



## Sentencia 2018-03499 de 2019 Consejo de Estado

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL / VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA LABORAL / VACÍO EN LA NORMA ESPECIAL- Aplicación de la norma general / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD - No se desconoce cuando la intención es armonizar el régimen especial con el general / RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL DOCENTE - No contempló la sanción moratoria en el pago de las cesantías / PROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA EN EL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL DOCENTE - Ante el vacío de la norma especial

[E]ncuentra la Sala en este caso que [se] configura el defecto de violación directa de la Constitución, toda vez que en el fallo de segunda instancia acusado se desconocieron los principios favorabilidad y de igualdad en materia laboral de la accionante, consagrados en los artículos 53 y 13 de la Carta Política. Ciertamente, para la resolución del caso concreto no se realizó la interpretación más favorable posible de la Ley 344 de 1996, que extendió el régimen anualizado de cesantías a los servidores públicos. (...) [Contrario a los argumentos expuestos por la demandada,] el principio de inescindibilidad normativa no se desconoce cuando la intención es armonizar un régimen general con uno especial y establecer relaciones válidas de complementariedad entre uno y otro (...) [tampoco] constituye motivo razonable para no conceder lo pretendido por la accionante (...), porque resulta evidente que la interpretación más favorable al trabajador es la que permite la aplicación al caso de la sanción prevista en el régimen general de servidores públicos, con base en el contenido de artículo 1 del Decreto 1252 de 2000. (...) [S]e advierte [también,] que en este caso no se presentan antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío. Nótese, que la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la sanción moratoria, ni excluyó esta figura jurídica que sí está regulada en la norma general, en consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra, sino de disposiciones que se complementan.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / LEY 344 DE 1996 / DECRETO 1252 DE 2000 - ARTÍCULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03499-01(AC)

Actor: NEVYS DEL SOCORRO ARIZA ARÉVALO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

Asunto: Acción de tutela - Segunda Instancia

Tema: Acción de tutela contra providencias judiciales.

Subtema 1: Consideraciones generales sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales/requisitos generales de habilitación de la tutela contra providencias judiciales/causales específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales/ defecto de violación directa de la Constitución.

Subtema 2. Aplicación de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FOMAG.

Sentido del fallo de tutela: Se amparan los derechos fundamentales de la tutelante por haberse demostrado la configuración del defecto alegado.

La Sala procede a decidir la impugnación<sup>1</sup> presentada por Nevys del Socorro Ariza Arévalo contra el fallo de tutela proferido el 14 de marzo de 2019, mediante el cual la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó el amparo constitucional.

## I.- ANTECEDENTES

### 1.- La solicitud de amparo constitucional

El 25 de septiembre de 2018 Nevys del Socorro Ariza Arévalo presentó acción de tutela<sup>3</sup> en procura de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social; los que estimó vulnerados por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado al proferir la sentencia del 7 de septiembre de 2018 dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho bajo el radicado No. 08001-23-33-000-2014-00208-01 (0324-2016), que revocó la sentencia del 8 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, y en su lugar, negó la pretensión relacionada con el pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anualizadas que el Fondo Nacional del Magisterio debe realizar. En consecuencia, solicitó:

*“PRIMERO: REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado del 07 de septiembre de 2018 proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho contra el (sic) NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO – MUNICIPIO DE SABANALARGA – ATLANTICO, radicado: 08001-23-33-000-2014-00208-01 (0324-2016), que revocó la decisión emitida en sentencia del día 08 de octubre de 2018 del Tribunal Administrativo del Atlántico en fallo de primera instancia.*

*En su lugar, CONCEDER la protección de mis derechos constitucionales a la igualdad en las decisiones judiciales, al principio de favorabilidad laboral, debido proceso y por violación directa de la Constitución.*

*SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en segunda instancia por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado del 07 de septiembre de 2018. En su lugar, ORDENAR al (sic) Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado que profiera una nueva decisión mediante la cual acceda a las pretensiones de la demanda y ordene el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la omisión en el pago de las cesantías correspondientes a las anualidades 2001 a 2003<sup>4</sup>.”*

