Sentencia T-638/17

Expediente T-6.044.941

Demandante: Deifan Herrera Acosta

Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima y Otros

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá DC, diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, José Fernando Reyes Cuartas y Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la decisión judicial proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, dentro del expediente T-6.044.941. El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Tres por medio de Auto del 30 de marzo de 2017 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1.1. La solicitud

La señora Deifan Herrera Acosta a través de su apoderado judicial promovió acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo del Tolima -en adelante Tribunal Administrativo - con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso (Art. 29 C.P.), igualdad y seguridad jurídica (Art. 13 C.P.), presuntamente vulnerados por dicha entidad al desconocer el precedente judicial que reconoce la sanción moratoria por la demora en el reconocimiento y pago de sus cesantías.

1.2. Hechos

El 17 de agosto de 2016, la señora Deifan Herrera Acosta a través de apoderado instauró la presente acción de tutela con fundamento en los siguientes hechos:

1.2.1. Que es una mujer que se desempeñó como docente en los colegios públicos del departamento del Tolima. El 10 de noviembre de 2010 radicó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio una solicitud de reconocimiento de cesantías parciales. Ante dicha petición, la entidad expidió la resolución No. 01852 del 09 de mayo de 2012, por medio de la cual reconoció la prestación. El 22 de agosto de 2012, el Fondo pagó el valor correspondiente a las cesantías causadas, obviando la constitución de una mora de 187 días. Lo anterior, señaló el apoderado de la actora, teniendo en cuenta que la entidad se excedió de los 65 días que tenía para reconocer y pagar dicha prestación social.

1.2.2. En consecuencia, la peticionaria inició un proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad de la resolución No. 01852 y, en ese orden, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. Así las cosas, el Juzgado Primero Oral Administrativo del Circuito de Ibagué decidió el caso mediante Sentencia del 27 de noviembre de 2015. Donde accedió a las pretensiones de la demanda y reconoció la sanción moratoria causada.[1]

1.2.3. Por lo anterior, el Ministerio de Educación, el 2 de diciembre de 2015, en el trámite de primera instancia, apeló el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Ibagué, argumentando que el régimen que cobija a los docentes es especial, pues este es establecido por la Ley 91 de 1989 modificada posteriormente por la Ley 812 de 2003, disposiciones que no contemplan la configuración de la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías parciales o totales.[2]

En ese orden, el Ministerio manifestó que se debe hacer un análisis del Decreto 2831 de 2005, norma de carácter especial, por medio del cual se reglamentó el inciso 2 del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, así como el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se creó un procedimiento exclusivo para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para este efecto.

1.2.4. Posteriormente, el Tribunal Administrativo del Tolima conoció de la impugnación promovida por el Ministerio de Educación Nacional en contra del fallo expedido por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Ibagué. En consecuencia, el 03 de junio de 2016, revocó la Sentencia del 27 de noviembre de 2015, fallo de primera instancia. Lo anterior, bajo el fundamento establecido en la Sentencia de Unificación de la Sala Plena de Oralidad del Tribunal Administrativo del Tolima del 11 de septiembre de 2014, según la cual en virtud del estudio de precedente horizontal no existía una posición fijada sobre el reconocimiento de la sanción moratoria para el régimen

[1] Cuaderno Pruebas proceso Restablecimiento Impugnación. Folio 112-131.
[2] Cuaderno Pruebas proceso Restablecimiento Impugnación. Folio 83.

especial de profesores, dado que la prerrogativa establecida en la Ley 1071 de 2006 (que modificó la Ley 244 de 1995) está dirigida al régimen general de servidores públicos y trabajadores oficiales, salvo las excepciones establecidas en la ley. Razón por la cual, la sanción moratoria no aplica para el caso de las cesantías de los profesores, al tener estos un régimen especial.[3] En consecuencia se negó la pretensión del reconocimiento de la sanción moratoria sobre las cesantías de la señora Herrera Acosta y se condenó a la actora al pago de costas por concepto de agencias en derecho, por un valor de un salario mínimo mensual legal vigente en ambas instancias.[4]

1.2.5. Con fundamento en lo anterior, el apoderado de la accionante señaló que el Tribunal del Tolima desconoció el precedente judicial establecido por el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, del 25 de febrero de 2016, por medio del cual se reconoció en sede de tutela el derecho a la sanción moratoria de un docente oficial, en virtud de las disposiciones de la Ley 1071 de 2006. Así las cosas, el Tribunal Administrativo vulneró la garantía al debido proceso, la igualdad y la seguridad jurídica de la señora Deifan Herrera Acosta. Adicionalmente, el apoderado indicó que hubo desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente al ser condenada la deprecante a costas sin tener en cuenta las reglas fijadas en el artículo 366 del Código General del Proceso.

1.3. Respuesta de la entidad accionada y entidades vinculadas

El 12 de septiembre de 2016, el Consejo de Estado, Sección Cuarta admitió a través de auto de trámite la tutela incoada por la señora Deifan Herrera Acosta, por medio de apoderado, y vinculó al Juzgado Primero Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y a la Gobernación del Tolima, como terceros interesados en la tutela promovida en contra del Tribunal Administrativo del Tolima.

1.3.1. Una vez vencido el término de respuesta concedido por el Consejo de Estado, Sección Cuarta a las partes, el Tribunal Administrativo del Tolima, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Gobernación del Tolima guardaron silencio sobre la acción de amparo en trámite.

1.3.2. Por su parte, el día 27 de septiembre de 2016, el Juzgado Primero Oral Administrativo del Circuito de Ibagué señaló que el 27 de noviembre de 2015, profirió la sentencia mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda de la actora, al considerar que la parte accionante tenía derecho a que la nación - Ministerio de Educación Nacional, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la Gobernación del Tolima reconocieran y *"pagaran la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales"*. Lo

[3] Cuaderno Pruebas proceso Restablecimiento Impugnación. Folios 142-146.
[4] Cuaderno Pruebas proceso Restablecimiento Impugnación. Folio 148.

anterior, de conformidad a lo establecido en la Ley 1071 de 2006 y en la jurisprudencia del Consejo de Estado.[5]

Con relación a la condena en costas de la accionante, efectuada por el Tribunal Administrativo, el Juzgado Administrativo Oral del Circuito indicó que no era procedente debido a que el operador judicial no puede ordenar el pago de las mismas sin ningún fundamento legal a la luz del artículo 366 del Código General del Proceso.

1.3.3. Así mismo, el Ministerio de Educación Nacional respondió que la acción deprecada no tiene sustento normativo dado que desde la Sentencia C-543 de 1992 hasta la Sentencia SU-241 de 2015, la Corte Constitucional reconoció los requisitos esenciales para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, los cuales en el presente caso no se configuran, al no haber un desconocimiento del precedente judicial.

1.2. Pruebas que obran en el expediente

- Copia del poder entregado por la señora Deifan Herrera Acosta al señor Jaime Andrés Losada Sánchez, dentro del proceso de acción de tutela (fl. 1, c.2).

- Copia de Sentencia de Primera Instancia, Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, Tolima (fl. 2-7, c.2).

- Copia de Sentencia de Segunda Instancia, Tribunal Administrativo del Tolima (fl. 8-17, c.2).

Pruebas aportadas en el trámite de revisión

- Expediente del proceso de Primera Instancia, Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, Tolima (fl. 1-137, Cuaderno proceso de nulidad y restablecimiento del derecho).

- Expediente del proceso de Segunda Instancia, Tribunal Administrativo del Tolima (fl.138-210, Cuaderno proceso de nulidad y restablecimiento del derecho).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

2. Decisión de primera instancia

El asunto en revisión fue admitido por el Consejo de Estado, Sección Cuarta por medio del Auto del 12 de septiembre de 2016 y fue resuelto en la

[5] Al respecto, el fallo administrativo de primera instancia señaló las decisiones del Consejo de Estado: Sentencia del 27 de marzo de 2007, expediente 2000-02513-01.M.P. Lemus Bustamante Jesús María, y Sentencia del 11 de marzo de 2010, expediente 0792 de 2006, Sentencia 22 de enero de 2015, expediente 0271-2014, M.P. Ibarra Vélez Sandra. Cuaderno 2, Folio 34.

Sentencia del 10 de noviembre del mismo año, por medio de la cual se estableció que no se configuró la existencia de un desconocimiento del precedente judicial, dado que no existe un criterio unificado dentro de la jurisprudencia administrativa sobre la sanción moratoria en el régimen de profesores oficiales y, por ende, la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima se encuentra fundamentada en derecho. Así las cosas, la Sección Cuarta enfatizó en que el *ad quem*, en el proceso contencioso administrativo, realizó un estudio del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que regula el reconocimiento de cesantías de docentes, para así llegar a la conclusión de que *"el régimen especial de esta clase de funcionarios no consagra la sanción moratoria de las normas generales (Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006)"*, razón por la cual, no procedió a su reconocimiento.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Cuarta decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora Deifan Herrera Acosta, al encontrar que tales conculcaciones a los derechos no fueron demostradas.

