



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C. veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-03431-01
Accionante: SIRLEY CUBIDES ABELLA
Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Tema: Tutela contra providencias judiciales / derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, igualdad y acceso a la administración de justicia / principios constitucionales a la situación más favorable al trabajador y de la *perpetuatio jurisdictionis* / sanción moratoria de docentes



Sentencia de segunda instancia

La Sala de Subsección decide la impugnación presentada por la parte accionante en contra de la sentencia del 28 de julio de 2023, proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, que rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Sirley Cubides Abella en contra del Tribunal Administrativo del Huila.

I. ANTECEDENTES

La solicitud de protección de los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, igualdad y acceso a la administración de



justicia, y de los principios a la situación más favorable al trabajador y de la *perpetuatio jurisdictionis*, se fundamenta en los siguientes:

1. HECHOS

La parte accionante interpuso medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del departamento del Huila con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes al año 2020.

El proceso correspondió al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva que, por medio de sentencia del 14 de diciembre de 2022, negó las pretensiones de la demanda. Contra dicha decisión se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo del Huila que, a través de providencia del 30 de mayo de 2023, confirmó lo fallado en primera instancia.



2. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La parte accionante sostiene que el Tribunal Administrativo del Huila, al proferir la sentencia del 30 de mayo de 2023, incurrió en una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, igualdad y acceso a la administración de justicia, y de los principios a la situación más favorable al trabajador y de la *perpetuatio jurisdictionis*.

Señala que con la decisión acusada se configuró un **defecto sustantivo** por la no aplicación del régimen de cesantías adecuado, dado que pertenece al sistema anualizado consagrado en las leyes 50



de 1990, 91 de 1989 y 344 de 1996, de manera que el no pago oportuno de dicha prestación genera la sanción moratoria y una vulneración al ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, alega un **desconocimiento del precedente** por cuanto el Tribunal Administrativo del Huila erró en su análisis al considerar que las sentencias que fueron mencionadas en el recurso de apelación no tenían supuestos fácticos similares al caso concreto, en la medida que los asuntos se referían a la aplicación de la sanción moratoria por falta de la consignación de cesantías para docentes afiliados al FOMAG y no respecto a docentes que no estaban afiliados al mencionado fondo.

Al respecto explicó que, conforme a lo planteado por la normatividad vigente para el caso y lo dictado por la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2006, la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 no solo opera para los docentes afiliados al FOMAG dado que el Ministerio de Educación Nacional debe conocer la afiliación de cada docente para determinar a qué fondo debe consignar los rubros causados por cesantías.



3. PRETENSIONES

La parte accionante solicita lo siguiente:

«1. Se declare que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA en la sentencia proferida el día 30 DE MAYO DE 2023, en el expediente rad. No. 41001-33-33-41001333300520220021601-01** (sic), transgredió los derechos fundamentales: **AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO, GARANTÍA A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PERPETUATIO JURISDICTIONIS, SEGURIDAD**



JURÍDICA, AL DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL, de la accionante, por considerar que las razones de la decisión no se ajustan a los postulados de la ley y a la abundante jurisprudencia constitucional y de este órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo, por lo que se encuentra vulnerando los derechos fundamentales de la accionada.

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

[...]». (*sic* en toda la cita).

4. INFORMES

Mediante auto del 28 de julio de 2023, el despacho sustanciador admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó notificar al Tribunal Administrativo del Huila como accionado y al Juzgado Quinto Administrativo de Neiva, a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al departamento del Huila y a los demás sujetos que hubieren participado en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con número de radicado 41001-33-33-005-2022-00216-00/01 como terceros interesados en las resultados del proceso.

4.1. El Tribunal Administrativo del Huila solicitó que se rechace por improcedente la acción de tutela de la referencia por no haber incurrido en violación alguna de derechos fundamentales.

Sostuvo que la parte accionante no sustentó debidamente las causales específicas de procedibilidad invocadas en los términos fijados por la Corte Constitucional, por lo que no es posible desvirtuar una decisión judicial que fue proferida conforme con el material probatorio allegado





al expediente y la normatividad aplicable al caso concreto.