### 1.1.- Hechos en los que se fundamenta la solicitud de amparo constitucional

1.1.1.- La señora Nevys del Socorro Ariza Arévalo, por medio de apoderado, presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación

- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG - Departamento del Atlántico y el Municipio de Sabanalarga - Atlántico, en virtud de la cual solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2013ER124939 sin fecha, expedido por la Alcaldía de Sabanalarga - Atlántico y del oficio del 9 de octubre de 2013 proferido por la Gobernación del Atlántico; que negaron el pago de la sanción derivada de la mora en la consignación del auxilio de cesantías en forma anualizada correspondiente a los años 2001, 2002 y 2003.

1.1.2.- Mediante sentencia del 8 de octubre de 2015 el Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las pretensiones de la demanda y condenó a la Nación - Ministerio de Educación - FOMAG y al Municipio de Sabanalarga, a reconocer y pagar a favor de la demandante la sanción de que trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003. Esta decisión fue apelada por la parte demandada.

1.1.3.- Mediante fallo de segunda instancia proferido el 7 de septiembre de 2018 la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar negó las pretensiones de la demanda.

## 1.2.- Fundamentos de la solicitud de amparo constitucional

1.2.1.- Alegó la peticionaria que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por medio de la sentencia del 7 de septiembre de 2018, vulneró sus derechos fundamentales antes mencionados.

1.2.2.- Agregó que la acción de tutela satisface los requisitos de procedibilidad general y que la decisión que confuta adolece de los defectos de violación directa de la Constitución y sustantivo. El primero, en tanto inobservó los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad. El segundo, por cuanto desconoció, entre otras, la sentencia CE-SUJ-SII-012-2018SUJ-012-S2 del Consejo de Estado, así como las sentencias T-008 de 2015 y SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional, por medio de las cuales se determinó la posibilidad de aplicar la sanción por mora en la consignación tardía de las cesantías a los docentes.

1.2.3.- Conforme con lo anterior, se tiene que la accionante efectivamente alegó los defectos de violación directa de la Constitución, sustantivo por desconocimiento del precedente judicial y de desconocimiento del precedente constitucional.

## 2.- Trámite de la acción de tutela en primera instancia

Por medio de auto del 2 de octubre de 2018 la Sección Cuarta de esta Corporación admitió la acción de tutela, notificó esa decisión a los Consejeros de Estado de la Subsección B de la Sección Segunda y como terceros interesados, a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fiduprevisora S.A., al Departamento del Atlántico y al Municipio de Sabanalarga.

### 2.1.- Contestación e intervención de terceros

2.1.1.- La Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, a través del Magistrado Auxiliar Julio Cesar Escorcía Chávez, presentó escrito de contestación en el que manifestó que si bien la accionante considera que las normas no se aplicaron con un enfoque constitucional, en la sentencia atacada vía tutela se expusieron los motivos por los cuales no tenía derecho a la sanción por mora en la consignación de sus cesantías anualizadas. Sobre ello, indicó:

*"...[a] los docentes como empleados públicos que son, les es aplicable la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, y demás normas complementarias; es decir, que tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pero cuando pertenecen al régimen de cesantías definitivas o parciales, por lo que es dable recordar, que estas son exigibles cuando el empleado se desvincula de la administración o cuando las solicita aun cuando vinculado a su empleo (...), la sentencia unificadora no indicó, que los docentes a quienes se les aplica el régimen anualizado de cesantías -Ley 91 de 1989- tenga derecho al pago de la penalidad por mora".*

En consecuencia, solicitó declarar improcedente la acción de tutela.

2.1.2.- La Fiduprevisora S.A.7 petitionó que el amparo se declare improcedente.

2.1.3.- La Nación - Ministerio de Educación Nacional consideró<sup>8</sup> que no está llamado a responder la pretensión de la accionante y solicitó la declaratoria de improcedencia.

2.1.4.- El municipio de Sabanalarga señaló<sup>9</sup> que la acción debe declararse improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad.

2.1.5.- La Gobernación del Atlántico y el Tribunal Administrativo del Atlántico no se pronunciaron.