2.1. Decisión de segunda instancia

El Consejo de Estado, Sección Quinta, en providencia del 7 de febrero de 2017, resolvió rechazar por extemporánea la impugnación presentada por la parte actora contra la Sentencia del 10 de noviembre de 2016. Lo anterior, con fundamento en que el apoderado de la accionante interpuso el recurso apelación a la sentencia de primera instancia, el día 16 de diciembre de 2016, situación que sobrepasa la oportunidad procesal establecida en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, que indica que el ejercicio de dicha herramienta contradictoria debe hacerse a los tres días siguientes a la notificación del fallo.

En consecuencia, el *ad quem* adujo que el término para la impugnación del fallo de tutela en primera instancia, inició el día 7 de diciembre de 2016, día siguiente a la notificación del fallo, y venció el tercer día hábil, es decir el 12 de diciembre del mismo año, por lo que su presentación el día 16 de diciembre configura la improcedencia del recurso.

III. TRÁMITE CONSTITUCIONAL EN SEDE REVISIÓN

3.1 La Corte Constitucional a través de la Sala de Selección Número Tres decidió seleccionar para revisión el expediente T-6.044.941, por medio de Auto del 30 de marzo de 2017, el cual fue comunicado el 18 de abril del mismo año, y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

3.2. El 28 de junio de 2017, la Sala encontró que el expediente de la referencia no contaba con los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión de fondo, acorde con la situación fáctica allí planteada, lo cual hizo necesario que se ordenará la práctica de algunas pruebas que permitieran verificar los

supuestos de hecho que sirvieron de fundamento para promover la acción de tutela y mejor proveer en el presente caso. Por lo cual, resolvió:

> ***PRIMERO: ORDENAR,*** *por conducto de la Secretaría General, al Juzgado Primero Administrativo Oral de Ibagué que en el término de 3 días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia remita a esta Corporación el proceso judicial de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantado por Deifan Herrera Acosta, contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio y otros. Con número de radicado 730001-33-33-001-2014-00644-00. Cuya sentencia fue proferida el 27 de noviembre de 2015.*
>
> ***SEGUNDO:*** *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, "Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional",* ***SUSPENDER*** *los términos del presente asunto. Lo anterior, hasta que haya sido recibido y valorado debidamente el acervo probatorio allegado y por el término máximo consagrado en la misma normativa.*

3.3. Así las cosas, vencido el plazo probatorio, el 19 de julio de 2017, la Secretaría de la Corte notificó al despacho sustanciador sobre el cumplimiento del Auto del 28 de junio. En ese orden, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Ibagué remitió a la Secretaría del Alto Tribunal el expediente original No. 73001-33-33-001-2014-00644-00, el cual contiene los expedientes de primera y segunda instancia ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

4. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del 18 de abril de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Tres de esta Corporación, que decidió seleccionar el presente asunto para su revisión.

4.1. Problema jurídico y temas a tratar

4.1.1. La demandante consideró que el Tribunal Administrativo del Tolima vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y seguridad jurídica, al revocar el fallo que reconoció la prerrogativa de sanción moratoria o intereses a las cesantías, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Ministerio de Educación Nacional, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la Gobernación del Tolima.

Dentro del trámite constitucional, la entidad accionada no respondió a la acción de tutela. Las entidades vinculadas, el Ministerio de Educación Nacional y el Juzgado Primero Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, respondieron a la vinculación al trámite constitucional. Por un lado, el Ministerio indicó que la acción *sub judice* obvia los requisitos esenciales para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Por otro lado, el Juzgado Primero Oral Administrativo de Ibagué reafirmó los argumentos de su decisión en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, aduciendo que se basó en lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 y en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

4.1.2. El *a quo*, en sede de tutela, señaló que el Tribunal del Tolima, dentro de su pronunciamiento como juez de segunda instancia estimó el ordenamiento jurídico vigente y la jurisprudencia administrativa, pues dentro de las Secciones del Consejo de Estado existen dos posiciones jurisprudenciales sobre el reconocimiento de la sanción moratoria a profesores oficiales. En tal sentido, el fallo que revocó la decisión de instancia, en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.

4.1.3. El *ad quem* por su parte declaró la improcedencia del recurso de apelación por extemporalidad.

4.1.4. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión responder el siguiente interrogante: ¿vulneró el Tribunal Administrativo del Tolima los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y seguridad jurídica de la señora Deifan Herrera Acosta en su condición de profesora oficial, al negarle el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías regulada por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por considerar que en ausencia de un precedente unificado sobre el tema, esta normatividad comprende únicamente a los servidores públicos del régimen general y , por tanto, no al especial al que pertenece la accionante?

Para tal efecto se debe tener en cuenta que: (i) el Tribunal Administrativo del Tolima revocó el fallo de primera instancia, proferido en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con base en un precedente vigente del Consejo de Estado, Sección Segunda, y (ii) la accionante a través de su apoderado, puso en conocimiento del Tribunal Administrativo del Tolima, la existencia de una línea jurisprudencial más favorable dentro del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, donde se reconocían los intereses moratorios de profesores oficiales.

4.1.5. Con el propósito de solucionar el problema planteado, la Sala hará referencia a los siguientes temas: (i) reiterará su jurisprudencia respecto de los requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela; (ii) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de

tutela contra providencias judiciales y (iii) los requisitos generales y específicos: violación directa de la Constitución y por desconocimiento del precedente; (iv) el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales; (v) naturaleza y núcleo esencial del derecho al auxilio de las cesantías; (vi) el principio de progresividad y no regresividad en los DESC, (vii) el régimen legal del pago de las cesantías de los docentes oficiales en las jurisdicciones constitucional y contencioso administrativa; y (viii) el criterio unificado de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a profesores oficiales. Por último, (ix) analizará el caso en concreto.

4.2. La legitimación en la causa como requisito general de procedencia de la acción de tutela. Reiteración jurisprudencial

Procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tendrá acceso a la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales (inciso 1º el artículo 86), cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley (inciso 5º del artículo 86), siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (inciso 3º del artículo 86).[6]

La referida disposición Superior, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, contiene, a su vez, los elementos de procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.[7]

(i) La legitimación en la causa. Reiteración jurisprudencial

4.2.1. La legitimación en la causa es la potestad que tiene toda persona para invocar sus pretensiones o para controvertir aquellas que se han aducido en su contra. El primero de los eventos se conoce como la legitimación en la causa por activa y, el segundo, como la legitimación en la causa por pasiva.[8]

Así las cosas, la legitimación en la causa por activa puede ser predicada dentro de la acción de tutela cuando se instaura: (i) de manera directa, es decir, por el titular de los derechos fundamentales que se consideran amenazados o vulnerados; (ii) a través de representante legal, en el caso de los menores de edad, incapaces absolutos, personas declaradas en estado de interdicción y las personas jurídicas; (iii) a través de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la calidad de abogado titulado y al escrito de tutela se

[6] Cfr. Corte Constitucional Sentencia T- 244 de 2017.
[7] Ibíd.
[8] Ver. Artículos 86 de la Constitución Política, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, desarrollado entre otros pronunciamientos, Sentencia T- 224 y Sentencia T - 553 de 2017.

debe anexar el poder especial para el caso; y, finalmente, (iv) por medio de agente oficioso, cuando el afectado en sus derechos no está en condiciones físicas o psicológicas de promover la acción de tutela por sus propios medios. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 Superior y en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Por su parte, la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela es regulada por los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, los cuales prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuya conducta afecte gravemente el interés colectivo o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

Cumplimiento del requisito de legitimación en la causa, en el caso en estudio

4.2.2. De lo anterior, es deber del juez analizar los presupuestos fácticos del caso concreto, en aras de determinar si se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción, y así establecer si los instrumentos de defensa judicial ordinarios resultan eficaces para el amparo de las garantías fundamentales de la accionante, puesto que ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, el conflicto planteado trasciende del nivel meramente legal al constitucional, teniendo la acción de tutela la facultad de convertirse en el mecanismo principal de trámite del asunto, desplazando a la respectiva instancia ordinaria. [9]

4.2.9. Descendiendo al caso bajo estudio, la Sala procede a examinar este requisito general de procedencia de la acción de tutela.

