías? Ahora bien, expresar eso, es tanto como permitir que las entidades territoriales vincularan docentes sin autorización de la NACION -MEN y luego culpar al MEN de la no cancelación de las cesantías, cuando esto le fue expresamente prohibido desde la expedición del artículo 6 de la ley 60 de 1993, que fue contundente en expresar:

"... Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. **El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio** y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por **concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las**

entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

No puede vincularse ningún docente al magisterio por fuera de las plantas de personal que fueron aprobadas desde 1993, momento en que se descentralizó la educación en el sector educativo, sin que previamente estuviera autorizado por la Nación, pues precisamente existía una vinculación automática al Fomag, para que fueran trasladados las cesantías anualizadas, decretadas de manera anual por la ley 91 de 1989, a todos los docentes, como es el caso de la tutelante, vinculados después del 1 de enero de 1990.

1. Continúa expresando la sentencia tutelada, en pag. 29, que:

*“Se itera, que, aunque el legislador generalizó el sistema anualizado para la liquidación de las cesantías, su voluntad también se dirigió a distinguir a través de diferentes regímenes: el trámite, la forma, los plazos y los administradores de los recursos de uno y otro trabajador (docente vs particular y servidor público del nivel territorial afiliado a un fondo privado). **Y, es por esa legal categorización que para la Sala no resulta adecuado exigir al empleador docente cumplir con una obligación que no se incluyó en el compendio normativo sobre el cual debe orientar su funcionamiento** (consignar las cesantías y cancelar los intereses antes del 15 de febrero y del 31 de enero de cada año, respectivamente).”*

Honorables Magistrados, **a uno por uno de las categorías de los docentes oficiales**, se les fue dando una solución legal para el pago por parte del MEN de las cesantías al fomag, como se explicó ampliamente en esta acción de tutela, (1) sin importar que fuese nacional, nacionalizado, territorial, cofinanciado o (2) sin importar sí el docente fue vinculado antes de 1980, entre 1980 y 1989 o que fuese vinculado con posterioridad a mencionada fecha o (3) que estuviera afiliado a una caja de previsión territorial o nacional, al FNA, a una entidad territorial o a la Nación, PERO LO UNICO QUE DEJO CLARO la ley, fue la obligación del patrono de trasladar los recursos de las cesantías que se hubiesen causado por el trabajo del docente al fomag.

El compendio normativo que existe sobre la obligación que tiene el MEN, para el caso específico de mi mandante, que fue vinculada después del 1 de enero de 1990, es bastante copioso como hemos explicado en esta acción de tutela. No es cierto que no existe normatividad sobre el particular. Expresar eso sin tener en cuenta la evolución normativa y el avance jurisprudencial que sobre la materia se ha expedido es desconocer que la intención que tuvo la ley 91 de 1989, fue de descargar la obligación del patrono hacia el futuro y evitar la carga salarial y prestacional que tenían los patronos antes de su expedición.

Expresiones de la sentencia, manifestando que no le asiste el derecho a la sanción por mora para mi mandante, por cuanto los docentes no poseen cuentas individuales, es una circunstancia que no resulta cierta, pues lo controvertido es la NO consignación de las cesantías antes del 15 de febrero del año 2021 a mi mandante en el fomag por parte del MEN, independientemente de lo que suceda con posterioridad a esa consignación, o la manera como manejen los fondos en cuentas individuales o globales por parte del fomag, que efectúen ejercicios contables de unidad de caja o de cuentas individuales, PUES LO

IMPORTANTE resulta sin lugar a dudas es que el docente posea la consignación de las cesantías en el momento establecido en la ley. (15 de febrero de 2021).

PRECEDENTES JUDICIALES DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DEL PAÍS, QUE RECONOCEN EL DERECHO A LA SANCIÓN POR MORA A DOCENTES VINCULADOS DESPUES DEL 1 DE ENERO DE 1990, POR LA FALTA DE CONSIGNACIÓN POR PARTE DEL PATRONO – MEN – EL 15 DE FEBRERO DEL AÑO 2021 AL FOMAG Y QUE CORRESPONDEN A SU LABOR COMO MAESTRO OFICIAL EN EL AÑO 2020

En caso similar el Honorable Tribunal Administrativo de Sucre, en providencia del 21 de julio de 2022, teniendo como Magistrado ponente: Doctor Andrés Medina Pineda, Radicación: No.70001-23-33-000-02018-00097-00, Demandado: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG, adoptó la teoría que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones contenida en la ley 50 de 1990, así:

“ Pues bien, tal como se señaló en líneas anteriores, en virtud del principio de favorabilidad al que ha hecho referencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la demandante tiene derecho a que se aplique lo contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998; es decir, la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías anualizadas contemplada en los artículos 99, 102, 104 y subsiguientes de la Ley 50 de 1990, ya que no existen pruebas que permitan establecer la consignación oportuna de las mismas; es decir, antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación”.

Es claro, como lo determinó el H.C. de Estado

El Tribunal Administrativo de Boyaca, en sentencia expedida el 24 de enero de 2023, teniendo como M.P. Dr. JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO, Rad. No. 15001-3333-007-2019-00046-01 , Demandante: Docente Mariela Aurora García García, Demandado: NACION – MEN – FOMAG Y Municipio de Sora, se contempló:

“ ... Tesis argumentativa propuesta por la Sala

39. La Sala confirmará la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que en virtud de las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y el Decreto 196 de 1995, correspondía a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar las cesantías parciales correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 a la señora **MARIELA AURORA GARCÍA GARCÍA** y luego adelantar los trámites administrativos ante el Municipio de Sora, a efectos de recobrar el valor de tales cesantías.