### 3.- Fallo de tutela objeto de impugnación

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante fallo de tutela del 14 de marzo de 2019, negó el amparo, para lo cual expuso las razones que a continuación se anotan:

3.1.- En primer lugar, realizó un recuento sobre la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional en lo referente a la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.2.- Frente al caso en concreto determinó que el régimen de cesantías establecido en la Ley 50 de 1990 no puede ser acogido, en tanto la señora Nevys del Socorro Ariza Arévalo es docente oficial, de manera que sus cesantías se regulan por el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Así, expuso lo siguiente:

*“[E]l régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo por virtud del artículo 1° del Decreto [1582 de 1998], a los servidores públicos del orden territorial, no es aplicable a la señora Nevys del Socorro Ariza Arévalo, por cuanto se trata de una docente oficial a quien se le aplica el régimen especial de cesantías de la Ley 91 de 1989, el cual, por su naturaleza, no prevé la sanción moratoria por la no consignación oportuna de cesantías en el fondo privado.<sup>10</sup>”*

3.3.- En cuanto al desconocimiento del precedente, determinó que la decisión confutada no inobservó la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 de la Sección Segunda de esta Corporación, por cuanto se relacionaba con la modalidad de la sanción moratoria que se causa a cargo del fondo por falta de pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas. Agregó que tampoco inobservó las decisiones del Tribunal Constitucional, pues si bien por medio de la sentencia SU-098 de 2018 dicho Ente abordó lo relacionado con la consignación tardía de cesantías y su aplicación extensiva a los docentes, por medio de sentencia la C-928 de 2006 estableció que la Ley 91 de 1989 no era violatoria del derecho a la igualdad pues debía revisarse el sistema como un todo, sin estudiar disposiciones aisladas. Así, aludió que daba primacía al estudio realizado por la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad y acogió lo señalado en la C-928 de 2006.

### 4.- Razones de la impugnación

Contra dicha decisión, la accionante presentó impugnación el 10 de abril de 2019<sup>11</sup> y solicitó que se accediera al amparo petitionado, en cuyo efecto reiteró los argumentos expuestos en la demanda de amparo constitucional, con los cuales considera que existe precedente obligatorio para ser aplicado al caso, fijado en la Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, compartido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 del 17 de octubre de 2018, en la que determinó la procedencia de aplicar la sanción por mora en el pago de las cesantías a los docentes.

## II.- CONSIDERACIONES

### 1.- Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86<sup>12</sup> de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 13 del Acuerdo de Sala Plena del Consejo de Estado No. 080 del 12 de marzo de 2019, por el cual se expide el “Reglamento Interno del Consejo de Estado”, esta Sala es competente para conocer la impugnación presentada contra el fallo de tutela proferido el 14 de marzo de 2019 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que a su vez, resolvió en primera instancia la acción de tutela interpuesta contra la sentencia del 17 de septiembre del 2018 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de esta misma Corporación dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho bajo el radicado No. 08001-23-33-000-2014-00208- 01 (0324-2016), que revocó la sentencia del 8 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

### 2.- Problema jurídico

2.1. Se verificará si la solicitud de amparo constitucional cumple con los requisitos generales de procedibilidad. En caso afirmativo, luego de reiterar el marco legal y jurisprudencial del régimen de cesantías de los servidores públicos y de los docentes oficiales, se determinará si la sentencia proferida el 17 de septiembre del 2018 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado incurre en los defectos de violación directa de la Constitución, sustantivo por desconocimiento del precedente judicial y desconocimiento del precedente constitucional. Finalmente, se resolverá el caso concreto.

### 3.- La acción de tutela contra providencias judiciales

La Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005<sup>13</sup> reconoció que la acción de tutela contra providencias judiciales es procedente “*si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad*”<sup>14</sup>, dentro de los que se distinguen los siguientes: que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; que la petición cumpla con el requisito de inmediatez; que en el evento de fundamentarse la solicitud en una irregularidad procesal esta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales; que se identifiquen en forma razonable los hechos que generan la vulneración de los derechos y, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso y; que el fallo censurado no sea de tutela.