La legitimación en la causa tanto por *activa* como por *pasiva* se encuentra acreditada pues, de un lado, es la propia afectada en sus derechos fundamentales, la señora Deifan Herrera Acosta, quien acude a través de apoderado autorizado[10], a la acción de tutela, y, de otro, cuestiona el comportamiento asumido por el Tribunal Administrativo del Tolima, entidad jurisdiccional que conoció, en segunda instancia, y revocó el fallo del Juzgado Primero Administrativo Oral de Ibagué, por medio del cual se reconocía la configuración de la sanción moratoria en el pago de la cesantías por parte del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio en el proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho.[11]

[9] Ver Sentencia SU -337 de 2017.
[10] Ver. Folio 1, cuaderno número 2.
[11] Ver. Expediente del proceso de Primera Instancia, Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, Tolima (fl. 1-137, Cuaderno proceso de nulidad y restablecimiento del derecho), y expediente del proceso de Segunda Instancia, Tribunal Administrativo del Tolima (fl.138-210, Cuaderno proceso de nulidad y restablecimiento del derecho).

4.3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración jurisprudencial

4.3.1. De manera específica, la Corte en reiterada jurisprudencia[12] ha señalado que por regla general, la acción de tutela resulta improcedente en contra de providencias judiciales en virtud de los principios de autonomía judicial y seguridad jurídica. Sin embargo, esta Corporación sistematizó y delimitó en la Sentencia C-590 de 2005 algunas causales en virtud de las cuales, excepcionalmente, resulta procedente. En dicha providencia el Alto Tribunal diferenció entre requisitos generales y especiales, señalando que los primeros habilitan el estudio constitucional y deben cumplirse en su totalidad; los segundos implican la procedibilidad del amparo y sólo se requiere la configuración de uno de ellos.

4.3.2. Los requisitos generales son *"a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; c. Que la parte actora 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 esto hubiere sido posible; d. Que no se trate de sentencias de tutela"*[13] y pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- ***Relevancia constitucional de la cuestión estudiada:*** *sugiere que el asunto bajo estudio involucre garantías superiores y no sea de competencia exclusiva del juez ordinario. En consecuencia, el juez constitucional debe justificar clara y expresamente el fundamento por el cual el asunto objeto de examen es "una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes"***.**

- ***Agotar todos los medios de defensa judicial posibles:*** *este presupuesto se relaciona con el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela, acorde con el cual la parte activa debe "desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus*

[12] Al respecto ver. Sentencia T-612 de 1992, T-015 de 1994, T-607 de 1995, T-235 de 1996, SU-624 de 1999, T-801 de 2002, T-209 de 2005, T- 659 de 2012 y T-854 de 2014, entre otras.

[13] Sentencia T-429/11 Ref. T- 2.954.560. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011). Los requisitos de carácter general fueron reiterados en la sentencia T-429 de 2011, providencia en la que se revisó el caso de un ciudadano que consideró vulnerado su derecho fundamental al debido proceso en vista de que la Sección Tercera del Consejo de Estado en segunda instancia, no incluyó en la parte resolutiva de un fallo el nombre del accionante como una de las personas que debía ser indemnizada por los daños y perjuicios ocasionados por el Ejército Nacional (a raíz de los bombardeos realizados en el año de 1990 en la vereda La Concepción del Municipio de Yondó -Antioquia-), pese a que en la parte motiva de la sentencia se determinó que el accionante debía ser resarcido por los perjuicios morales que le fueron causados. En este caso, la Corte realizó un recuento jurisprudencial en el que recogió la evolución del concepto de vía de hecho hasta convertirse en la serie de requisitos y criterios que están vigentes hoy en día para determinar la procedibilidad de una acción de tutela contra una providencia judicial.

derechos".[14] *En todo caso, este criterio puede flexibilizarse ante la posible configuración de un perjuicio irremediable*[15].

- ***Requisito de inmediatez:*** *en virtud de este requisito la acción de amparo debe presentarse en un término proporcional y razonable a partir del hecho que originó la supuesta vulneración. Presupuesto exigido en procura del respeto de la seguridad jurídica y la cosa juzgada pues, de lo contrario, las decisiones judiciales estarían siempre pendientes de una eventual evaluación constitucional.*

- ***Injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada:*** *con fundamento en esta premisa, se exige que únicamente las irregularidades violatorias de garantías fundamentales tengan la entidad suficiente para ser alegadas por vía de tutela. Aunado a ello, se excluyen las irregularidades no alegadas en el proceso o subsanadas a pesar de que pudieron haberse alegado.*[16]

- ***Identificación razonable de los hechos que generan la vulneración de los derechos fundamentales:*** *en acatamiento de este requisito, en la acción de tutela se deben identificar clara y razonablemente las actuaciones u omisiones que comportan la vulneración alegada. Estos argumentos deben haberse planteado dentro del proceso judicial, de haber sido posible*.[17]

- ***Que no se trate de sentencias de tutela:*** *a través de esta exigencia se busca evitar que los procesos judiciales estén indefinidamente expuestos a un control posterior. Con mayor razón si se tiene en cuenta que todas las sentencias de tutela son objeto de estudio para su eventual selección y revisión en esta Corporación, trámite después del cual se tornan definitivas*.[18]

Los requisitos especiales de procedencia por su parte, son: *(i) Defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido o por exceso ritual manifiesto; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; (viii) violación directa de la Constitución.*[19](Subraya fuera de texto original).

4.4. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad tutela contra sentencia, en el caso concreto

En la línea de las consideraciones ya plasmadas, encuentra la Corte que en el presente asunto pueden tenerse como cumplidos los requisitos generales de

[14] C-590 de 2005.
[15] T-924 de 2014.
[16] C-590 de 2005, ver también T-926 de 2014.
[17] C-590 de 2005, ver también T-926 de 2014.
[18] C-590 de 2005, ver también T-926 de 2014.
[19] Sentencia C-590 de 2005, recopilada en la SU-636 de 2015.

procedencia de la acción de tutela establecidos por la jurisprudencia constitucional, por las siguientes razones:

- **Relevancia constitucional del asunto planteado**

Evidencia la Sala que la cuestión que se debate es, *prima facie*, de indiscutible relevancia constitucional, puesto que se persigue la efectiva protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad jurídica, a los derechos económicos y sociales, y al debido proceso, frente a una decisión del Tribunal Administrativo de Tolima que ha adquirió firmeza y culminó el proceso contencioso administrativo.

- **Agotamiento de todos los medios de defensa**

Así mismo, en el presente caso se debe hacer uso del criterio de excepcionalidad sobre los asuntos relativos a tutela contra sentencia enmarcados en la jurisprudencia constitucional que se estudiarán en el siguiente acápite. Así las cosas, en el caso *sub examine*, se toma en consideración que, i) la situación fáctica involucra un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ii) en ese sentido, la parte accionante acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo agotando los recursos ordinarios idóneos y adecuados para el debate jurídico en cuestión, como se desprende del material probatorio del expediente[20], y iii) la oportunidad procesal de la accionante, pues, es de advertir que dada la naturaleza del problema jurídico planteado es competencia para la Sala determinar si se desconoció un presupuesto fundamental dentro del proceso ordinario, como lo es el debido proceso.

Como bien se señaló, la acción de tutela procede de forma excepcional en dos situaciones específicas, i) en el caso que exista un recurso ordinario para solucionar la controversia jurídica, y se esté en un escenario de perjuicio irremediable, es decir que se configure una situación fáctica tal que haga inevitable la conculcación de un derecho fundamental si no se actúa de forma inmediata, ocasión en la cual, la acción tiene un efecto transitorio, y ii) cuando no exista recurso judicial o existiendo alguno, este no es idóneo y efectivo para la protección del derecho fundamentan invocado, por lo cual el amparo procede de forma definitiva.

- **Inmediatez**

En relación con el requisito de *inmediatez*, en el caso *sub examine* los jueces de instancia no se pronunciaron sobre la procedibilidad de la acción de tutela, pues no hubo un debate sobre el tiempo de instauración del amparo constitucional, ya que la actora ejerció su derecho de acción en un término razonable, el 17 de agosto de 2016, luego que el Tribunal Administrativo del

[20] Ver. Cuaderno 2, Folio 6.

Tolima por medio de la Sentencia del 03 de Junio de 2016 revocara el reconocimiento hecho en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Ibagué, sobre la sanción moratoria de las cesantías consignadas el 22 de agosto de 2012 por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. Razón por la cual, la acción de tutela fue instaurada de forma oportuna y justa.

En efecto, en el caso *sub judice* se identificó un lapsus *temporis* de menos de 6 meses desde que se profirió el fallo de segunda instancia que revocó el reconocimiento de la sanción moratoria, así las cosas, *"[…] el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza.*[21] *Esto condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción".*[22]

A partir de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión encuentra que, en el presente caso se cumple con el requisito de inmediatez, al verificar las subreglas correspondientes, esto es, que el recurso haya sido interpuesto en un término oportuno, justo y razonable.