4.2. Fiduprevisora adujo que no se configuró la vulneración de derecho fundamental alguno, en la medida que las autoridades judiciales actuaron conforme a la normativa establecida para el caso concreto sin que se haya desconocido algún precedente judicial, por lo que la solicitud debía ser rechazada por improcedente.

Señaló que como entidad es vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y que por disposición del Decreto 1582 de 1998 las entidades creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías, disposición que no aplica para el FOMAG que fue creado por la Ley 91 de 1989 bajo el principio de unidad de caja y por tanto, las cesantías de los docentes no se administran en cuentas individuales.



4.3. La Procuraduría Delegada con Funciones Mixtas Sexta para la Conciliación Administrativa indicó que a los docentes oficiales afiliados al FOMAG no les es aplicable la sanción moratoria dispuesta en la Ley 50 de 1990 por cesantías y la Ley 52 de 1975 por los intereses, ya que estas proceden cuando el ente territorial ha omitido la afiliación del empleado público al referido fondo, en concordancia con el principio de favorabilidad siempre y cuando se demuestra omisión o tardanza para el traslado de los recursos entendidos como pasivo de las cesantías.

4.4. La Gobernación del Huila solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

4.5. Las demás partes guardaron silencio.



5. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, a través de sentencia del 28 de julio de 2023 rechazó por improcedente la acción de tutela de la referencia por no cumplir con el requisito de relevancia constitucional, de conformidad con los criterios establecidos por la Corte Constitucional.

Estimó que los argumentos de la accionante sólo manifiestan un desacuerdo con las conclusiones a las que llegó el juez de segunda instancia del proceso ordinario y, en consecuencia, señaló que no es posible asumir el estudio de fondo propuesto, pues de hacerlo, estaría invadiendo la órbita de competencia del juez natural y desconociendo la autonomía judicial.

Manifestó que, desde el inicio del proceso, la discusión giró en torno a determinar si la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, prevista por el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es aplicable a los docentes nacionales de conformidad con lo establecido en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, circunstancia que, frente al caso concreto, ya fue definida por el juez ordinario, evidenciándose entonces que lo que pretende la tutelante es reabrir un debate ya superado y sobre el que la autoridad cuestionada realizó el correspondiente análisis.



6. IMPUGNACIÓN

Contra la decisión precitada la parte accionante presentó impugnación mediante escrito en el cual reiteró los argumentos planteados en la acción de tutela.



Recibido el expediente sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a desatar la presente controversia.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala de Subsección conocer la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 080 de 2019 en cuanto señala que *«las tutelas que sean de competencia del Consejo de Estado en primera instancia y en segunda instancia se someterán a reparto por igual entre todos los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo y serán resueltas por la sección o subsección de la cual haga parte el magistrado a quien le haya correspondido el reparto»*¹.



2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, entiende la Sala de Subsección que el problema jurídico se circunscribe a determinar si el Tribunal Administrativo del Huila, con la expedición de la sentencia del 30 de mayo de 2023, incurrió en un defecto sustantivo y un desconocimiento del precedente y, por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, igualdad y acceso a la administración de justicia, y de los principios a la situación más favorable al trabajador y de la *perpetuatio jurisdictionis* de la parte accionante.

¹ Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado.



ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-03431-01
Accionante: Sirley Cubides Abella

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes se procederá a analizar: i) la acción de tutela contra providencias judiciales; ii) los requisitos de procedibilidad; y sólo de encontrarla procedente, iii) el defecto sustantivo; iv) el desconocimiento del precedente y v) el caso concreto.

3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

En términos generales y de acuerdo con la doctrina constitucional vigente aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta corporación², es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Ello, en atención a que el ejercicio de la judicatura como cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece, y en esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando desborda los límites que la carta le impone.



Ahora bien, siendo la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las controversias que allí surjan, son subsanables en el contexto del proceso. De ahí que la Corte Constitucional estructurara después de años de elaboración

² Sentencia de treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ) Actor: Nery Germania Álvarez Bello. C.P. María Elizabeth García González.



ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-03431-01
Accionante: Sirley Cubides Abella

jurisprudencial, los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como sano propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

Los presupuestos generales responden al carácter subsidiario de la tutela y por lo mismo deben cumplirse en cualquier evento para su interposición, como son: (i) que el asunto que esté sometido a estudio sea de evidente relevancia constitucional; (ii) Que en el proceso se hayan agotado todos los medios de defensa, tanto ordinarios como extraordinarios que se encuentren al alcance de quien demande el amparo, salvo, claro está, que se busque evitar un perjuicio irremediable; (iii) que la presentación de la acción cumpla con el requisito de inmediatez; (iv) que la irregularidad procesal devenga en sustancial: 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.; (v) que se identifique la situación fáctica; y (vi) que no se trate sentencias de tutela.



En ese orden, la doctrina constitucional ha señalado las causales especiales, indicando que la acción resulta procedente únicamente en aquellos eventos en los cuales se vean afectados derechos fundamentales, al verificar la ocurrencia de uno de los siguientes eventos: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental, (ii) defecto fáctico, (iii) error inducido, (iv) decisión sin motivación, (v) violación directa de la Constitución, y (vi) desconocimiento del precedente.



3.1. En el presente caso, la pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición.

3.1.1. En efecto, esta Sala de Subsección considera que los hechos que generaron la vulneración como los derechos quebrantados se encuentran plenamente individualizados.

3.1.2. Asimismo, se encuentra que la sentencia objeto de tutela carece de recursos ordinarios y extraordinarios para obtener el amparo constitucional.

3.1.3. Se observa igualmente que la interposición se dio en un lapso «razonable y proporcionado», por cuanto la providencia cuestionada se profirió el 30 de mayo de 2023 y la acción de tutela se presentó el 26 de julio de 2023.

3.1.4. De igual modo, en lo relacionado con el requisito de relevancia constitucional, es necesario reiterar que la Corte Constitucional ha delineado un conjunto de reglas que dan a entender cuándo un asunto tiene una marcada importancia³. Así, en sentencia T-114 de 2002, indicó que los asuntos legales cumplen con este requisito cuando de ellos se desprenden violaciones a los derechos fundamentales.

En efecto, ha señalado que:

«[...] la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es

³ Corte Constitucional. Sentencia T 136 de 2015. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.





genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes».⁴

Así las cosas, contrario a lo indicado en la primera instancia, el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida que se centra en establecer una posible vulneración *iusfundamental* como consecuencia de un desconocimiento del precedente y un defecto sustantivo en que presuntamente incurrió la autoridad judicial demandada.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia que declaró en incumplimiento de este requisito y se procederá a hacer el estudio de fondo de la acción de tutela en cuestión a efectos de identificar si se incurrió en la vulneración de derechos fundamentales alegada.

3.2. DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO

De conformidad con la jurisprudencia constitucional⁵, el defecto material o sustantivo se origina en primer término, cuando la autoridad judicial, ya sea juez o tribunal que dicta sentencia, fundamenta su decisión en normas que son inexistentes o inconstitucionales⁶, es decir, se da en los casos en que la autoridad judicial se basa en, «(i) una norma no aplicable al caso, ya sea, porque la norma, (a) no es pertinente de aplicación, (b) se empleó cuando fue derogada y como consecuencia perdió su vigencia, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, (e) está vigente y es constitucional pero no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, (ii) su interpretación no se encuentra dentro del margen de interpretación razonable o es errada, (iii) no se da aplicación a las



⁴ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Véase: Sentencias SU-647 de 2017, SU-072 de 2018, SU-168 de 2017, SU-210 de 2017, SU-567 de 2015, entre otras.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.



sentencias con efecto *erga omnes*, que son aquellas de aplicación general, (iv) la norma aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución, y finalmente, (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza para un fin no previsto en la disposición»⁷.

En segundo lugar, el defecto material o sustantivo se origina cuando en la estructura de la sentencia, se presenta una contradicción evidente y grosera entre la decisión y los fundamentos que la explican. En este orden de ideas, se produce cuando la decisión «(vi) se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, es decir, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso, (vii) cuando desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso en concreto, (viii) no se encuentra debidamente justificada y por ende afecta derechos fundamentales (ix) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial, (x) y cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una manifiesta violación de la Constitución»⁸.