Ahora bien, en el caso en que se encuentren reunidos los requisitos anteriores, el juez del amparo analizará las causales específicas de procedencia de tutela contra providencias, con el fin de determinar si se vulneraron o no los derechos fundamentales de los peticionarios<sup>15</sup>. Estas son: defecto orgánico<sup>16</sup>; defecto procedimental<sup>17</sup>; defecto fáctico<sup>18</sup>; defecto material o sustantivo<sup>19</sup>; defecto por error inducido<sup>20</sup>; defecto por falta de motivación<sup>21</sup>; defecto por desconocimiento del precedente<sup>22</sup> y defecto por violación directa de la Constitución<sup>23</sup>.

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

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

4.2.- De igual forma, cumple el requisito de *subsidiariedad* toda vez que contra la providencia objeto de tutela no existe otro medio de impugnación ni procede el recurso extraordinario de revisión<sup>24</sup>.

4.3.- Asimismo, tiene lugar el presupuesto de *inmediatez*, pues la sentencia de segunda instancia objeto de la solicitud se profirió el 7 de septiembre de 2018 y el amparo se interpuso el 25 del mismo mes y año, esto es, dentro del término razonable señalado por la jurisprudencia<sup>25</sup>.

4.4.- No se alega una *irregularidad procesal*.

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

4.6.- No se ataca una decisión de tutela sino una sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 08001-23-33-000-2014- 00208-01 (0324-2016).

4.7.- Así las cosas, habiéndose cumplido los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala analizará si en el caso de autos se encuentran configurados los defectos alegados, previo el estudio del marco legal del tema bajo estudio.

5.- Causales específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales

5.1.- Violación directa de la Constitución

La causal específica de procedibilidad a la que se alude se constituye en una garantía al principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 4º de la Carta.

Así pues, se configura cuando las autoridades judiciales, al resolver un determinado asunto que se somete a su decisión, desconocen los postulados constitucionales. Al respecto, se ha señalado que se configura cuando el juez al adoptar su decisión, i) deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto; o porque ii) aplica una norma que va en contra de las disposiciones constitucionales<sup>26</sup>.

También se ha precisado que la acción de tutela por violación directa de la Constitución resulta procedente cuando: i) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; ii) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; o iii) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución<sup>27</sup>.

En el segundo caso, la jurisprudencia ha afirmado que el juez debe tener en cuenta el principio de supremacía constitucional en todos sus fallos y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le alegue que una determinada norma resulta incompatible con los postulados constitucionales, debe aplicar de forma preferente los últimos.

En conclusión, cuando el funcionario judicial no observa los principios y las normas constitucionales o lo hace de manera indebida, su decisión puede cuestionarse por vía de la acción de tutela.

6. Marco legal y jurisprudencial del régimen de cesantías de los servidores públicos y de los docentes oficiales

La Ley 344 de 1996 en su artículo 1328 estableció que todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir el 31 de diciembre de 1996, tendrán un régimen de cesantías anualizado<sup>29</sup> y aclara que esto aplica "*[s]in perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989<sup>30</sup>*". El régimen anualizado de cesantías referido aparece consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y tiene las siguientes características:

*"1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de Salario por cada día de retardo”.

Por lo anterior, los servidores públicos vinculados a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996 tienen derecho a la sanción por mora en la consignación de sus cesantías prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cuando estas se les consignen por fuera del término establecido.

De su lado, el Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998<sup>31</sup> reglamentó el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y estableció que el régimen de cesantías anualizado para los servidores públicos del nivel territorial que se afilien a fondos privados será el previsto en la Ley 50 de 1990.

Posteriormente el Decreto 1252 de 2000 en su artículo 132 señaló que “los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso”. Dispuso además que el régimen anualizado de cesantías es aplicable aun cuando en la entidad u organismo en que trabaje el servidor público exista un régimen especial para cesantías y estableció que los fondos que estén pagando las cesantías a los servidores seguirán haciéndolo.

Sin embargo, los docentes oficiales —calidad que ostenta la señora Nevys del Socorro Ariza Arévalo— no tienen una regulación específica frente a la sanción por mora en la consignación tardía del auxilio de cesantías, por lo que el régimen prestacional que se les aplica está contenido en la Ley 91 de 1989, que en su artículo 1533 establece el derecho a las cesantías y hace una distinción entre el régimen aplicable a los vinculados antes de 1990 y a los que lo hicieron a partir del 1° de enero de 1990, caso este último en el que se encontraba la señora Ariza Arévalo, toda vez que su vinculación ocurrió en el año 2000<sup>34</sup>.