- **Efecto decisivo en la decisión que se impugna**

La actora impugnó la decisión de segunda instancia que revocó la sentencia del Juzgado Primero Oral de Ibagué dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que había reconocido la existencia de la sanción moratoria en el caso *sub examine.* En consecuencia, el *ad quem* absolvió de todas las pretensiones al Ministerio de Educación Nacional y al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, al considerar que el régimen aplicable a profesores oficiales *"se halla consagrado en la Ley 91 de 1989, normativa que no fue derogada expresamente por la norma general y posterior contemplada en la Ley 1071 de 2006, de lo cual se infiere que en lo que respecta a dicha prestación con relación a los mencionados trabajadores, la primera normatividad en cita conserva su especialidad y por lo tanto su vigencia".* Pues a juicio del Tribunal Administrativo del Tolima[23], cuando la accionante opta por solicitar las cesantías parciales, no puede recibir el reconocimiento de la *"sanción moratoria"* pues hace parte de un régimen excepcional.

La Sala Cuarta de Revisión encuentra que, en el caso concreto, la violación constitucional alegada (vulneración del precedente constitucional) adquiere una incidencia significativa en la decisión objeto de cuestionamiento.

---

[21] Ver las sentencias T-526 de 2005; T-016 de 2006; T-692 de 2006; T-1084 de 2006; T-1009 de 2006; T-792 de 2007; T-825 de 2007; T-243 de 2008; T-594 de 2008; T-189 de 2009; T-691 de 2009, T-328 de 2010 y SU-499 de 2016 entre otras.
[22] Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
[23] Sentencia de Segunda Instancia. Ver folio 147 del cuaderno de pruebas, proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, remitido por Auto del 28 de junio de 2017.

- **El peticionario identificó los hechos y los derechos vulnerados**

La parte actora no tuvo oportunidad de controvertir la vulneración de sus derechos fundamentales durante el trámite ordinario del proceso contencioso administrativo, en razón a que tal vulneración se configuró con la decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, aun cuando en el trámite de instancia puso de presente el precedente administrativo favorable al reconocimiento de la sanción moratoria a profesores oficiales.

No obstante, dentro de la presente acción aparecen claramente identificados por el peticionario tanto los hechos que, en su sentir, originaron la vulneración atribuida a la autoridad judicial demandada, como los derechos constitucionales fundamentales que considera vulnerados.[24]

- **La decisión impugnada no es una sentencia de tutela**

Es claro que el presente asunto no se trata de una acción de tutela contra un fallo de tutela, sino en contra de una decisión de instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Deifan Herrera Acostas en contra el Ministerio de Educación Nacional y otros.

Así las cosas, superado el examen de procedibilidad formal de la acción de tutela, la Sala pasará a efectuar el análisis de fondo sobre la configuración de los cargos específicos en el trámite de tutela contra sentencia sometido a revisión.

4.4. Procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial por violación directa de la Constitución. Reiteración jurisprudencial

4.4.1. Además de los anteriores requisitos, la Constitución Política de 1991 establece como axioma esencial para el ordenamiento jurídico, que *"la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".*[25] Esta disposición es el fundamento de la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominada violación directa de la Constitución.[26] La configuración de esta causal de procedencia puede darse respecto de i) las decisiones tomadas por un juez ordinario, como órgano unipersonal, y, de forma restrictiva, ii) en los órganos colegidos de cierre de la jurisdicción ordinaria.

---

[24] A este respecto, en la Sentencia T-1222 de 2005, recordó la Corte que en las acciones de tutela contra providencias judiciales, el accionante tiene la carga de señalar claramente *"los hechos en los cuales se fundamenta su petición y los derechos fundamentales que considera violados. Si no lo hace y la violación no aparece de manera evidente o manifiesta, el juez queda relevado de estudiar en detalle el expediente judicial y puede proceder a declarar la improcedencia de la acción. Así mismo, cuando el actor reduce el cargo a un tipo de violación – por ejemplo violación de la Constitución por tratarse de una vía de hecho material – el juez, salvo evidencia en otro sentido, puede contraer su estudio a dicho cargo, sin que resulte necesario que verifique en detalle si no existe en el expediente respectivo algún otro vicio o defecto que pueda comprometer la decisión judicial".*

[25] Artículo 4, Constitución Política de Colombia.

[26] Sentencia SU- 336 de 2017.

4.4.2. En ese orden, este Tribunal Constitucional ha definido un criterio adicional, cuando se trate de acciones de tutela contra providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en atención a que "*dichos organismos judiciales son los llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones*".[27] En este sentido, la sentencia SU-917 de 2010, reiterada en la SU-050 de 2017, determinó que:

> "*la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión". (Subraya fuera de texto original)*

4.4.3. En el caso de un juez ordinario cuando adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: i) deja de aplicar una disposición *ius* fundamental a un caso concreto; o ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Carta, se determina la procedencia de la acción de tutela en contra de una providencia judicial, pues, se configura esta causal.[28] Así la Sentencia SU-336 de 2017, señaló que:

> *En el primer evento, la Corte ha dispuesto que procede la tutela: (i) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (ii) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y (iii) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo, la jurisprudencia ha afirmado que el juez debe tener en cuenta en sus fallos que la Constitución es norma de normas y, por lo tanto, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.*

4.4.4. En consecuencia, la violación directa de la Constitución es una causal específica y autónoma de procedencia del amparo constitucional contra una decisión judicial, pese a tener una relación directa con otros yerros tales como el sustantivo, o el desconocimiento del precedente jurisprudencial. La Corte la

[27] Sentencia SU-050 de 2017.
[28] Ibídem.

ha considerado como un defecto independiente que se desprende del valor normativo que tiene la Constitución.[29]

4.5. Procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente. Reiteración jurisprudencial

4.5.1. La jurisprudencia constitucional ha fijado como regla jurisprudencial que la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales por el cargo de desconocimiento del precedente, se manifiesta de manera general cuando una autoridad judicial desconoce las reglas y subreglas fijadas por esta Corporación ya sea en sede de tutela o de constitucionalidad, teniendo que el primer juicio se realiza en virtud del carácter objetivo o de determinación del alcance de los derechos fundamentales que la tutela tiene en sede de revisión.[30] En ese orden, la Sentencia T-254 de 2006, estableció que la jurisprudencia constitucional puede ser desconocida de cuatro formas:

> *"(i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela".*

4.5.2. Lo anterior, hace necesario que el juez constitucional en cada juicio, sobre el desconocimiento del precedente tenga que, en primer lugar, identificar de forma clara las reglas y subreglas vigentes fijadas por este Tribunal o excepcionalmente, el órgano de cierre, para la resolución directa del problema jurídico en cuestión. Para así, posteriormente, establecer de forma determinada la configuración del cargo que posibilita la tutela contra sentencia judicial. Este ejercicio del juez corresponde a la dimensión estructural del precedente, situado por la doctrina, donde se alude a la vinculación del mismo, tomando a consideración la pluralidad de tribunales, los cuales pueden intervenir en la configuración del derecho mediante la creación de precedentes.[31]

No obstante, lo anterior, tiene por dificultad la configuración de varias situaciones jurídicas, a) que exista una pluralidad de precedentes que resuelvan la cuestión jurídica en el mismo sentido, b) que exista una pluralidad de precedentes inconsistentes entre sí, y c) que exista un *"caos jurisprudencial"*, es decir, que existan diferentes providencias, algunas contradictorias entre ellas, respecto a la misma cuestión jurídica.[32]

---

[29] Ibíd.
[30] Ver. Sentencia T- 254 de 2006.
[31] Al respecto ver. Iturralde, Victoria. El precedente como fuente de interpretación.231-264. En: Bernal Pulido Carlos and Bustamante Thomas. Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial. U. Externado.2009.
[32] Ibídem.

Razón por la cual, la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha desarrollado el alcance de los derechos fundamentales en diferentes situaciones jurídicas[33], siendo su jurisprudencia vinculante para definición de situaciones concretas. En la Sentencia T-360 de 2014 esta Corporación sintetiza los cargos generales por desconocimiento de precedente:

> *"(…) una providencia judicial adolece de un* ***defecto sustantivo*** *cuando la autoridad jurisdiccional "****(i)*** *aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de la razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad;* ***(ii)*** *aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso;* ***(iii)*** *a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada;* ***(iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente****; o* ***(v)*** *se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso"*

4.5.3. Por consiguiente, con el propósito de verificar el cumplimiento del requisito específico de procedibilidad y a fin de dar solución a la procedencia de los cargos planteados en el caso concreto, la Corte Constitucional se ocupará de revisar la jurisprudencia constitucional en relación con: el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales; naturaleza y núcleo esencial del derecho al auxilio de las cesantías; el principio de progresividad y no regresividad en los DESC, y el régimen legal del pago de las cesantías de los docentes oficiales en las jurisdicciones constitucional y contencioso administrativa y finalmente, el criterio unificado de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a profesores oficiales.