3.3. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

En materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el principio de igualdad (artículo 13 de la C.P.) el cual implica no solamente el trato ante la ley sino también de protección por parte de las autoridades y específicamente en la interpretación y aplicación de la ley por parte de las autoridades judiciales, preservándose de esta manera la seguridad jurídica y con ella la certeza en que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma⁹.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-416 de 2015. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-034 de 2018. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

⁹ Ver entre otras las sentencias C-836 de 2001, T-1130 de 2003, T-698 de 2004, T-731 de 2006, T-571 de 2007, T-808 de 2007, T-766 de 2008 y T-014 de 2009.



En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha diferenciado lo que constituye un antecedente jurisprudencial y el precedente en estricto sentido¹⁰. Por una parte, ha aclarado que antecedente es una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de derecho que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio y por tanto, tiene un carácter orientador, lo que no significa que (a) no deba ser tenido en cuenta por el juez al momento de fallar y (b) que lo exima del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad¹¹.

No obstante lo anterior, el sometimiento al precedente no puede convertirse en una camisa de fuerza para el juzgador, por lo que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las autoridades judiciales pueden apartarse válidamente de precedentes previos, bien sean estos verticales u horizontales¹², siempre y cuando cumplan con (i) la **carga de transparencia**, de hacer referencia al precedente del que se va a apartar, y (ii) la **carga de argumentación** que les impone el deber de señalar una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, en la que manifiesten las razones por las cuales se apartan de la regla jurisprudencial; elementos con los que, en palabras de la misma Corte, se protege el carácter dinámico del derecho y los principios de autonomía e independencia que caracterizan la labor judicial¹³.



¹⁰ Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ Sentencias T-830 de 2012 y T-714 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Se entiende por precedente vertical aquellas decisiones previas promulgadas por un superior jerárquico y que resultan pertinentes para resolver el caso concreto, y por el horizontal aquellas decisiones fijadas por una autoridad judicial de la misma jerarquía y que resultan relevantes para resolver un caso concreto. Al respecto ver la Sentencias T- 589 de 2007.

¹³ Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



4. CASO CONCRETO

4.1. De conformidad con las piezas procesales que reposan en el expediente de tutela, se advierte lo siguiente:

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante providencia del 30 de mayo del 2023, confirmó la sentencia de primera instancia que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías al demandante, bajo las siguientes consideraciones:

«Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a resolver cada uno de los cargos que sustentan la impugnación, así:

a.- Como se mencionó en precedencia, el sistema creado por conducto del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, previó la liquidación anual del auxilio de cesantías y su consignación antes del 15 de febrero de cada año en las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías; so pena, de la sanción por incumplimiento de dicha obligación, a razón de un día de salario por cada día de retardo.

Ese régimen anualizado, fue extendido por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 a todos los *“servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afiliaran a los fondos privados de cesantías”* creados por la Ley 50 de 1990. Sin embargo, en esa extensión no se incluyeron los docentes oficiales; porque para esos efectos, cuentan con el régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989.

b.- Es menester indicar, que las sentencias que fundamentan el escrito introductorio y el recurso de alzada, en los términos de los artículos 10, 102 y 270 del CPACA, no constituyen precedente unificador que vincule la posición y el criterio del operador judicial. Incluso, así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018, cuando manifestó que *“no existe una posición unificada respecto a la aplicación de la norma de reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes. En consecuencia, no es posible afirmar que se desconoció el precedente de la jurisdicción contencioso administrativo”*.