Determina el mencionado artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que los docentes nacionales y los que se vincularon a partir del 1 de enero de 1990 se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional para efectos prestacionales. Pese a ello, no hizo alusión a la figura de la sanción por mora en la consignación de las cesantías al fondo.

De su lado, la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, se ha ocupado del estudio de este tema, estableciendo la existencia de dos tipos de sanciones moratorias; la primera, hace referencia a la sanción por mora en la consignación de cesantías anuales, contenida en la Ley 50 de 1990 extendida a los servidores públicos por medio de la Ley 344 de 1996, que se aplica cuando el empleador consigna las cesantías anuales después del término legal, y la segunda, la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales, consagrada en la Ley 244 de 1995<sup>35</sup> modificada por la Ley 1071 de 2006, que tiene lugar en el tardío pago de las cesantías definitivas o parciales; estas son solicitadas por el trabajador y es el fondo el responsable de su pago.

La solicitud de amparo en el presente caso se refiere a la sanción por mora en la consignación de las cesantías anuales. No obstante, la Sala estudiará los pronunciamientos que sobre las dos sanciones se han realizado tanto por la Corte Constitucional como por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con anterioridad al 7 de septiembre de 2018, fecha en que se profirió la sentencia de segunda instancia objeto de la acción de tutela.

La Corte Constitucional, mediante sentencia T-008 de 2015, concedió la sanción por mora en la consignación al FOMAG, de las cesantías de un docente. Esta sentencia indicó que la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998 hicieron aplicable a los trabajadores de entidades y organismos del Estado el régimen previsto en la Ley 50 de 1990 que contiene la sanción por mora en la consignación de las cesantías. A juicio de la Corte, en cuanto el docente es un empleado público, a él le resulta aplicable el referido régimen.

Por el contrario, en los fallos del Consejo de Estado<sup>36</sup> se venía negando la posibilidad del pago de la sanción por mora en la consignación de las cesantías, en consideración de que los destinatarios del régimen anualizado eran los servidores públicos de orden territorial. Esta postura estaba fundamentada en que el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la Ley 344 de 1996 solo extendió la sanción por mora en la

consignación de las cesantías a los empleados del orden territorial que estuvieran afiliados a un fondo privado de cesantías.

Como puede apreciarse, la postura de la Corte Constitucional estaba dirigida a conceder la sanción por mora en la consignación de las cesantías a los docentes en consideración a su condición de servidores públicos, mientras que la posición del Consejo de Estado era negarla por cuanto entendía que esta solo aplica para empleados públicos de orden territorial afiliados a fondos privados de cesantías, requisitos que ningún docente vinculado con posterioridad al 1 de enero de 1990 podría acreditar, toda vez que ellos están afiliados al FOMAG.

Ahora, con posterioridad a la fecha en que se profirió la sentencia objeto de tutela, el criterio de la Corte Constitucional antes expuesto ha tenido un desarrollo mucho mayor. Así se puede constatar en la sentencia de unificación SU-098 de 2018, por medio de la cual decidió sobre la posibilidad de que los docentes oficiales se beneficien de la sanción por mora en la consignación de las cesantías y estableció que existió una violación directa a la Constitución en los casos en que se negó el reconocimiento y pago de la sanción por retardo en la consignación contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales.

En ese sentido la Corte Constitucional consideró que elegir la interpretación restrictiva de la sanción moratoria resultaba contrario a los principios de favorabilidad e igualdad consagrados en la Constitución, pues basándose en el artículo 1 del Decreto 1252 de 2000 se debió entender que la sanción era aplicable a los docentes por ser servidores públicos, aun cuando tengan un régimen especial. Aunado a esto, arguyó que no existe incompatibilidad alguna entre el régimen especial y el régimen general sobre este punto, toda vez que en el régimen especial existe un vacío sobre la materia.