4.6. El derecho a la igualdad en las decisiones judiciales. Reiteración de jurisprudencia

---

[33] La Sentencia T 254 de 2006, señala dentro de las consideraciones que un ejemplo es en materia de fuero sindical, al respecto mencionó: *(…) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha dictado reglas en materia de fuero sindical, pues no procede el recurso de casación en esta temática. Así mismo, se ha negado considerar la temática en la oportunidad de la tutela, por las razones arriba indicadas. Es decir, en punto al fuero sindical, no existe precedente de la Sala de Casación Laboral. Lo mismo no ocurre con la Corte Constitucional, quien ha fijado claras reglas sobre el requisito de agotamiento del procedimiento gubernativo, en procesos en los que se analizó el tema del fuero sindical.*

Existe como antecedente la sentencia T-001 de 1999, es en sentencia T-1189 de 2001, donde resulta claro que la ratio decidendi involucró considerar cómo se entendía cumplido el requisito del artículo 6 del Código Procesal del Trabajo. En dicha oportunidad la Corte confirmó la decisión de negar la tutela adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de un grupo de ciudadanos en contra del Juzgado 4 Laboral del Circuito de Cúcuta y contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad. La Corte consideró que los demandantes –empleados públicos- no agotaron la vía gubernativa, en los términos del Código Contencioso Administrativo y, por lo mismo, no podía reputarse como inconstitucionales las decisiones judiciales demandas. En la misma oportunidad, la Corte no consideró que esta postura –aplicación del código Contencioso Administrativo- desconociera el principio de favorabilidad de que trata el artículo 53 de la Constitución. Es decir, existe un precedente fijado por el órgano de cierre del sistema judicial colombiano –la Corte Constitucional- que vincula a todas las autoridades judiciales del país.

4.6.1. De manera general, el principio a la igualdad es un pilar fundamental de los Estados democráticos, es así que instrumentos internacionales, como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos lo han consagrado dentro de su cuerpo normativo, desde un sentido formal y material, en los artículos 24 y 2. Por su parte, la Constitución Política, adicionalmente de la vinculación directa de esta prerrogativa humana a través del *bloque de constitucionalidad*[34], dispone en su artículo 13, la cláusula de igualdad real o material desarrollada por esta Corporación en varios de sus pronunciamientos.[35]

4.6.2. En ese sentido, la aplicación de la ley por parte de los jueces de la República así como de los precedentes judiciales en las distintas jurisdicciones, no es ajena a este precepto constitucional. Por tal razón, este Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar que la obligación de los operadores judiciales de seguir el precedente judicial en sus decisiones no está limitado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que se extiende a las demás Altas Cortes. En las sentencias C-335 de 2008 y C-816 de 2011, la Corte se refirió a las decisiones de todos los órganos de cierre jurisdiccional y reiteró el carácter vinculante de su jurisprudencia, en los siguientes términos:[36]

> *"Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares".*

4.6.3. En ese sentido, la Sentencia SU- 336 de 2017, dispuso que *"el principio de igualdad adquiere especial relevancia en este punto, si se tiene en cuenta que un trato diferenciado por parte de los jueces a los ciudadanos cuyos casos se fundamentan en iguales supuestos fácticos transgrediría ese principio constitucional".* Así las cosas, la Corte indicó que:

---

[34] Ver. Sentencias C- 574 de 1992 y C- 225 de 1995.

[35] Ver. Sentencia C-178 de 2014 y T-553 de 2017. Lo anterior, encuentra sustento en el artículo 13 de la Constitución Política, del cual se desprenden las diversas dimensiones de esta garantía constitucional, a saber: (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.

[36] Óp. Cit. SU-336 cd 2017. Así mismo, la sentencia SU-053 de 2015, indicó la relevancia de esta regla al señalar que cuando emana de los Altos Tribunales de Justicia adquiere un carácter ordenador y unificador "que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso".

"(…) es preciso reiterar que el principio de igualdad es a su vez expresión del principio de legalidad, en tanto "el ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas"

4.6.4. Por otro lado, esta Corporación también se ha pronunciado en distintas providencias sobre la relación existente entre la obligación constitucional de promover la *seguridad jurídica y el deber de garantizar la igualdad de trato en las actuaciones judiciales.* Así por ejemplo, en la Sentencia C-284 de 2015, explicó que la relación de estos principios permite a los ciudadanos prever las reglas que les serán aplicadas. Lo anterior, en el entendido en que *"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".*

4.6.5. Por consiguiente, la garantía del principio de igualdad y seguridad jurídica dependen de la uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces, pues sólo de esta forma, los ciudadanos tendrán certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se podrán concretar estos principios constitucionales en las actuaciones judiciales.[37]

4.6.6. En conclusión, y de conformidad con la Sentencia SU-336 de 2017, los jueces de la República tienen una obligación de mantener el precedente judicial, en el sentido de garantizar la igualdad de las decisiones judiciales, y la confianza legítima de los administrados.

Lo anterior, supone la materialización del derecho en cabeza de los ciudadanos de que la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico se realice bajo los parámetros constitucionales de igualdad y respeto del precedente judicial. Con ello, se garantiza a su vez la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos".[38]

[37] Cfr. Óp. Cit. SU 336 de 2017.
[38] Ibídem.

Razón por la cual, la Corte ha fijado como regla el valor normativo del precedente de las Altas Cortes, consistente en que *"si bien son obligatorios para los jueces de instancia y aún para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante y deben ser seguidos por los demás tribunales y jueces del país".*

4.7. Naturaleza y núcleo esencial del derecho al auxilio de las cesantías. Reiteración jurisprudencia

4.7.1. Las cesantías encuentran fundamento normativo en lo dispuesto en los artículos 42 y 48 Superiores. En cuanto al artículo 48 cabe decir que es el fundamento constitucional del derecho a la seguridad social, el cual, a la vez que derecho, se configura también como servicio público de carácter obligatorio. En ese orden, el mandato constitucional contenido en el inciso 1 del artículo 48 Superior, establece los mandatos de optimización que rigen a este servicio, y en consecuencia al derecho social fundamental, son la eficiencia, la universalidad y la solidaridad.

En ese orden, el legislador desde el año 1936 consagró el reconocimiento de las cesantías, como uno de los componentes de la protección constitucional, inicialmente legal, establecida a favor de los trabajadores y como manifestación del derecho a la seguridad social.[39] Posteriormente, la Corte Constitucional estableció la función social que cumple esta prestación parte del núcleo fundamental del derecho a la seguridad social, en el entendido de que se trata de una garantía desarrollada en el marco de la relación de subordinación empleado- empleador 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"*.[40]

4.7.2. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el *"auxilio de cesantías"* es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador *"con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación",* así mismo reconoce el carácter solidario que rodea a este *"beneficio de contenido económico"* pues *"se erige en una de las*

[39] Las Sentencia C-823 de 2006 y SU- 336 de 2017, sintetiza el reconocimiento legislativo de las cesantías de la siguiente manera: En un principio, la Ley 10 de 1934 estableció este auxilio para los empleados del sector privado y le otorgó un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato, ambos comprobados. Más adelante, la Ley 6 de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los trabajadores del sector privado y oficial de carácter permanente, manteniendo su rol indemnizatorio. Con posterioridad, la Ley 65 de 1946 replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social, connotación que se reprodujo finalmente en la regulación contenida en el Código Sustantivo del Trabajo.

[40] Al respecto se pueden ver las sentencias T-661 de 1997, C-823 de 2006, C-310 de 2007, T-053 de 2014, T-008 de 2015, T-410 de 2016.

prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, como también 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".[41]

4.7.3. Lo anterior, indica que la cesantía es una prestación socio-económica que hace parte integral de la garantía del derecho a la seguridad social, lo que la convierte, en un derecho socio-económico de los trabajadores, que se rige por un lado, por el principio de solidaridad, dado que no solo está dirigida hacia el trabajador sino también a su núcleo familiar, y por otro lado, por el principio de irrenunciabilidad, pues hace parte integral del derecho a la seguridad social, que en los términos de los artículos 48 y 53, son garantías irrenunciables de los trabajadores.