40. Lo anterior, en atención a que era obligación de la entidad territorial la incorporación o afiliación de la demandante al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** desde el momento de su vinculación al servicio docente y en su condición de entidad nominadora, le correspondía el pago de las cesantías pretendidas, a través del mencionado fondo, siendo esta una obligación de origen legal y para su cumplimiento no se requiere la existencia de un convenio interadministrativo.

41. Por otro lado, según lo dispuesto en la Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, dictada por la **Sección Segunda del Consejo de Estado**, las cesantías reclamadas en el presente asunto tienen el carácter de imprescriptibles, teniendo en cuenta que la accionante realizó la reclamación administrativa cuando la relación laboral aún se encontraba vigente.

42. No obstante, no ocurre lo mismo con la sanción moratoria reclamada, pues en la misma Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, la cual fue aclarada mediante providencia del 6 de agosto de 2020, se estableció que la penalidad no es accesoria a la prestación social y al pertenecer al derecho sancionador debía estar sujeta al término prescriptivo del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece a cargo del titular del derecho la obligación de efectuar el reclamo dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad so pena de verse afectado por la prescripción, deber que no fue llevado a cabo en debida oportunidad por la demandante en el presente asunto”.

Es claro que en el presente asunto que fue fallado por el T.A. de Boyacá, las pretensiones respecto al pago de la sanción por mora que reclama el docente, se encuentran prescritas, pues está solicitando el pago de una sanción por mora el 30 de agosto de 2018, que corresponden a unas cesantías que no fueron canceladas oportunamente en los años 1995, habiendo transcurrido más de 13 años para realizar la reclamación, circunstancia en la que se encuentra razón del Tribunal y es claro.

Lo importante de la decisión, obedece a la ratificación de la obligación que tiene a su cargo el patrono del docente reclamante en el asunto debatido de haber efectuado el pago de las cesantías el 15 de febrero de esos años en el fomag, por encontrarse vinculada con posterioridad al 1 de enero de 1990 al sector educativo. Incluso el Tribunal en comento, establece la obligación del fomag de pagar las mismas al docente y proceder al recobro de las mismas al patrono.

Honorables magistrados, si se observa la conducta del fomag en el presente asunto, es contraria la verdadera actitud que debería tener, antes que exigirle a la Nación – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL el pago de las cesantías del docente demandante antes del 15 de febrero de 2021, lo que ha hecho es defender a ULTRANSA la falta de pago, coadyuvada ahora por la sentencia tutelada que llevara al docente solicitante a no tener mecanismo legal para el reclamo de sus derechos, pues ahora resulta que no puede nada que hacer si el patrono no consigna sus cesantías en el fomag.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 31 de mayo del año 2019, Demandante: Docente Beatriz Diáfara Caicedo, Demandado: NACION – MEN – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Rad. No. 76-001-23-33-000-2013-00734-00, determinó que:

“.... En lo que atañe a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías conforme lo establece la Ley 50 de 1990, la misma sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal, tal como lo aclaró el Tribunal de Cierre de esta Jurisdicción en la sentencia de unificación, y en razón a ello se tiene que para las cesantías del año 2003 la interesada ha debido elevar la reclamación en el 2007, respecto de las cesantías del 2004 debió solicitarse la sanción moratoria hasta el año 2008, y frente a las cesantías del año 2005 debió pedirse la sanción en el 2009, pero contrario a ello la petición se realizó el 30 de diciembre de 2010, motivo por el cual se negará el reconocimiento de la referida sanción moratoria”.

Si bien en el presente asunto, operó el fenómeno jurídico de la prescripción, por haberse demorado el docente en reclamar esta prestación, más de 3 años, es claro el T.A. del Valle del Cauca, reconoce en el asunto, que tratandose se docentes oficiales es aplicable la ley 50 de 1990, solo que el docente oficial, solo se enteró que no se le habían cancelado las cesantías cuando transcurrieron más de tres (a) años. La necesidad que el

FOMAG, se encuentre financiado depende del patrono, a quien se le otorgó la posibilidad de descargarse se esa obligación, situación que se debía concretar con el destino de las cesantías para sus empleados el 15 de febrero de cada anualidad el 15 de febrero del año 2021, como fue solicitado en la demanda pero que fue desconocida por la sentencia tutelada.

PRECEDENTES JUDICIALES DE JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL PAÍS EN LOS AÑOS 2022 Y 2023, QUE RECONOCEN EL DERECHO A LA SANCIÓN POR MORA A DOCENTES VINCULADOS DESPUES DEL 1 DE ENERO DE 1990, POR LA FALTA DE CONSIGNACIÓN POR PARTE DEL PATRONO – MEN – EL 15 DE FEBRERO DEL AÑO 2021 AL FOMAG Y QUE CORRESPONDEN A SU LABOR COMO MAESTRO OFICIAL EN EL AÑO 2020

1. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pereira, en sentencia expedida el 23 de junio de 2022, en el exp. Rad. No. 66001-33-33-001-2022-00020-00, **Demandante:** Docente John Jader Oyola Osorio **Demandado:** NACION – MEN, determinó:

“ En suma, el órgano de cierre de esta jurisdicción en diferentes decisiones ha considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales, las previsiones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

(....)