Tampoco se puede afirmar que el *a quo* desconoció el precedente de unificación contemplado en la sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, comoquiera que el Consejo de Estado en esa providencia determinó *“el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas”*; sin hacer referencia a fundamentos fácticos o jurídicos similares a los del *sub lite*.

c.- Como ya se indicó, la Sección Segunda del Consejo de Estado, recientemente estimó *“viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de*





ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-03431-01
Accionante: Sirley Cubides Abella

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

No obstante, la Sala disiente y se aparta de esa posición por las razones que pasan a exponerse:

d.- Actualmente es indiscutible la disparidad de criterios que existe al interior del Consejo de Estado sobre la aplicación del artículo 99-3° de la Ley 50 de 1990 al sector *docente oficial*. Esa situación por sí misma, releva al juez de obedecer un precedente que no está unificado y que resulta contradictorio frente a otras decisiones de la misma Corporación.

ii.- El principio de *favorabilidad* es la herramienta hermenéutica existente para disipar las dudas sobre aplicación de determinada disposición jurídica; la existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En tales eventos, los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la norma que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o al beneficiario del sistema de seguridad social, respetando en todo caso, la aplicación íntegra del cuerpo normativo al cual pertenece la referida regla normativa (en garantía al principio de *inescindibilidad*).

Para resolver el *sub examine*, no es necesario recurrir al principio de *favorabilidad*, en la medida en que no se está frente a dos disposiciones que ofrezcan un trato diferenciado y/o antinomias legales. A *contrario sensu*, lo que se aprecia es que la Ley 91 de 1989 (régimen especial de los *docentes*) no contempló la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías que introdujo la Ley 50 de 1990 y que por virtud de la Ley 344 de 1996 se extendió a los servidores públicos territoriales con excepción de los educadores.

La diferencia que destaca la demandante y en la que soporta sus pretensiones, encuentra asidero en la voluntad del legislador, en la naturaleza y en el tipo de relaciones que regula uno y otro régimen. Características, que por sí mismas no envuelven la trasgresión al principio de *igualdad* y no demandan –como ya se dijo– la aplicación del principio de *favorabilidad*.

Ahora, la periodicidad *anualizada* para la liquidación de las cesantías no implica *per se*, que el régimen de los docentes sea el mismo o se le apliquen las disposiciones del marco prestacional de los demás servidores públicos o particulares. Justamente, porque entre ellos se distingue el origen de los recursos, la forma de administración, el fondo administrador y el trámite para su reconocimiento y pago.

[...]

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





ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-03431-01
Accionante: Sirley Cubides Abella

Así entonces, por las razones señaladas la Sala considera que la demandante no es acreedora de la sanción moratoria y/o la indemnización procurada. En tal virtud, es inocuo hacer referencia a la responsabilidad que prevé el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Finalmente, es apropiado concluir que el pago de los intereses a las cesantías de los docentes se encuentra regulado en los artículos 15-3° de la Ley 91 de 1989 y 4° del Acuerdo 39 de 1998 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, que de acuerdo con esta reglamentación y con las pruebas arrimadas, estos fueron cancelados oportunamente (en el mes de marzo de 2021)».

De lo anterior, se advierte que la decisión del Tribunal accionado de confirmar la decisión que negó las súplicas de la demanda obedeció a que, en su criterio, los docentes oficiales no son acreedores de la sanción moratoria, ni de la indemnización procurada, comoquiera que la Ley 50 de 1990 no les es aplicable, toda vez que ellos cuentan con un régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989.

Ello lo llevó a concluir que el criterio contenido en la sentencia SU-098 de 2018 no era aplicable al asunto puesto que, entre otras cosas, la Corte Constitucional en dicha oportunidad se refirió a unos docentes que no fueron afiliados al FOMAG y no al reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para aquellos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En esa medida, señaló que la sanción solicitada no era compatible con la normatividad aplicable a los docentes, porque el régimen especial docente dispuesto por la Ley 91 de 1989 prevé la forma como debe liquidarse el interés de las cesantías y la fecha en que se debe realizar el desembolso, sin que contemple sanción alguna.

En consecuencia, la autoridad judicial accionada sostuvo que, de acuerdo con la normatividad aplicable al caso y las pruebas adjuntadas al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora





Sirley Cubides Abella no es acreedora de la sanción moratoria pretendida en la demanda.

Lo expuesto permite a la Sala de Subsección concluir que la posición jurídica asumida por la autoridad judicial accionada no configura ninguno de los defectos alegados por la parte accionante toda vez que, a partir de la valoración integral del material probatorio obrante en el proceso, la normatividad vigente y las providencias judiciales proferidas al respecto, estableció que la sanción solicitada no era compatible con la normatividad aplicable a los docentes.