Adicionalmente, son universales pues se predica su configuración en toda situación de relación laboral. Así mismo, dado su carácter de derecho socio-económico está intrínsecamente ligado al principio de progresividad y no regresividad.

4.8. El principio de progresividad y no regresividad en los DESC[42] (derechos socio-económicos). Reiteración jurisprudencial

4.8.1. La Corte Constitucional indicó en la Sentencia C-507 de 2008 que la Constitución consagra un catálogo amplio de derechos sociales, los cuales hacen que el Estado sea sometido en esta materia al llamado principio de progresividad. Lo anterior, indica que la Constitución admite que la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata. Por ello, dada la escasez de recursos, la satisfacción de los derechos sociales está sometida a una cierta *"gradualidad progresiva"*.[43]

4.8.2. En este sentido, esta Corporación, siguiendo el derecho internacional, ha entendido que, en general, la obligación del Estado en materia de derechos sociales, económicos y culturales es la de adoptar medidas, *"hasta el máximo*

---

[41] Ver. Sentencia T-008 de 2015.

[42] El concepto de DESC obedece a una categoría de derechos que trascienden a las libertades individuales, en el sentido que aunque están compuestos por un núcleo *ius fundamental*, su complexión prestacional necesita de una garantía socio-económica para ser materializados. Bajo este último criterio como lo trae el artículo 48 C.P. o el artículo 26 de la CADH, y lo ha desarrollado la jurisprudencia citada se constituye la cláusula constitucional y convencional de progresividad y no regresividad, la cual dado su rango normativo vincula a todas las autoridades estatales, razón por lo cual su inobservancia es imputable también los jueces de la república.

[43] "La prohibición de retroceso de los DESC en la jurisprudencia constitucional colombiana supera la aparente contradicción entre la progresividad y el contenido esencial de los DESC. Tal y como ha sido interpretada y aplicada por los jueces nacionales, la prohibición de retroceso [regresividad] revela una estructura argumentativa y discursiva de los derechos, apuntada con un lenguaje de contenidos mínimos. El estudio de la jurisprudencia sobre la prohibición de retroceso permite construir un test escalonado de control constitucional [o tutela] para la defensa de los DESC en la práctica. Una teoría discursiva del derecho como la adoptada por la Corte Constitucional muestra cómo pueden conciliarse y hacerse compatibles la progresividad de los DESC y su contenido esencial, sin que sea necesario conservar el lenguaje de los "núcleos esenciales", el cual puede ser remplazado si perdida alguna". Arango R. La prohibición de retroceso en Colombia. En: Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. (Comp) Courtis Christian.2006.

de los recursos posibles", para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos.

Así las cosas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano autorizado para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señaló en la Observación N° 3, que:

> *"El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo"*[44]

4.8.3 En ese orden, la Sentencia C-438 de 2013 señaló que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado reglas específicas en cuanto a la progresividad en derechos sociales, económicos y culturales en el orden interno. Por un lado, se ha pronunciado sobre la libertad de configuración legislativa, la cual se ve restringida por el control judicial estricto a medidas que constituyan un retroceso para los derechos sociales. Por otro lado, indicó que la progresividad también aplica a las normas de procedimiento cuyo contenido está asociado a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, económicos y culturales. En suma, *"es posible afirmar que el sentido general de la regulación jurisprudencial sobre progresividad en esta materia es conseguir que, a pesar de las restricciones de diversa índole, los derechos sociales se puedan materializar efectivamente"*.[45]

Por consiguiente, es preciso señalar que la aplicación del principio de progresividad y no regresividad no está limitado a las funciones legislativas, y de creación y ejecución de políticas públicas sino que además se extiende al ámbito de la decisión judicial, pues esta garantía de los derechos humanos prestacionales, como bien se ha mencionado, tiene por finalidad la materialización efectiva de los denominados DESC.

4.8.4. Ahora bien, como se señaló en el acápite anterior, las cesantías como prerrogativa irrenunciables de los trabajadores hacen parte del núcleo del derecho a la seguridad social. Dichas disposiciones de contenido socio-

[44] Comité de Derechos Sociales. Observación General No. 3. (1990) La índole de las obligaciones de los Estados Partes.
[45] Corte Constitucional Sentencia C-438 de 2013.

económico, al igual que los demás componentes de este derecho humano, son revestidas por la cláusula de *progresividad y no regresividad.*[46]
En ese sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú[47], al establecer que:

> *"Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente".*

En consecuencia, las cesantías como prerrogativas socio-económicas parte del derecho a la seguridad social, traen consigo la cláusula de progresividad y no regresividad al ser parte integral de los DESC y, en ese orden, otras características derivadas del derecho constitucional social, como la cobertura universal y solidaria para todos los trabajadores.

4.9. El régimen legal del pago de las cesantías de los docentes oficiales en la jurisdicción contenciosa administrativa y constitucional. Reiteración jurisprudencial

4.9.1. Los profesores oficiales, entendidos como aquellos que se encuentran afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, están cobijados por el régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que regula el pago de cesantías. Dicha disposición señala:

> *"Artículo 15: Numeral 3. Cesantías.*

---

[46] Esta Corporación en la Sentencia C-834 de 2007, señaló que: En nuestro ordenamiento la seguridad social tiene una doble connotación. Por una parte, se trata de un derecho irrenunciable de todas las personas, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros; por otra, es un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El concepto de 'protección social' que manejó el Congreso de la República en la Ley 789 de 2002 resulta ser distinto de aquel de 'seguridad social', por cuanto, aquél es simplemente un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo los derechos a la salud, la pensión y al trabajo; por el contrario, la seguridad social es, a su vez, un servicio público, y un derecho irrenunciable de toda persona, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros, y al mencionar a los colombianos como destinatarios de un sistema de protección social el legislador no discriminó a los extranjeros, ni les vulneró sus derechos al trabajo y a la seguridad social

[47] Es pertinente precisar que este Tribunal ha sostenido que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un criterio relevante, pues este organismo internacional el intérprete autorizado de la CADH ratificada por Colombia, e incorporada a la Constitución en sentido material por la figura del Bloque de Constitucionalidad. Ver. Sentencias T- 225 de 1995 y C- 442 de 2011.

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio 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.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional".(Subraya fuera de texto original)

En ese orden, esta disposición no establece la configuración de la sanción moratoria sobre esta prerrogativa socio-económica. Por lo cual, al no contemplar este régimen especial disposición alguna que indique lo que deba ocurrir cuando los docentes del Fondo del Magisterio son acreedores del pago de la sanción moratoria, surgiendo entonces el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en cuál normatividad.

4.9.2. Por su parte, la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público, conforme a lo consagrado en el artículo 123 de la Carta Política, estableciendo en sus artículos 4º y 5º, que:

***"Artículo 4°.** Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5°. *Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este". (Subraya fuera de texto original)

Lo anterior, debe ser interpretado con el artículo 2º de la misma Ley, el cual indica el ámbito de aplicación de la misma a miembros de corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado, y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Excepcionalmente, menciona regímenes especiales de los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.[48]

4.9.3. Esta Corporación en la Sentencia SU-336 de 2017, identificó que: *"[e]sta falta de claridad en la norma llevó a los docentes a acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el fin de que fuera en esa instancia y producto del desarrollo jurisprudencial donde se resolviera lo concerniente al pago de la sanción moratoria de las cesantías reconocidas a favor de los docentes estatales.* Adicionalmente, indicó: *"[n]o obstante, (…), la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado no tiene una postura unificada sobre la materia, lo que ha generado que en ciertos casos se acceda a las pretensiones de los demandantes y, en otros, se nieguen sus solicitudes.*

Razón por la cual, la Sala procede a mostrar los criterios jurisprudenciales desarrollados tanto en el Consejo de Estado como en esta Corporación, en torno a esta materia.

---

[48] Artículo.2. Ley 1071 de 2006, *"por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".* Diario Oficial 46346 de julio 31 de 2006.

4.10. Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de sanción moratoria

Dentro del Consejo de Estado se ha conocido sobre esta problemática a través de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales los docentes afiliados al Magisterio han pretendido el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. En ese orden, dicha Corporación ha adoptado decisiones disímiles al reconocer tales pretensiones en algunos casos y negarlas en otros.

No obstante, lo anterior, tiene por dificultad la configuración de varias situaciones jurídicas, pues existe una pluralidad de precedentes que resuelvan la cuestión jurídica en distintos sentidos, y resultan inconsistentes entre sí, generando así, un *"caos jurisprudencial"*, que ha generado el desconocimiento de prerrogativas fundamentales del derecho a la seguridad social, de carácter universal e irrenunciable para todos los trabajadores.