En ese orden de ideas, este Despacho adopta idéntica postura a la planteada por el honorable Consejo de Estado, la cual a su vez hace eco de la sentencia de unificación dictada por la honorable Corte Constitucional y en ese sentido, estima que para el caso concreto, deberá estudiarse la mora reclamada en los términos de la Ley 50 de 1990.

(....)

Ese orden de ideas, se causó la sanción moratoria en favor de la parte demandante, equivalente a un día de salario por cada día de mora en la consignación de las cesantías e intereses a las cesantías, desde el 15 de febrero de 2021 hasta el 30 de marzo de la misma anualidad en lo relativo a los intereses a las cesantías, y para las cesantías propiamente dichas, desde el 15 de febrero de 2021 hasta la fecha en que se registre la consignación.

2. En sentencia proferida el 9 de septiembre de 2002, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en el expediente rad. No. 70001-33-33-002-2022-00115-00, **Demandante:** Docente Eladio Segundo Terán Tovar. **Demandado:** NACION – MEN, estableció:

“Es decir que los docentes oficiales, en virtud del principio de favorabilidad se les aplica la ley 50 de 1990, toda vez que son trabajadores oficiales.

(...)

En caso similar el Honorable Tribunal Administrativo de Sucre¹, en providencia del 21 de julio de 2022, tomo la teoría que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones contenida en la ley 50 de 1990, así:

Pues bien, tal como se señaló en líneas anteriores, en virtud del principio de favorabilidad al que ha hecho referencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la demandante tiene derecho a que se aplique lo contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998; es decir, la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías anualizadas contemplada en los artículos 99, 102, 104 y subsiguientes de la Ley 50 de 1990, ya que no existen pruebas que permitan establecer la consignación oportuna de las mismas; es decir, antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación.

(....)

III. SINTESIS.

Esta Unidad no accederá a las pretensiones de la demanda referente a la indexación e indemnización por el pago tardío del interés de cesantía, y accederá a la pretensión de la sanción moratoria, por la no consignación de las cesantías de la parte demandante antes del 15 de febrero de 2021, teniendo en cuenta que no se probó por parte de las entidades demandada la consignación de la prestación, así mismo, no hay otra afirmación diferente a que la parte demandada no está acogiendo la tesis tomada por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso- Administrativo Sección Segunda, Subsección A, el nueve (9) de mayo de dos mil veintidós (2022) Radicación: 08001-23-33-000-2017-00795-01 (2659-2020).

3. Así mismo el JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN, el veintiuno (21) de septiembre de 2022, en exp. No. 05001-33-33-019-2022-00085-00, Demandante: Docente JOSÉ ALEXÁNDER ESTRADA VILLA Demandado: NACION – MEN, señaló:

“... Así entonces, se concluye que en virtud del desarrollo jurisprudencial que gobierna la materia, es procedente dar aplicación del criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional y ordinario para resolver los litigios como el presente, en el que se solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se advierte que la parte demandante solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de sus cesantías correspondientes al año 2020 en el FOMAG antes del 15 de febrero de 2021, así como la indemnización por el no pago de los intereses causados por las mismas antes del 31 de enero de 2021.

De acuerdo al plenario, está demostrado por prueba directa o porque las partes lo aceptaron como cierto, los siguientes supuestos fácticos:

i. Es indiscutible que la parte demandante es docente oficial, con fuentes de recursos “del presupuesto nacional”. Lo anterior, conforme se desprende de la información contenida en el Formato de Extracto de Intereses a las Cesantías del FOMAG, aportado por la parte actora, mismo que no fue desconocido o tachado de falso por la contraparte (arch. 02, pág. 66, exp. virtual).

ii. También se tiene demostrado que la parte demandante fue vinculada al servicio docente después del 01 de enero de 1990, pues así lo afirmó la parte actora en su escrito de demanda y esta afirmación no fue desvirtuada por la parte demandada.

iii. También está acreditado que el FOMAG ha venido cancelando las cesantías hasta el año 2020, según consta en el extracto aportado (arch. 02, pág. 66, exp. virtual).

(....)

Con base en lo probado, y de la información que se extrae del escrito de demanda, se advierte que la parte demandante es docente oficial, amparada por el régimen anualizado de cesantías, regulado por la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

(....)

Lo anterior significa que las cesantías anualizadas se causan con corte al 31 de diciembre de cada año, se liquidan con base en el salario devengado en ese año y se consignan en el fondo administrador de cesantías – en este caso el FOMAG- antes del 15 de febrero del año siguiente, y la mora como tal se produce ante el desconocimiento de esa fecha. Por ende, si a partir de allí surge la obligación denominada “indemnización por mora”, es el salario que el empleado devenga al momento en que surge la mora el que ha de tenerse como base para la liquidación de la indemnización.