Lo anterior, porque los docentes tienen un régimen especial dispuesto por la Ley 91 de 1989; asimismo, que no era dable seguir el criterio señalado en la sentencia SU098 de 2018, por cuanto allí la Corte Constitucional se refirió sobre varios asuntos de presupuestos fácticos diferentes, entre ellos, el hecho de que los allí demandantes no hubieran sido afiliados al FOMAG, situación que difiere de la de la hoy accionante, que sí se encuentra vinculada a dicho fondo.



En este punto, es relevante destacar que la misma Corte Constitucional, de manera posterior, al analizar un asunto similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, profirió la sentencia SU-573 de 2019, en la que precisó:

«58.- (...) De otra parte, porque no cualquier violación del debido proceso puede ser impugnada en sede de tutela¹⁴, pues la intervención del juez constitucional se justifica para “proteger a la parte procesal que ha quedado indefensa frente a los excesos del juez

¹⁴ La Corte ha señalado que el debido proceso tiene por finalidad proteger las garantías esenciales o básicas de cualquier proceso, a saber: (i) el derecho al juez natural, (ii) el derecho a presentar y controvertir pruebas, (iii) el derecho de defensa, incluida la posibilidad de ejercer una defensa técnica, (iv) el derecho a la segunda instancia en el proceso penal, (v) el principio de determinación de las reglas procesales o, en otros términos, el principio de legalidad y (vi) el derecho a la publicidad en las actuaciones que se surten en el marco de un proceso. Conforme a tal interpretación, en principio, solo serán objeto de revisión las decisiones judiciales que se aparten de los elementos del debido proceso constitucional descritos y que, por tanto, conlleven anular el ejercicio de la defensa y contradicción en el proceso, al restringir o enervar en forma grave el equilibrio procesal entre las partes. Al respecto, ver las sentencias SU-1184 de 2001 y T-061 de 2007.



ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-03431-01
Accionante: Sirley Cubides Abella

ordinario”¹⁵, ante “desvíos absolutamente caprichosos y arbitrarios –inobservancia de precedentes o decisiones carentes de justificación o motivación jurídica”¹⁶. Para la Sala, el presente asunto carece de relevancia constitucional, por esta segunda razón, ya que no se advierte un escenario de afectación a la igualdad, seguridad jurídica y debido proceso de los accionantes, por dos razones.

59.- La primera: las decisiones cuestionadas no constituyen desvíos caprichosos o arbitrarios de la autoridad judicial, pues el Consejo de Estado motivó adecuadamente por qué, en su criterio, los accionantes no eran beneficiarios de “los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación”.

60.- La segunda: en el presente caso no se está en presencia de “decisiones contradictorias en casos idénticos”¹⁷, dado que el *sub iudice* no comparte identidad fáctica y jurídica con las decisiones judiciales que sustentan el supuesto desconocimiento del precedente y, por tanto, no es posible evidenciar *prima facie* un precedente que el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo hubiese podido desconocer. Lo dicho se puede comprobar a partir de la comparación de la decisión cuestionada con los precedentes presuntamente desconocidos:

| Criterio | Caso <i>sub iudice</i> | Sentencia del Consejo de Estado ¹⁸ | Sentencia SU-336 de 2017 | Sentencia T-008 de 2015 |
|--|--|--|--|---|
| Tipo de sanción moratoria solicitada | Sanción moratoria por la no consignación de cesantías en el fondo correspondiente. | Sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas. | Sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas. | Sanción moratoria por la omisión injustificada en la afiliación al FOMAG. |
| Fundamento jurídico el reconocimiento de la sanción | Artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998. | Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. | Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. | Decretos 3752 de 2003 y Decreto 1582 de 1998, por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998. |



66.- Según los accionantes, las decisiones cuestionadas desconocieron el precedente fijado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-336 de 2017 y T-008 de 2015, así como por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, pues, en su criterio, “les es aplicable el régimen general en lo no estipulado en el especial, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, situación que de acuerdo con lo establecido en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, es

¹⁵ Sentencia T-685 de 2003.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Sentencia SU-053 de 2015.