Así las cosas, dentro del Consejo de Estado existen dos posiciones desde el año 2009 (resumidos en la Sentencia SU-336 de 2017): i) las sentencias que han acogido las pretensiones de los demandantes, aplicación de la sanción moratoria, y ii) las sentencias que han negado la aplicación de la sanción moratoria en el régimen especial de profesores oficiales.

Respecto de la primera, se ha pronunciado bajo las siguientes reglas: a) aplicación directa del régimen de la Ley 224 de 1995[49], b) a través de la figura del silencio administrativo de la parte demanda, bajo la premisa de que es una aceptación tácita de la configuración de la prerrogativa prestacional[50], y c) el criterio de tardanza o *tiempo sancionatorio,* entendido como el cargo que debe asumir el empleador por no pagar las prestaciones sociales en el tiempo legal establecido.[51]

En consecuencia con el último criterio, el Consejo de Estado en la sentencia del 17 de noviembre de 2016, en la que resolvió el caso de un docente de un municipio a quien le fue negado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías, reiteró que:

> *"el legislador no solo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe*

[49] Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 23001-23-31-000-2004-00069-02. Número interno 0859-08. CP: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo. Demandado: Departamento de Córdoba.

[50] Consejo de Estado, Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 19001-23-31-000-2003-01299-01. Número interno 0672-09. CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Eduardo Montoya Villafañe. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

[51] Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 73001-23-31-000-2013-00192-01. Número interno 0271-14. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Ibagué. Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00189-01. Número interno 1498-14. CP: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Diva Liliana Diago del Castillo. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad".[52]

En el segundo caso, las sentencias que han negado la aplicación de la sanción moratoria, el precedente ha sido uniforme, en el sentido de que el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, ha referido que:

"no es razonable exigir a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A. el cumplimiento de los términos señalados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes, por cuanto para tal efecto existen normas que contienen un procedimiento administrativo especial, con términos diversos y más extensos y en las cuales no se previó expresamente sanción moratoria alguna".[53]

En conclusión, el debate jurídico ocasionado por el reconocimiento y pago de la sanción moratoria está fijado dentro de la jurisdicción administrativa por la aplicación o la inaplicabilidad de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en el régimen especial de profesores oficiales, lo que ha generado un problema de interpretación legal que trasciende al orden constitucional.

4.11. El criterio unificado de la Corte Constitucional respecto del reconocimiento y pago de sanción moratoria a profesores oficiales. Reiteración del precedente contenido en las Sentencias SU- 1185 de 2001, C-741 de 2012, SU-310 y SU-336 de 2017

Para efectos de la configuración del reconocimiento y pago de la sanción moratoria ocasionada por la tardanza en la consignación de las cesantías totales o parciales, la Sala mostrará la consecución de las cesantías para el régimen especial de profesores afiliados al magisterio, su carácter especial y

[52] Consejo de Estado, Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número interno 1520-2014. CP: William Hernández Gómez. Actor: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

[53] Ver. Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 26 de agosto de 2010. Número interno: 1738-08. CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, y, Consejo de Estado, Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 19 de enero de 2015. Número interno: 4400-13. CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Gonzaca Timoté Aroca. Demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, entre otras.

no discriminatorio, así como el régimen aplicable a estos y por último, el criterio unificado sobre la materia en cuestión.

Como bien se mencionó, el ordenamiento constitucional prevé la existencia de la garantía socio-económica de las cesantías como parte integral del núcleo esencial del derecho a la seguridad social. Adicionalmente, la Ley 91 de 1989 dispone el régimen especial para los docentes oficiales afiliados al magisterio. En ese contexto, la Corte ha señalado respecto de la existencia del régimen especial en materia de seguridad social que:

> *"En materia prestacional los docentes cuentan con un régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. Aclaró que contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado".*[54]

Lo anterior indica que, la existencia de un régimen especial para los maestros afiliados al magisterio no implica la existencia de una medida discriminatoria, sino por el contrario, como se sustrae del pronunciamiento citado, *"el régimen especial de los docentes en Colombia (…) se encamina a (…) a protegerlos y favorecerlos".*

Por otro lado, en cuanto a la calidad de los profesores afiliados al magisterio este Alto Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia C-741 de 2012, explicó que los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de las categorías de servidores públicos y de empleados públicos; sin embargo, el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución[55] los definió como *empleados oficiales de régimen especial*, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos[56] y la Ley General de Educación,[57] expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron *servidores públicos de régimen especial*. A juicio de esta Corporación, estas definiciones pueden ser asumidas como de contenido equivalente, en tanto las diferencias existentes en cuanto al término inicial de cada una de ellas corresponderían a lo que en cada momento ha sido la forma más genérica de denominar a las personas que prestan sus servicios al Estado.[58] De ese modo, este Tribunal entendió a los docentes como asimilables a los empleados públicos.

---

[54] Corte Constitucional, Sentencia C- 928 de 2006.
[55] Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 2°.
[56] Ley 60 de 1993, artículo 6°, inciso 6°, derogada por la Ley 715 de 2001.
[57] Ley 115 de 1994, artículo 105, parágrafo 2°.
[58] Cfr. Sentencia Su-336 de 2017.

Recientemente, la Corte en la Sentencia C-486 de 2016 estudió la demanda presentada contra el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015, norma que estableció los parámetros para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio , y el pago de la sanción moratoria de las mismas. En la formulación del cargo de inconstitucionalidad se argumentó que *"el artículo demandado vulneraba el derecho a la igualdad de los docentes afiliados al Magisterio, ya que creó un régimen menos favorable comparado con el régimen establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, aplicable a los servidores públicos y, por consiguiente, a los docentes del sector oficial".*

En ese orden, dicha providencia estableció que, a) de conformidad con la Sentencia C-741 de 2012 los docentes oficiales aunque no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, b) que la normatividad diferenció las categorías en que se agruparían los docentes afiliados al fondo, con el fin de establecer los trámites y las disposiciones que les serán aplicables de conformidad a su fecha de vinculación[59], y, c) que corresponde al Fondo del Magisterio reconocer y pagar las prestaciones sociales y la asistencia en salud, y que, en lo que tiene que ver con el pago de las cesantías, era preciso aclarar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. *"Es por ello que el pago de las cesantías del personal docente causadas desde la promulgación de la Ley 91 de 1989 sigue la normatividad aplicable a los empleados del sector público del nivel nacional"*.

Por consiguiente, la Corte indicó que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos y estableció que la entidad responsable cuenta con quince (15) días hábiles para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías; y un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar el pago, contados desde que la Resolución de reconocimiento quede en firme. En otras palabras, señaló que *"cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos"*.[60]

---

[59] La Sentencia C-741 de 2012, hizo mención al desarrollo histórico del régimen que regula las cesantías del personal docente. Explicó que, en un primer momento, la Ley 43 de 1975 dispuso que la Nación y las entidades territoriales se harían cargo, conforme les correspondiera, del pago de las prestaciones del personal docente de acuerdo al tipo de vinculación que ostentaran. Sin embargo, a partir de la expedición de la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, los docentes gozan de un régimen prestacional especial, el cual se encuentra administrado directamente por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así mismo señaló que los docentes oficiales se agruparan: (i) en el personal nacional, el cual reúne a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; (ii) el nacionalizado, entendiéndose integrado por el personal vinculado mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975; y (iii) el personal territorial, en el cual se encuentran los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la mencionada ley.

[60] Cfr. Sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017.

Lo anterior, tiene por finalidad garantizar el pago oportuno de las cesantías y en ese orden, efectuar la materialización de los derechos al trabajo y a la seguridad social. Pues la tardanza o falta de pago de las cesantías genera una afectación para el trabajador que desconoce a su vez otras garantías fundamentales y desdibuja el propósito mismo por el cual fueron establecidas a su favor.[61]

Es de anotar que las sentencias SU-1185 de 2001 y SU-310 de 2017, han establecido la preexistencia del principio de favorabilidad dentro del ordenamiento jurídico interno, el cual tiene como propósito la protección de los derechos laborales y de la seguridad social de los trabajadores en los escenarios judiciales. Lo anterior entendido como, *"(…) ante la existencia de dos interpretaciones razonables de la Corte Constitucional sobre una misma norma de seguridad social, el tribunal tenía la obligación de considerar lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, en lo relacionado con el principio de favorabilidad laboral y, por consiguiente, motivar la postura adoptada en el caso concreto*". De manera que en los casos resueltos por esta Corporación se ha decidido amparar los derechos fundamentales invocados por los accionantes y en ese orden, se ha intestado a las autoridades judiciales accionadas a proferir nueva sentencia aplicando el principio de favorabilidad laboral y de la seguridad social.