4. Reiteró el Juzgado 2do. Administrativo del Circuito de Buga, Rad. No. 76-001-33-33-002-2022-00095-00, en sentencia del 27 de septiembre de 2022, Demandante: CARLOS ULPIANO PLAZA ROMERO, **Demandado:** NACION – MEN, que:

“ Una vez realizado el anterior recuento probatorio, se reafirma que lo que persigue la demandante con el presente medio de control, es el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales, junto con la indemnización generada por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, correspondientes al año 2020.

Así entonces, siguiendo la jurisprudencia constitucional de unificación acogida por el Consejo de Estado y que fue analizada al comienzo de estas consideraciones, y como quiera que se encuentra demostrado con las pruebas enlistadas en precedencia, que la demandante es docente oficial vinculada al servicio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, lo que la hace beneficiaria del régimen anualizado de cesantías conforme lo establece el literal b), numeral 3, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto establece que los educadores que ingresaran a partir del 01 de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, y que además previó la liquidación de las cesantías en forma anualizada.

Hecho que permitiría colegir sin mayores dificultades, que conforme con la Ley 50 de 1990, la fecha límite para el pago de las cesantías de la demandante correspondientes a la anualidad 2020, correspondió al 14 de febrero de 2021.

(....)

Situación que permite tener por acreditado que la parte demandada incurrió en mora en la consignación de las cesantías de la demandante correspondientes al año 2020, y con ello devino la consecuente materialización de la sanción moratoria que aquí se reclama, la que se reconocerá conforme con los postulados del artículo 99 de Ley 50 de 1990, desde el 15 de febrero de 2021 y hasta que tenga lugar su efectiva consignación.

5. El Juzgado 3ero Administrativo del Circuito de Buga, en providencia del veintiocho (28) de septiembre de 2022, Radicado: 76111-33-33-003 – 2022-00066-00, **Demandante:** Docente ROSA ZOHE RIVAS QUEVEDO, expresó:

“ Si bien en pasadas ocasiones el mismo Consejo de Estado y la Corte Constitucional habían sostenido la tesis de que los docentes oficiales, servidores públicos en toda regla, no estaban amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los

empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello era «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989», sin embargo, se itera, luego, por vía de acción de tutela, ambos órganos de cierre consideraron que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

(....)

Como puede observarse, la postura jurisprudencial vigente, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, está encaminada a la protección de las prestaciones salariales de los docentes oficiales, dada su condición de servidores públicos. En razón a ello se resalta que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías es posible concederla cuando se trate de docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así, este Juzgado considera viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en la jurisprudencia de unificación de las Altas Cortes para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de manera que para los educadores, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

6. En una decisión acorde con lo expresado por el H.C.E., de manera reiterativa, el Juzgado 2do. Administrativo del Circuito de Bucaramanga, el 28 de septiembre del año 2022, Radicado: 680013333002202200065-00, **Demandante:** Docente FREDY RAMÍREZ BLANCO Demandados: NACIO – MEN, fue determinante en puntualizar:

“ d. Respecto de las cesantías correspondientes al año 2020, el FOMAG afirma que la parte demandante, en su calidad de docente, pertenece a un régimen especial con un procedimiento claro donde no existe consignación anual de cesantías antes del 15 de febrero como lo pretende la parte demandante, ratificando que los docentes oficiales debían petitionar para el reconocimiento y pago de sus cesantías, sin que fuese aportada prueba alguna de la consignación por parte de dicha entidad a la fecha. No obstante, el Despacho considera que para asumir de manera integral la teleología de la sentencia de unificación SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, es necesario comprender que, por virtud del principio de igualdad (art. 13 C.P.) los docentes como destinatarios de los mandatos de la Ley 50 de 1990, también tienen derecho a que las cesantías se incorporen a su patrimonio a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a aquél en su fueron causadas. Sin importar, desde luego, los trámites y la naturaleza jurídica del Fondo, pues en realidad y de verdad, si como lo ha venido pregonando la entidad accionada, los recursos que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un principio, se incorporan al FOMAG, solo tiempo después son destinados a cada uno de los docentes. Lo cual, no corresponde a la interpretación que, con autoridad ha hecho el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia de unificación.

(....)

Así las cosas, siendo esta Despacho respetuoso del precedente jurisprudencial antes citado, acoge la tesis de la parte demandante, y en ese sentido concluye que, en virtud del principio de favorabilidad laboral, derivado del artículo 53 Constitucional, al pertenecer al régimen anualizado de cesantías, resulta acreedora la parte demandante a la sanción moratoria prevista en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y Decreto 1582 de 1998.

Lo anterior significa que las cesantías anualizadas que se causan con corte al 31 de diciembre de cada año, deben liquidarse con base en el salario devengado en ese año y consignarse en el fondo administrador de cesantías – en este caso el FOMAG- antes del 15 de febrero del año siguiente, y, la mora como tal se produce ante el desconocimiento de esa fecha y la consignación en fecha posterior. Por ende, si a partir de ese día surge la obligación denominada “sanción por mora”, la cual, es liquidada con base en el salario que el docente devenga al momento en que surge la mora.