En el mismo sentido, se ha venido desarrollando la jurisprudencia en torno al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, tema que ya fue unificado por los dos órganos de cierre y que la actora solicitó se le aplique como precedente para su caso, por analogía.

Sobre este punto desde el año 2017 la Corte Constitucional unificó el criterio en la sentencia SU-336 en el sentido de entender que los docentes pueden reclamar la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995 en razón de que su régimen es muy similar al de los servidores públicos, por lo que podrían aplicar esta disposición del régimen general que era la condición más beneficiosa y que materializaba los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, la efectividad del derecho a la seguridad social en condición de igualdad con los demás servidores públicos y el principio de favorabilidad, toda vez que el régimen especial docente no reguló dicho supuesto.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 201837 determinó que los docentes oficiales son servidores públicos y que por ende se les puede aplicar la Ley 1071 de 2006 que prevé la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas.

De forma que, a diferencia de la sanción por mora en la consignación de las cesantías anuales, ya no hay discusión sobre la posibilidad de los docentes de beneficiarse de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas, toda vez que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado unificaron su jurisprudencia estableciendo que esta penalidad consagrada en la Ley 244 de 1995 sí aplica a los docentes oficiales.

#### 7.- Resolución del caso en concreto

En efecto, encuentra la Sala en este caso que configura el defecto de violación directa de la Constitución, toda vez que en el fallo de segunda instancia acusado se desconocieron los principios favorabilidad e igualdad en materia laboral de la accionante, consagrados en los artículos 53 y 13 de la Carta Política. Ciertamente, para la resolución del caso concreto no se realizó la interpretación más favorable posible de la Ley 344 de 1996, que extendió el régimen anualizado de cesantías a los servidores públicos.

Conforme atrás se indicó, existen posturas jurisprudenciales frente al tema, una, que sostiene que a los docentes en su calidad de servidores públicos, les aplica el régimen general en los aspectos que no contrarían su régimen especial; otra, según la cual, por tener su propio régimen, solamente son beneficiarios de prestaciones expresamente reconocidas en ese ordenamiento, de modo que no les son aplicables las normas y beneficios previstos en el régimen general.



Así, el fallo de segunda instancia proferido por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al proferir la sentencia del 7 de septiembre de 2018 dentro de la acción de nulidad y establecimiento del derecho bajo el radicado No. 08001-23-33-000-2014-00208-01 (0324-2016), no acogió la interpretación más favorable, pues impidió que a los docentes oficiales se les aplicara una normatividad diferente a su régimen especial, no obstante que reconoció su condición de empleados públicos incluidos en el sistema nacional de prestaciones.

La autoridad demandada, al contestar la tutela, alegó que no acogió la interpretación más favorable porque con ella *“crear[ía] una tercera regla, en la que se aplican partes de ambos regímenes –el especial y el general-, cuando lo correcto es aplicar el especial en su integridad, y preservar el principio de inescindibilidad de la ley<sup>38</sup>”*.

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

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

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

Nótese, que la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la sanción moratoria, ni excluyó esta figura jurídica que sí está regulada en la norma general, en consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra, sino de disposiciones que se complementan.

Por tanto, el principio de inescindibilidad o conglobamiento, no constituye motivo razonable para no conceder lo pretendido por la accionante una vez definido, porque resulta evidente que la interpretación más favorable al trabajador es la que permite la aplicación al caso de la sanción prevista en el régimen general de servidores públicos, con base en el contenido de artículo 1 del Decreto 1252 de 2000.

Para el caso, la Sala encuentra que los principios que han dado lugar al reconocimiento para los docentes de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas en relación con la condición más beneficiosa y la efectividad del derecho a la seguridad social en condición de igualdad con los demás servidores públicos, resultan aplicables en este caso en el que los supuestos de hecho también son asimilables, en el sentido de que la regla derivada es que el régimen de los docentes es concurrente con el de los servidores públicos a quienes sí se les reconoce este tipo de prestaciones.

Es decir, que en ambos casos se trata de una sanción derivada de la mora en el cumplimiento de la prestación del régimen de cesantías, para sujetos que comparten la calidad de servidores públicos y a quienes aplica, de manera subsidiaria, la regulación general en relación con el régimen específico.