En conclusión, tanto la jurisprudencia constitucional como el texto constitucional establecen el reconocimiento de la sanción moratoria para los profesores oficiales o afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio. Esto con ocasión de la concurrencia de varias garantías fundamentales como la cláusula de progresividad y no regresividad sobre los DESC, el principio de favorabilidad, universalidad y solidaridad. En ese sentido, siendo la sanción moratoria una prerrogativa de las cesantías, derecho socio-económico, que ha sido alcanzada por el ordenamiento legal para la protección de los derechos a la seguridad social de los trabajadores, a través del *tiempo sancionatorio* por la tardanza en el pago de las cesantías por parte del empleador, no puede ser un precepto parcial dentro del universo de trabajadores, pues se tornaría como una medida *regresiva* y *discriminatoria* frente a los profesores parte del régimen especial del magisterio.

V. Análisis del caso concreto: La providencia judicial del Tribunal Administrativo del Tolima contraría de manera abierta la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional

[61] Ibídem. En estricto sentido se mencionó: *"Naturaleza y núcleo esencial del derecho al auxilio de las cesantías. 6.1. La jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en la importancia que reviste el derecho a la seguridad social como condición ineludible para el goce efectivo de otras garantías fundamentales. Así mismo, ha establecido que esta garantía constitucional es consecuencia necesaria de la consagración del Estado Colombiano como Estado social de Derecho (art. 1º C.P), "en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal la obligación de promover el florecimiento de las condiciones requeridas para la materialización del principio de la dignidad humana y del postulado de la primacía de los derechos fundamentales"*

La accionante presento acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones del Magisterio y la Gobernación del Tolima, con el fin de que se reconociera la sanción moratoria sobre el pago tardío de las cesantías parciales. Lo anterior, dado que el Fondo de Prestaciones Sociales del Ministerio pagó, el 22 de agosto de 2012, el valor correspondiente a las cesantías causadas, obviando la constitución de una mora de 187 días, teniendo en cuenta que la entidad se excedió de los 65 días que tenía para reconocer y pagar dicha prestación social, pues la resolución No. 01852, por medio de la cual reconoció la prestación, fue expedida el 09 de mayo de 2012.

El referido proceso contencioso administrativo fue decidido de forma favorable en primera instancia, por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Ibagué, el día 27 de noviembre de 2015. Sin embargo el Tribunal Administrativo del Tolima decidió revocar la decisión en segunda instancia, a través de la Sentencia del 03 de junio de 2016.

Así las cosas, el Tribunal Administrativo del Tolima dentro de la providencia objeto de la presente acción de tutela, estableció que con base en las decisiones tanto de la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Tolima, así como de algunas secciones del Consejo de Estado, en virtud del estudio de precedente horizontal no existía una posición fijada sobre el reconocimiento de la sanción moratoria para el régimen especial de profesores, dado que la prerrogativa establecida en la Ley 1071 de 2006 que modificó a la Ley 244 de 1995, está dirigida al régimen general de servidores públicos y trabajadores oficiales salvo las excepciones establecidas en la ley. Razón por la cual, la sanción moratoria no aplica para el caso de las cesantías de los profesores, al tener estos un régimen especial.

Respecto de lo anterior, advierte la Sala que como se expuso, todas las decisiones de las autoridades judiciales accionadas usaron como argumento que, en tanto el régimen especial de los docentes oficiales no contempla el reconocimiento de la sanción moratoria para ese sector, no era posible aplicar el régimen general que sí consagra esa prerrogativa, por cuanto el régimen especial debe ser aplicado como un todo so pena de crear una tercera regla que tomara partes de ambos regímenes. Sobre el particular la Sentencia SU-336 de 2017 sintetizó las reglas desarrolladas durante esta providencia, indicando:

> *"Sobre el particular, la Sala considera que aceptar un argumento como el señalado es dar prevalencia a una interpretación que no se acompasa con el concepto de las cesantías y su función social, en tanto acude a la taxatividad de la norma sin profundizar en la naturaleza, funciones y características de los docentes oficiales, sobre una postura que 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, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales".*

Por lo cual, hacer uso de esa interpretación restrictiva en el presente caso lleva al (i) desconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, de los cuales son titulares todos los trabajadores sin distinción alguna; (ii) contraría 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) desconoce el Tribunal Administrativo que el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes oficiales, en este caso de la señora Deifan Herrera, es la postura que mejor se adecúa 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; (v) olvida 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 (vi) conducen 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.

Adicionalmente, para la Sala Cuarta la decisión tomada por el Tribunal Administrativo del Tolima desconoce los desarrollos constitucionales mediante precedente judicial sobre los derechos socio-económicos, en concreto, en lo referente a la cláusula de progresividad y no regresividad. Ya que la decisión del 03 de junio de 2016 que revocó el fallo de primera instancia, resulta ser una medida regresiva en el reconocimiento de los derechos prestacionales de los docentes oficiales, *"en la medida que está retrotrayendo no solo la intención misma del legislador de aplicar a todos los funcionarios públicos y servidores estatales el derecho de que sus cesantías sean pagadas de manera oportuna, sino que contraría el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales de los accionantes que se encuentran en la misma situación fáctica que otros docentes oficiales, a quienes sí se les reconoció la sanción moratoria"*[62], según se desprende de las consideraciones de esta sentencia.

En ese orden, como se señaló en el capítulo de las consideraciones la cláusula de progresividad y no regresividad, sobre los derechos económicos, sociales y culturales, es una disposición propia de la constitución en sentido material[63], es decir, está integrada al texto constitucional a través de la cláusula remisoria del artículo 93 de la C.P., la cual, por medio de la figura del bloque de constitucionalidad, le otorga rango constitucional a los instrumentos

[62] Ibíd.
[63] El profesor Fuentes Contreras establece que se entiende como constitución en sentido material aquellas normas que no hacen parte del texto formal-escrito- de la Constitución Política de 1991, y que gozan de rango constitucional, con ocasión a las diferentes fuentes normativas contenidas en las cláusulas constitucionales de los artículos 93 y 94 del texto formal, y la posterior consecución de la figura de bloque constitucional. Al respecto ver. Fuentes Contreras Edgar. *La Materialidad de la Constitución.* 2010. Ibáñez.

internacionales, ratificados por el Congreso de la República de Colombia, que la contienen, como son la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en concreto artículo 26, derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lo anterior, hace de esta garantía un elemento integral del ordenamiento jurídico del Estado Social Constitucional, por lo que su desconocimiento implica la transgresión directa a la -*norma fundamental*-.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso objeto de estudio se configuran las causales de procedibilidad específicas de violación directa de la Constitución y de desconocimiento del precedente judicial. Bajo ese entendido, la Corte procederá a conceder el amparo invocado por la accionante.

Ahora bien, bajo estos supuestos resulta procedente dejar sin efecto la providencia judicial referida, seguida de la orden a la autoridad judicial de instancia de dictar un nuevo fallo que se ajuste a las directrices del presente proveído.

Por consiguiente, la Sala Cuarta de Revisión procederá a revocar la decisión proferida en sede de tutela por el Consejo de Estado, en primera instancia, mediante la cual negó la protección invocada por la accionante y, en su lugar, concederá la protección de los derechos a la igualdad en las decisiones judiciales, seguridad jurídica respecto de la cláusula de progresividad y no regresividad de los derechos, económicos, sociales y culturales y al debido proceso por violación directa de la Constitución, de la señora Deifan Herrera Acosta.

En consecuencia, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima devolver el caso estudiado para que quede en firme la Sentencia del 27 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué en donde se accedió a las pretensiones de la demanda y se reconoció la sanción moratoria causada de conformidad con los lineamientos fijados en esta providencia y previa verificación de los requisitos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido el diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) por el Consejo de Estado, Sección Cuarta que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales a la igualdad en las decisiones judiciales, seguridad jurídica respecto de la cláusula de progresividad y no regresividad de los derechos, económicos, sociales y culturales y al debido proceso por violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente judicial constitucional de la señora Deifan Herrera Acosta.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **DEJAR SIN EFECTO** la sentencia proferida en segunda instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por el Tribunal Administrativo del Tolima del tres (03) de junio de dos mil dieciséis (2016) . En su lugar **ORDENAR** al Tribunal Administrativo del Tolima que, en el término de 30 días contados a partir de la notificación de esta sentencia, devuelva al Juzgado Primero Administrativo de Ibagué para que **QUEDE** en firme la Sentencia del 27 de noviembre de 2015, en donde el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda y reconoció la sanción moratoria causada de conformidad con los lineamientos fijados en esta providencia y previa verificación de los requisitos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

TERCERO. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con Aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con Aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILLÁN
Secretaria General (e)