7. EL JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA. septiembre treinta (30) de dos mil veintidós (2022), Referencia: Rad. 680013333009-2022-00109-00, **Demandante:** LAURA BERMUDEZ PRADA Demandados: Nación–MEN, concretó:

“ Por consiguiente, la vinculación de la demandante como docente oficial con posterioridad a 1990, le hace aplicable el literal b del art. 15 de la ley 91 de 1989, según el cual “Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro”. Siendo una de ellas la Ley 344 de 1996 que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró un sistema de liquidación anualizado de cesantías para las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, la cual fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

Aunado a la interpretación favorable de la Corte Constitucional, por pertenecer la demandante al régimen anualizado de cesantías, mediante la cual se hace extensible a la demandante la sanción moratoria que consagra el numeral 3 del art. 99 de la Ley 50 de 1990, que tiene lugar si no se consignan a favor del trabajador público las cesantías causadas, antes del 15 de febrero del año siguiente.

8. En sintonía con los demás despachos judiciales de Colombia, el juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Quibdo, el 6 de octubre de 2022, Radicado: 27001-33-33-002-2022-00072-00, Demandante: MABEL OBREGON AGUIRRE, dispuso:

“ ... Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos

(....)

Bajo el anterior derrotero, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

9. Muy importante el estudio realizado por el Juzgado 5to. Adtivo del Circuito de Quibdo, que en decisión del 25 de octubre de 2022, Radicado: 27001-33-33-005-2022-00122-00, **Docente Demandante: JULIANNE AMUD IBARGUEN**
Demandados: Nación–Ministerio de Educación Nacional, prefijo:

“ De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

(....)

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando «el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos

(....)

Bajo el anterior derrotero, el despacho considera viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Y por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda.

2. ¿Se encuentra acreditada en el sub lite la causación de la sanción moratoria respecto de las cesantías anualizadas causadas en el año 2020?

Al respecto, el despacho sostendrá la siguiente tesis: se acreditó la causación de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 respecto del auxilio de cesantías de la demandante en el año 2020, comoquiera que demostró los supuestos fácticos para ser beneficiaria de la sanción moratoria que reclama. Ahora bien, de conformidad con los elementos probatorios que obran en el plenario, y a la luz de la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, la sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías reclamada en el sub lite no se encuentra prescrita.

10. Desde la Jurisdicción del Valle del Cauca, el Juzgado 2do. Administrativo del Circuito de Buga, el 16 de noviembre de 2022, Radicado: 76-147-33-33-002-2022-00008-00, fue contudente en resolver el derecho a la sanción por mora de un docente a quien no les consignaron sus cesantías el 15 de febrero de 2021, de su trabajo como docente en el año 2020, así:

“... Pues bien, contrario a la tesis de la parte pasiva de esta Litis, este Despacho seguirá la jurisprudencia de unificación proferida por la Corte Constitucional y acogida por el Consejo de Estado la cual fue objeto de análisis al comienzo de estas consideraciones, aplicando el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por resultar más favorable a los derechos de los trabajadores.

En el caso bajo estudio se encuentra demostrado que la parte demandante es docente oficial vinculado al servicio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, tal como se puede concluir del extracto de intereses a las cesantías expedido por el Fomag; por lo que se colige que sería beneficiario del régimen anualizado de cesantías, conforme lo establece el literal b), numeral 3, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, normativa que establece que los educadores que ingresaran a partir del 01 de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, y que además previó la liquidación de las cesantías en forma anualizada.

Lo antepuesto permitiría colegir sin mayores dificultades, que conforme con la Ley 50 de 1990, la fecha límite para el pago de las cesantías del demandante correspondientes a la anualidad 2020, correspondió al 14 de febrero de 2021, pues pese a que el régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989 no prevea ni fecha de consignación de las cesantías como tampoco sanción alguna, esto no es óbice para aplicar la primera de las normas, por resultar más favorable al trabajador a la luz del artículo 53 Constitucional, tal como lo dijo la Sentencia SU-098 de 2018.

En este orden de ideas, en lo relacionado con la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías, resulta necesario precisar que no obra prueba en el plenario con la que se haya acreditado la fecha en que tuvo lugar la consignación de las cesantías del demandante correspondientes al año 2020.

(....)

Como contrargumento pudiera pensarse que al aplicar la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a su vez el régimen especial de los decentes, generaría una violación al principio de inescindibilidad o conglobamiento, sin embargo esta tesis no estaría llamada a prosperar pues en este caso no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, en el régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías (vacío normativo), mientras que el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío normativo, en donde es posible acudir al régimen general.

Conforme a los razonamientos expuestos, se accederá al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en un día de salario por cada día de retardo, a partir del 15 de febrero 2021 hasta tanto se haga efectiva la consignación de las cesantías del demandante correspondientes al año 2020, y cuyo salario para tasar la sanción será el básico que devengaba el docente al momento de causación de la mora.

11. Aporta una decisión muy clara el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, en sentencia del diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023), Radicado:11001-3342-051-2022-00098-00, **Docente Demandante:** CRISTIAN BERNARDO PARRADO RINCÓN **Demandado:** Nación–MEN, describió su precisa decisión así:

“... Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

(...)

En consecuencia, como el demandante reclamó ante la administración el 5 de agosto de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital- Secretaría de Educación a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere hecho efectivo el pago de las cesantías en el Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por el actor en el momento en que se produjo la mora.