¹⁸ Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado.



ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-03431-01
Accionante: Sirley Cubides Abella

*aplicable, por analogía, de igual manera en cuanto a la Ley 344 de 1996*¹⁹. No obstante, tal como se expuso *supra*, la ausencia de (i) hechos materiales análogos y (ii) elementos jurídicos y normativos semejantes²⁰ entre el *sub iudice* y las sentencias referidas por los tutelantes -inexistencia de una regla jurisprudencial genuinamente análoga²¹-, impide advertir, *prima facie*, la configuración de un defecto por desconocimiento del precedente.

67.- Lo anterior es evidente, teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la aplicación de la Ley 50 de 1990, que regula la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, mientras que en las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado se discutió la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, prevista por la Ley 244 de 1995, en casos en los cuales los actores habían solicitado el pago efectivo de la prestación social [...].

68.- Ahora bien, durante el trámite de la acción de tutela, los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la Sentencia SU-098 de 2018²², por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió sobre el “*pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en la fecha indicada en la ley, así como de los intereses y los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo*”²³. A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto *sub examine* respecto del cual se pueda evidenciar *prima facie* una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: (i) la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, (ii) no obstante la Corte se pronunció sobre la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, la ausencia de identidad fáctica también “*impide aplicar el precedente al caso concreto*”²⁴, como pasa a explicarse. (...)».



Es claro, entonces, que lo planteado en esta sede constitucional se limita a evidenciar una diferencia de criterios frente a la interpretación de una norma, lo que no es suficiente para calificar una providencia como arbitraria o caprichosa, y menos aún, violatoria de derecho fundamental alguno pues, como quedó visto, no ha sido expedida una sentencia de unificación vinculante que imponga el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por la consignación tardía de las cesantías a los docentes que se encuentran en la misma situación fáctica de la accionante y, en ese sentido, el Tribunal resolvió el asunto bajo un análisis plausible, con una carga de argumentación

¹⁹ Fl. 3, Cdno. 1 de los expedientes de tutela.

²⁰ Ibid.

²¹ Sentencia T-425 de 2019.

²² Fls. 82-113, Cdno. 1 del expediente T-7.457.373, fls. 83-114, Cdno. 1 del expediente T-7.457.923 y fls. 77-108, Cdno. 1 del expediente T-7.466.562.

²³ Sentencia SU-098 de 2018.

²⁴ Sentencia SU-354 de 2017.



suficiente y razonable que debe ser respetada en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial.

Señalado lo anterior, no encuentra esta Sala de Subsección que en el presente asunto se haya configurado ninguna de las causales específicas de procedibilidad alegadas, toda vez que las conclusiones a las que llegó la autoridad judicial accionada para resolver el caso y acceder a las súplicas de la demanda no obedecieron a un capricho o arbitrariedad, ni se fundaron en su simple voluntad, sino que se basaron en un razonable ejercicio de interpretación normativa.

De este modo se insiste que, en principio, la acción de tutela no procede para resolver divergencias interpretativas de la ley, pues el criterio de la autoridad judicial de conocimiento prevalece frente a la opinión del juez constitucional, no sólo porque es el juez natural, sino también porque este se encuentra amparado por los principios de autonomía e independencia judicial que imponen el respeto por la cosa juzgada.



En este orden de ideas, al no evidenciarse que se haya incurrido en ninguna de las causales específicas de procedibilidad, esta Sala de Subsección revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, negará el amparo solicitado mediante la acción de tutela instaurada por la señora Sirley Cubides Abella en contra del Tribunal Administrativo del Huila.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2023-03431-01
Accionante: Sirley Cubides Abella

FALLA

- PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia del 28 julio de 2023, proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, que rechazó por improcedente la acción de la referencia. En su lugar:
- SEGUNDO.- NEGAR** el amparo solicitado mediante la acción de tutela presentada por la señora Sirley Cubides Abella en contra del Tribunal Administrativo del Huila, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
- TERCERO.- ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Consejero de Estado

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Consejero de Estado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Consejero de Estado

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAJ**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>