8.- En conclusión, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado incurrió en el defecto de violación directa a la Constitución en su providencia del 7 de septiembre de 2018, por no interpretar las normas aplicables al caso de acuerdo con el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral. Dado que se encontró acreditado un requisito específico, por sustracción de materia la Sala no se pronunciará sobre los demás denunciados.

En ese orden de ideas, la Sala revocará la decisión del 14 de marzo de 2019 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de Nevys del Socorro Ariza Arévalo, y en su lugar los amparará.

Como consecuencia de lo anterior, dejará sin efectos el fallo proferido el 7 de septiembre de 2018 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro de la acción de nulidad y establecimiento del derecho bajo el radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01 (0324-2016) y le ordenará a dicha Sala proferir un nuevo fallo en el que deberá tener en cuenta los principios de favorabilidad laboral e igualdad de forma sistemática con la Constitución, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia impugnada, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 14 de marzo de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de Nevys del Socorro Ariza Arévalo.

TERCERO.- ORDENAR al despacho de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado que, en el término de cuarenta (40) días contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo, conforme a los parámetros establecidos en esta providencia.

CUARTO.- NOTIFICAR la presente decisión a las partes y a los interesados por el medio más expedito.

QUINTO.- ENVIAR el expediente de la referencia a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

PRESIDENTE DE LA SALA

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

CONSEJERO DE ESTADO

NICOLÁS YEPES CORRALES

CONSEJERO PONENTE

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Folios 134 a 136 del C. Principal.

2 Folio 1 del C. Principal.

3 Folios 1 a 22 del C. Principal.

4 Fl. 12 C.P

5 Folio 35 del C. Principal.

6 Folios 43 a 52 del C. Principal.

7 Folios 54-56 C.P.

8 Folios 75-77 C.P.

9 Folios 79-81 C.P

10 Fl. 122 vuelto C.P.

11 Fls. 90- 93 C.P.

12 Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...).

13 Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 08 de junio de 2005.

14 Los presentes requisitos fueron reconocidos por el Consejo de Estado en sentencia del 05 de agosto de 2014. Rad. 11001-03-15-000-2012-02201-01.

15 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 8 de noviembre de 2018. Rad. 11001-03-15-000-2018-02775-01(AC).

16 Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.

17 Se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

18 Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

19 Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

20 Se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

21 Implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido de que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

22 Se configura cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.

23 Se configura cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto o se aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución.

24 No se evidencia la existencia de alguna de las causales previstas en el artículo 250 del CPACA.

25 El Consejo de Estado estableció, como regla general, que el mecanismo de amparo debe promoverse en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia o providencia objeto de reproche constitucional, límite temporal que también ha sido acogido por la Corte Constitucional. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación del 05 de agosto de 2014. Rad. 11001-03-15-000- 2012-02201-01.

26 Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005.

27 Corte Constitucional. Sentencia T-809 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez). Causal aplicada entre otras, en las sentencias T-747 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-555 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva); T-071 de 2012 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. Nilson Pinilla Pinilla) y T-088 de 2017 (MP. María Victoria Calle Correa. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

28 Artículo 13 de la Ley 344 de 1996: "Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Organos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo".

29 Esto se ha entendido por la jurisprudencia en el siguiente sentido: "[e]l artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia (31 de diciembre de 1996), en virtud del cual, la liquidación definitiva debía realizarse el 31 de diciembre de cada año" en sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda proferida el 7 de febrero de 2019 con No. de radicación 2015-00725-01.

30 La Ley 91 de 1989 prevé que el régimen de cesantías para los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 es el siguiente: 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 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".

31 Artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 “El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”.

32 Artículo 1 del Decreto 1252 de 2000 “Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías.

Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

33 El artículo 15 de la Ley 91 de 1991 establece: “Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. // Cesantías: // B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. 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”.

34 Fl. 13 vuelto C.P.

35 Artículo 2. “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”.

36 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias proferidas el 14 de junio de 2018 con números de radicación: 2013-00831-01 y 2013-00762-01.

37 No. De radicación: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015).

38 F. 51 C.P.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-27 10:48:04*