VIII. COMPETENCIA

El H. Consejo de Estado es el competente para conocer del asunto, por la naturaleza del accionante, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, modificatorio del Decreto 1069 de 2015, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

IX. JURAMENTO

Manifiesto Honorables Consejeros de Estado, bajo la gravedad de juramento que no he interpuesto otra acción de Tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

X. PRUEBAS

Para que se tengan como pruebas y se hagan valer dentro del trámite del presente proceso:

1. Poder para actuar.

2. Sentencia de 19/7/2023 Exp. 70001333300520220019601.
3. Sentencias que reconocen la aplicación de la ley 50 de 1990 a los docentes de la educación pública del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional:

CORTE CONSTITUCIONAL					
N o.	RADICADO EXP.	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	MAGISTRADOS	
1	Exp. T-6.736.200	17/10/2018	Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 098/2018 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	https://drive.google.com/file/d/19s9ul-nfhHdPK3Ppke-LhSd0ft41820H/view?usp=share_link
2	Exp. T-5904426 y otros	25/07/2019	Dr. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 332/2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	https://drive.google.com/file/d/1YUUZrBTSwbvKhzcDALHBHiw2AZFIRLJk/view?usp=share_link
3	Exp. T-7.182.312 y otros	06/02/2020	Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 041/2020 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	https://drive.google.com/file/d/1ST5dZolyo9GFaAFQ4wSd3ccl2OwLsQS/view?usp=share_link
CONSEJO DE ESTADO					
N o.	RADICADO EXP.	FECHA DECISIÓN	MAGISTRADO PONENTE	CONSEJEROS FIRMANTES	
1	08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)	06/08/2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO	https://drive.google.com/file/d/1WHVFP2hn_UnTuXDZkdYBjinDpEFHExSi/view?usp=share_link
2	76001-23-31-000-200900867-01, No. Int.: 4854-2014	24/01/2019	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	https://drive.google.com/file/d/1LxPzNbVYQyeYOYV7pWS7fpBWgkGvXu58/view?usp=share_link
3	11001-03-15-000-2018-04617-01	17/06/2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS – Dr. GUILLERMO SANCHEZ LUQUE	file:///C:/Users/usuario/Downloads/D11001031500020180461701_FALLO2019821154133.pdf
4	11001-03-15-000-2018-04679-01	28/06/2019	Dr. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS	Dra. NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN – Dr. HERNANDO SANCHEZ SÁNCHEZ	file:///C:/Users/usuario/Downloads/D11001031500020180467901_FALLO2019724152239.pdf
5	11001-0315-000-2018-03499-01	29/07/2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE	https://drive.google.com/file/d/1u5Vx_4bMns89RLddsm90Ez5bHyDN17LX/view?usp=share_link
6	08001 23 33 000 2014 00173-01 (1688-16)	02/12/2019	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	https://drive.google.com/file/d/1tLuRC59nJq3lKr5_WYpagzLUF9pwOWO8/view?usp=share_link
7	08001-23-33-000-2014-00208-01	10/06/2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	https://drive.google.com/file/d/1CZGi7l9c25Je_HLzUkZamj6SddL7DqY/view?usp=share_link
8	08001-23-31-000-2014-00254-01 (4960-2017)	22/10/2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	https://drive.google.com/file/d/1nT0-zKwo72hHhi9GWVZqE_xpVOZzfyt0/view?usp=share_link
9	08001-23-33-000-2014-00132-01	12/11/2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	https://drive.google.com/file/d/1j4sdPLArrmIG-2u9XamTb2gDlp6lQaK/view?usp=share_link
10	08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979-2017)	17/06/2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	https://drive.google.com/file/d/1CejDD6d3_22uDaAwIdlZfTcJoi_c45-sh/view?usp=share_link
11	08001-23-33-000-2015-00331-01	27/06/2021	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	https://drive.google.com/file/d/13hlXFMwHC0iQFBMz2DsnYEHTV1_rWGbv/view?usp=share_link

12	19001-23-33-000-2015-00445-02(0483-20)	04/11/2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	https://drive.google.com/file/d/1TQnU9ZoIjIt6mnZlvT8yqsZ8eAXBSPWV/view?usp=share_link
13	08001-23-33-000-2014-01127-01 (1002-2021)	25/11/2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	https://drive.google.com/file/d/1VF6HVLnjaWhTux7k6gaDtXVyuSfj5Sp/view?usp=share_link
14	40001-23-40-000-2017-00134-01 (2208-2020)	25/11/2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	https://drive.google.com/file/d/1vlyrUMjjiHUmOaTEN4vxvFDQUzc50slcOr/view?usp=share_link
15	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11/11/2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	https://drive.google.com/file/d/1SZVrRfUlgIEfdhC4hWuR4aL9MO83hJEZ/view?usp=share_link
16	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11/11/2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	https://drive.google.com/file/d/18lY6n5r7ssx9XAyaOmmcV2P7qXyUAQQH/view?usp=share_link
17	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20/01/2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	https://drive.google.com/file/d/12OtHaQdqUwy0m7ZBoOkRk1C7As9tciPg/view?usp=share_link
18	080001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020)	03/03/2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	https://drive.google.com/file/d/1JMj75zB7Wa_ynFbZxnrhWf6_7j4V6UHI/view?usp=share_link
19	76001-23-33-000-2013-00756-01 (2224-2020)	28/04/2022	Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dra. SANDRA LISETH IBARRA	https://drive.google.com/file/d/14XoKZzAfOzb6A970i5MzDGETJ6IaCS/view?usp=share_link
20	080001-23-40-000-2017-00795-01 (2659-2020)	09/05/2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	https://drive.google.com/file/d/1ZsxBOsjiLtQU9P95p9MAECHpqApeKsKJ/view?usp=share_link
21	47-001-23-33-000-2019-00359-01 (4004-2021)	19/05/2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	https://drive.google.com/file/d/14aXROhlaP3q_4NTFpv74Xo-H2JF3xf6C/view?usp=share_link
22	47-001-23-33-000-2019-00376-01 (4462-2021)	01/07/2022	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	https://drive.google.com/file/d/1OKJCHQ9t9Vnjzt9JOwJl6H-wKzf9lDcn/view?usp=share_link
23	08001-23-33-000-2015-00509-01 (2140-2020)	22/08/2022	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	https://drive.google.com/file/d/1A1-CMwzomrOzOHnOfc_CEOkECwKpJSP/view?usp=share_link
24	08001-23-33-000-2015-90124-01 (2394-2020)	22/09/2022	Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS	Dr. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ – Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER	https://drive.google.com/file/d/1j6G0uUdtj3P9eVemKXhw5IFBiJOY4CCp/view?usp=share_link
25	76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)	19/01/2023	Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ	DR. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS – Dr. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ	file:///C:/Users/usuario/Downloads/16_760012331000201200212021SENTENCIA20230121105237.pdf
26	47001-23-33-000-2018-00231-01 (0871-2020)	26/01/2023	DR. RAFAEL FRANCISCO GOMEZ	DR. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ – DR. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ	file:///C:/Users/usuario/Downloads/13_470012333000201800231011SENTENCIA20230203145512.pdf

4. Sentencias que reconocen la aplicación de la ley 50 de 1990 a los docentes de la educación pública de los diferentes juzgados del país.

5. Expediente digital del proceso de nulidad y restablecimiento de derecho

https://drive.google.com/drive/folders/1GJ0ZcWK7VfejLT1iEeoNMovbBMc0lxRp?usp=drive_link

JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO					
N o.	RADICADO EXPEDIENTE	F. DECISIÓ N	JUZGADO	JUEZ	LINK
1	66001 3333 001 2022 0002000	23/06/202 2	JUZ. 1 ADTIVO DEL CTO DE PEREIRA	CRISTINA ISABEL SANCHEZ BRITO	https://drive.google.com/file/d/1FvWASLrvJi8R3esBHUvSIOKpFkJV2r0_/view?usp=share_link
2	05001 3333 019 2022 0009700	29/07/202 2	JUZ. 19 ADTIVO ORAL DEL CTO DE MEDELLIN	PATRICIA CÓRDOBA VALLEJO	https://drive.google.com/file/d/1gh0tbcfYvzao_j0EXNBLoHoGoZcuAbd/view?usp=share_link
3	70001 3333 002 2022 0007200	09/09/202 2	JUZ. 2 ADTIVO ORAL DEL CTO DE SINCELEJO	LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS	https://drive.google.com/file/d/19wRXwiTSKOzBDMX2PFCpXlX3UDJ33bZh/view?usp=share_link
4	27001 3333 002 2022 0014700	22/09/202 2	JUZ. 2 ADTIVO ORAL DEL CTO DE QUIBDÓ	YUDY YINETH MORENO CORREA	https://drive.google.com/file/d/1z_co3GwzqlMk0IguSFh9mVtrNTxNnCAy/view?usp=share_link
5	76001 3333 002 2022 0006600	27/09/202 2	JUZ. 2 ADTIVO DEL CTO DE GUADALAJARA DE BUGA	JUAN MIGUEL MARTINEZ LONDOÑO	https://drive.google.com/file/d/1r20HKFYyJXYBoYNGN23A1yOXVgwUTw9-/view?usp=share_link
6	76111 3333 003 2022 0006600	28/09/202 2	JUZ. 3 ADTIVO DEL CTO DE GUADALAJARA DE BUGA	LEIDY JOHANNA URIBE MOLINA	https://drive.google.com/file/d/1D6vgYdY8cbeaEtc2HhxNP_4TLIsVvQid/view?usp=share_link
7	68001 3333 002 2022 0006500	28/09/202 2	JUZ. 2 ADTIVO DEL CTO DE BUCARAMANGA	ARLEY MENDEZ DE LA ROSA	https://drive.google.com/file/d/1ugKaxDUW8FJaof0CeY9SQEtLlbnhHG-7/view?usp=share_link
8	68001 3333 009 2022 00010900	30/09/202 2	JUZ. 9 ADTIVO DEL CTO DE BUCARAMANGA	JAIRO GARCIA SUAREZ	https://drive.google.com/file/d/1-iF0-CQIJHQxoCr54FNHrNJeFWDi7p2j/view?usp=share_link
9	27001 3333 005 2022 0012200	25/10/202 2	JUZ. 5 ADTIVO DEL CTO DE QUIBDÓ	EMILSON MARMOLEJO GARCIA	https://drive.google.com/file/d/1OkqyvX1ApGdUrViuEAomhN-0j3GdY75n/view?usp=share_link
10	11001 3342 051 2022 0009800	19/01/202 3	JUZ. 51 ADTIVO DEL CTO DE BOGOTÁ	NORBERTO MENDIVELSO PINZON	https://drive.google.com/file/d/1CXK0J25HlegDF6nda3dV7KdFETJ2TiXY/view?usp=share_link

XI. NOTIFICACIONES

Al Accionado: Tribunal Administrativo de Sucre en la Carrera 17 No. 22 – 24 – Sincelejo, Sucre.

Correo electrónico: secradmsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 52754780

Al Accionante: Recibiré notificaciones en la Secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado ubicada en Carrera 31ª No. 25ª-26 en Bogotá

Correo electrónico: yobanylopeznotijud@gmail.com
Celular: 3176411318



YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO
C.C. No. 89.009.237 de Armenia (Q).
T.P. No. 112.907 del C.S. de la Judicatura



Demandante: Juan Gregorio Arrieta Hermosilla
Demandado: Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Cuarta de Decisión
Radicado: 11001-03-15-000-2023-06159-00

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-06159-00
Demandante: JUAN GREGORIO ARRIETA HERMOSILLA
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA CUARTA DE DECISIÓN

Tema: Tutela contra providencia judicial. Sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.

AUTO ADMISORIO

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de amparo

1. El 9 de octubre de 2023 ingresó al despacho el expediente de la referencia¹, mediante el cual el señor Juan Gregorio Arrieta Hermosilla, actuando a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Cuarta de Decisión con el fin de que sean amparados sus derechos fundamentales «debido proceso, derecho a la seguridad social, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, garantía a la seguridad social, a la igualdad, acceso a la administración de justicia, principio constitucional de la *perpetuatio jurisdictionis*, seguridad jurídica, al desconocimiento de precedente judicial vertical.»

2. La parte accionante consideró vulneradas dichas garantías constitucionales, con ocasión de la sentencia del 19 de julio de 2023, mediante la cual se confirmó la providencia del 14 de diciembre de 2022 del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, que negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en el marco del proceso ordinario en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 70001-33-33-005-2022-00196-01, instaurado contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag y el departamento de Sucre.

¹ La tutela fue presentada el 6 de octubre de 2023, con secuencia 9706.



3. Solicitó el amparo de sus garantías fundamentales y, en consecuencia, reclamó lo siguiente:

se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE; dejar sin efectos la providencia referida en el numeral anterior y se profiera una nueva, atendiendo la multiplicidad de precedentes judiciales que sobre el tema edificó la Corte Constitucional en las sentencias SU 098 de 17 de octubre de 2018 y el de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado mediante diferentes decisiones ordenando el reconocimiento y pago de la sanción por mora como fue solicitada en la demanda, de acuerdo a los postulados establecidos en los siguientes expedientes: (...)

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

4. El Consejo de Estado es competente para conocer de la demanda presentada por el señor Juan Gregorio Arrieta Hermosilla, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021. Lo anterior, por cuanto la acción de tutela se dirige contra el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Cuarta de Decisión.

5. Igualmente, este despacho como integrante de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para pronunciarse sobre la admisión de la demanda de tutela, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del Código General del Proceso, aplicable al trámite del vocativo de la referencia por la remisión establecida en el artículo 2.2.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015.

2.2. Admisión de la demanda

6. Por reunir los requisitos exigidos por el artículo 14 del Decreto Ley 2591 de 1991 y de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por los Decretos 1983 de 2017 y 333 de 2021, se dispone:

PRIMERO: ADMITIR la demanda incoada por el señor Juan Gregorio Arrieta Hermosilla, en ejercicio de la acción de tutela.

SEGUNDO: NOTIFICAR la existencia de la presente acción a los magistrados del Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Cuarta de Decisión, como autoridades judiciales accionadas, para que dentro del término de tres (3) días, contados a partir de la fecha de su recibo, se refieran a sus fundamentos, alleguen las pruebas y rindan los informes que consideren pertinentes.

TERCERO: VINCULAR en calidad de terceros con interés jurídico legítimo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991 a la



Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag y al departamento de Sucre (parte pasiva del proceso ordinario), así como al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo (*a quo* del ordinario). Lo anterior, para que, si lo consideran pertinente, en el término de tres (3) días, contados a partir de la fecha de su recibo, intervengan en la actuación, por cuanto existe la posibilidad de resultar afectados con la decisión que se adopte.

CUARTO: REQUERIR al Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Cuarta de Decisión y al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, para que alleguen copia íntegra y digital del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 70001-33-33-002-2022-00144-01, dentro del término de tres (3) días, contados a partir de la fecha de notificación del presente auto.

QUINTO: ADVERTIR que, de no cumplirse con el requerimiento, se utilizarán por este despacho las potestades correccionales, que le confiere el artículo 44 de la Ley 1564 de 2012.

SEXTO: REQUERIR al Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Cuarta de Decisión y al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, para que publiquen en sus respectivas páginas *web* copia digital de la demanda de tutela, de los anexos que la acompañan y de esta providencia, con el fin de que cualquier persona que tenga interés conozca de los referidos documentos y pueda intervenir en el trámite constitucional de la referencia.

SÉPTIMO: TENER como pruebas, con el valor legal que les corresponda, los documentos relacionados y allegados con la demanda.

OCTAVO: NOTIFICAR a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos y para los efectos previstos en el artículo 610 del Código General del Proceso.

NOVENO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar, al abogado *Yobany Alberto López Quintero*, en calidad de apoderada judicial de la accionante, como consta en el poder obrante en el expediente digital.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada