



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

CONSEJERA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia	Acción de tutela
Radicación	11001-03-15-000-2023-04585-01
Demandante	RUTH DERY GAMBOA CHALA
Demandado	TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
Temas	Acción de tutela contra providencia judicial. Requisitos generales de procedibilidad de la acción. La relevancia constitucional. Medio de control de nulidad y restablecimiento. Sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación interpuesta por *Ruth Dery Gamboa Chala*, contra la sentencia del 22 de septiembre de 2023, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo presentada por Ruth Dery Gamboa Chala en contra del Tribunal Administrativo del Huila, atendiendo a los motivos expuestos en las consideraciones de esta providencia”.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 25 de agosto de 2023¹, *Ruth Dery Gamboa Chala*, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Decisión Nro. 5, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

- “1. Se declare que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA en la sentencia proferida el día 5/9/2023 (sic), en el expediente rad. No. 41001333300320220017001, 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 por parte del accionado.*

¹ Fecha de presentación por ventanilla virtual.



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 [...].”

2. Hechos

En el expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

- 2.1. La señora *Ruth Dery Gamboa Chala* se desempeña como docente en el departamento del Huila, vinculada con posterioridad al 1º de enero de 1990.
- 2.2. Sostuvo que en el año 2021 no lo le fueron consignadas las cesantías por parte del Ministerio de Educación en calidad de empleador al Fomag, por el periodo correspondiente al año 2020.
- 2.3. El 26 de julio de 2021 solicitó al Fomag el pago correspondiente y el reconocimiento de la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, frente a lo que no se pronunció la administración, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo.
- 2.4. Por lo anterior, la señora *Ruth Dery Gamboa Chala* presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y el Departamento del Huila, con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo ficto negativo mediante el cual se negó la sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías.
- 2.5. El Juzgado Tercero Administrativo de Neiva conoció en primera instancia el asunto, bajo el radicado Nro. 41001-33-33-003-2022-0170-00 y en sentencia del 25 de noviembre de 2022, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la sanción por mora por consignación tardía de las cesantías no era aplicable para los docentes afiliados al FOMAG, pues que estos tenían una norma especial que regulaba la materia en la que no estaba contemplada dicha sanción, entre otras razones.
- 2.6. La anterior providencia fue apelada por la parte demandante. Mediante sentencia del 9 de mayo de 2023, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Decisión Nro. 5, confirmó la decisión del juzgado.

Indicó que la sentencia SU-098 de 2018 no resultaba aplicable como lo pretendía el recurrente, en la medida que regulaba una situación fáctica distinta, lo que difería del caso de la accionante quien siempre estuvo afiliada al Fomag y por tanto gozaba de un régimen especial.

3. Fundamentos de la acción

- 3.1. La parte actora argumentó que se cumplieron los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, incluyendo el de relevancia constitucional, puesto que se pretende el amparo de derechos fundamentales vulnerados ante la falta de reconocimiento de la sanción moratoria y la protección de principios constitucionales como la seguridad jurídica, la confianza legítima y la favorabilidad. Y agregó que “[...] no se podrá entender este recurso de amparo como una tercera instancia bajo ningún escenario, por cuanto fue interpuesto, únicamente ante la vulneración de los derechos fundamentales del accionante [...]”.



Seguido, argumentó que, al proferir la sentencia de 9 de mayo de 2023, el Tribunal Administrativo del Huila incurrió en **violación directa de la Constitución**, por el desconocimiento del artículo 53 constitucional, que consagra el principio de favorabilidad. Sobre ese punto, mencionó que han existido otros casos en los cuales la Corte Constitucional ha aplicado el régimen general a personas que están amparadas bajo un régimen especial, sin que tal situación conlleve al desconocimiento del principio de inescindibilidad. Es el caso de la aplicación de la norma sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías a los servidores públicos por el pago tardío de las mismas en favor de los docentes del sector oficial.

Luego manifestó que el Tribunal Administrativo del Huila desconoció 22 sentencias del Consejo de Estado, en las cuales se establece que la Ley 50 de 1990 sí es aplicable a los docentes afiliados al FOMAG vinculados después del 1 de enero de 1990 por disposición expresa de las Leyes 91 de 1989 y 344 de 1996 y los Decretos Nacionales 1582 de 1998, 1252 de 2000 y 3752 de 2003. Consecuentemente, sostuvo que de esas providencias se desprende la obligación del Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a dicho fondo a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Por ende, manifestó que se pasaron por alto los principios de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica y favorabilidad de los docentes, ante el desconocimiento de tales decisiones judiciales, muchas proferidas entre el año 2021 y 2022 por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Puntualmente, se refirió a las siguientes sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Segunda y respecto de algunas de estas efectuó una transcripción de sus apartes:

N°.	Fecha de la Providencia	Expediente No.	Magistrado (a) Ponente
1	SU del 6 de agosto de 2020	08001-23-33-000-2013-00666-01	Sandra Liseth Ibarra Vélez
2	Sentencia de 24 de enero de 2019	76001-23-31-000-2009-00867-01	Sandra Liseth Ibarra Vélez
3	Sentencia de 17 de junio de 2019	11001-03-15-000-2018- 04617-01	Nicolás Yepes Corrales
4	Sentencia de 28 de junio de 2019	11001-03-15-000-2018- 04679-01	Roberto Augusto Serrato Valdés
5	Sentencia de 29 de julio de 2019	11001-03-15-000-2018-03499-01	Nicolás Yepes Corrales
6	Sentencia de 2 de diciembre de 2019	08001-23-33-000-2014-00173-01	Rafael Francisco Suárez Vargas
7	Sentencia de 10 de junio de 2020	08001-23-33- 000-2014-00208-01	Sandra Liseth Ibarra Vélez
8	Sentencia de 22 de octubre de 2020	08001-23-31- 000-2014-00254-01	William Hernández Gómez
9	Sentencia de 12 de noviembre de 2020	08001-23-31- 000-2014-00132-01	William Hernández Gómez
10	Sentencia de 17 de junio de 2021	08001-23-31-000-2014-00815-01	Gabriel Valbuena Hernández
11	Sentencia de 17 de junio de 2021	08001-23-33- 000-2015-00331-01	César Palomino Cortés
12	Sentencia de 4 de noviembre de 2021	19001-23-33-000-2015-00445-02	William Hernández Gómez
13	Sentencia de 25 de noviembre de 2021	08001-23-33-000-2014-01127-01	Sandra Liseth Ibarra Vélez
14	Sentencia de 25 de noviembre de 2021	40001-23-40-000-2017-00134-01	William Hernández Gómez
15	Sentencia de 11 de noviembre de 2021	08001-23-40-000-2015-90008-01	William Hernández Gómez
16	Sentencia de 11 de noviembre de 2021	08001-23-40-000-2014-90022-01	Gabriel Valbuena Hernández
17	Sentencia de 20 de enero de 2022	08001-23-33-000-2017-00931-01	Gabriel Valbuena Hernández
18	Sentencia de 3 de marzo de 2022	08001-23-33-000-2015-00075-01	William Hernández Gómez
19	Sentencia de 28 de abril de 2022	76001-23-33-000-2013-00756-01	Carmelo Perdomo Cuéter
20	Sentencia de 9 de mayo de 2022	08001-23-40-000-2017-00795-01	Rafael Francisco Suárez Vargas
21	Sentencia de 19 de mayo de 2022	47001-23-33-000-2019-00359-01	Sandra Liseth Ibarra Vélez
22	Sentencia de 1 de julio de 2022	47001-23-33-000-2019-00376-01	Sandra Liseth Ibarra Vélez
23	Sentencia de 22 de agosto de 2022	08001-23-33-000-015-00509-01	César Palomino Cortés
24	Sentencia de 22 de septiembre de 2022	08001-23-33-000-015-90124-01	César Palomino Cortés
25	Sentencia de 19 de enero de 2023	76001-23-31-000-2012-00212-02	William Hernández Gómez
26	Sentencia de 26 de enero 2023	47001-23-33-000-2018-00231-01	Rafael Francisco Suárez Vargas



A su vez, aseveró que no se cumplen los requisitos establecidos para realizar un cambio de jurisprudencia, pues lo único que se expresó es que existía unidad de caja en el manejo de los recursos del FOMAG y que no existe sentencia unificada, pese a la gran cantidad de sentencias expedidas por las dos secciones que conforman la Sección Segunda del Consejo de Estado. Sin embargo, la unidad de caja sostuvo, solo implica que los recursos de salud pueden utilizarse para pagar pensiones y cesantías de los docentes, pero no desdibuja la obligación de consignación oportuna de las cesantías.

Igualmente, se refirió a las Sentencias de Unificación SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, respecto de las cuales también efectuó una transcripción de algunos de sus apartados.

Reconoció que, si bien en el pasado existían dos posiciones sobre la materia, lo cierto es que después del estudio hecho en la Sentencia SU-098 de 2018 la Corte Constitucional y el Consejo de Estado acogieron una interpretación favorable, en el sentido de indicar que a los docentes oficiales sí les aplica la Ley 50 de 1990 que castiga la falta de consignación oportuna de las cesantías. Por ende, aseguró que es falso afirmar, como lo hacen las entidades involucradas, que en la Sentencia SU-098 de 2018 se estudian supuestos fácticos diferentes al presente.

Agregó que en el año 2006 jurisprudencialmente se argumentó que la aplicación de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el régimen especial de los docentes contemplado en la Ley 91 de 1989 generaba una violación al principio de inescindibilidad. Sin embargo, aseguró que tal principio no se transgrede, puesto que no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos, de distintas fuentes, que más favorecen al trabajador. Al contrario, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han reconocido que existe un vacío normativo, dado que el régimen de docentes no regula la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías. Por esa razón, se debe acudir al régimen general, es decir a la Ley 50 de 1990.

También, desestimó el argumento según el cual la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 solo opera para los docentes que no han sido afiliados al FOMAG, mas no para aquellos que sí pertenecen a este. Al respecto, la parte actora sostuvo que a partir del artículo 4 de la Ley 91 de 1989 los docentes vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990 serán afiliados automáticamente al FOMAG, a fin de que el docente ya no reclamara sus cesantías directamente a su patrono, sino a dicho fondo con los recursos consignados por el empleador.

Finalmente, transcribió varias sentencias proferidas por tribunales y juzgados administrativos del circuito en las que también se opta por el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada por la parte actora.

- 3.2. De otro lado, la parte actora expuso una serie de razones por las cuales consideró que los docentes sí tienen derecho a la consignación oportuna de cesantías y, consecuentemente, a la sanción moratoria cuando esta se realiza extemporáneamente.

Al respecto, la parte actora efectuó un recuento normativo sobre la regulación de las cesantías para docentes y sus distintos regímenes, en el cual incluyó la



Ley 6 de 1945, el Decreto Ley 3118 de 1968, la Ley 91 de 1989 y la Ley 50 de 1990. Con base es en este, afirmó que el Gobierno Nacional, las entidades territoriales, las Cajas Departamentales y Nacionales de Previsión, el Fondo Nacional del Ahorro y el Ministerio de Educación tienen la obligación de consignar las cesantías al FOMAG antes del 15 de febrero de 2021, independientemente de si trata de docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, docentes nacionales pertenecientes al régimen anualizado de cesantías desde 1968 o docentes vinculados después de 1990.

Seguido, aseguró que no existe ningún régimen especial de las cesantías para docentes, puesto que *“las cesantías anualizadas de los maestros oficiales, se liquidan de la misma forma, como se liquidan a los a los empleados públicos y privados del país, la única diferencia radica en los intereses a las cesantías, los cuales, se les cancela liquidando el DTF sobre el saldo acumulado (...) pero esta es una situación no es una circunstancia novedosa como lo quiere hacer ver la entidad demandada y la sentencia hoy en reproche, PUES ESTOS INTERESES A LAS CESANTÍAS, YA SE LES PAGABA A LOS DOCENTES NACIONALES DESDE 1968”*.

Indicó que el supuesto régimen especial es inexistente, puesto que la Ley 91 de 1989 asignó la competencia de la consignación de los recursos al FOMAG y las cuantías. Y sostuvo que el presunto régimen especial de docentes no es más favorable, pues la liquidación de intereses es menor que la de los demás servidores públicos.

Afirmó que el propósito del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, según el cual: *“Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se 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”* era dar un tratamiento igualitario tanto a los maestros que ya eran nacionales afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

En esa medida, sostuvo que a los docentes le son aplicables los Decretos Nacionales 3118 de 1968, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978 y 1045 de 1978 y las demás normas expedidas con posterioridad, es decir la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, que consagran la obligación del patrono de consignar las cesantías a los docentes oficiales en el FOMAG a más tardar el 15 de febrero de cada anualidad.

Reprochó que el FOMAG y la Fiduciaria La Previsora hayan asumido la postura de que no existe obligación de consignar las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad, solo para favorecer los intereses del Ministerio de Educación Nacional.

4. Trámite impartido

- 4.1. Mediante auto de 28 de agosto de 2023, se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar a las partes accionante y accionada y se vinculó en calidad de terceros a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y al Departamento del Huila quienes actuaron como parte demandada y, al Juzgado Tercero Administrativo de Neiva quien emitió la sentencia de primera instancia en el proceso ordinario.
- 4.2. El **Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Decisión Nro. 5**, rindió informe en el que manifestó que el defecto al que aludía la parte actora en el proceso se circunscribía al desconocimiento de las normas invocadas como sustento



de las pretensiones en el proceso ordinario, lo que implicaba la reiteración de las pretensiones de la demanda y hacía que la acción de tutela fuera improcedente.

Que la decisión emitida por el Tribunal tenía como soporte el caudal probatorio recopilado en la demanda ordinaria, así como la verificación y aplicación de las normas. Por lo anterior, pidió que se niegue el amparo solicitado.

- 4.3. La **Fiduprevisora S.A.**, rindió informe en el que sostuvo que de conformidad con el Decreto 1582 de 1998, las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías.

Sin embargo, dijo que las cesantías de los docentes no se administran en cuentas individuales, ya que esa modalidad de administración corresponde exclusivamente a las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990, dentro de las cuales no está el FOMAG. Este último, por el contrario, se creó mediante la Ley 91 de 1989 y se rige bajo el principio de unidad de caja.

Explicó que en el FOMAG no hay cuentas individuales para los docentes. Por ende, *“anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja”*. E indicó que la liquidación anual de cesantías se comprueba con los comunicados que emite dirigidos a las diferentes secretarías de educación certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

En consecuencia, aseveró que es imposible jurídicamente crear cuentas individuales para cada uno de los afiliados del FOMAG, en virtud del principio de unidad de caja y, en consecuencia, no es posible aplicar la figura de “consignación de cesantías” pues los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías cuando cumplan los requisitos establecidos para tal efecto. Por lo tanto, no puede aplicarse la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues esa figura se consagró para los eventos en que se da consignación tardía en las cuentas individuales; lo cual no ocurre en el caso de los docentes.

De otra parte, señaló que la decisión judicial cuestionada no desconoce el precedente judicial, puntualmente la Sentencia SU-098 de la Corte Constitucional, puesto que en ese caso la sanción moratoria reclamada devenía del hecho de que el municipio de Cali no realizó la afiliación del docente al FOMAG y, consecuentemente, tampoco efectuó el pago de las cesantías. En cambio, lo solicitado por la tutelante es la sanción moratoria por la consignación extemporánea de sus cesantías en los plazos establecidos en la Ley 50 de 1990 e indemnización por pago inoportuno de los intereses, frente a lo cual, reiteró *“es imposible que se cause una demora respecto de un hecho que la administración no puede ejecutar en el régimen especial de los docentes, ya que resulta imposible realizar una consignación ante la ausencia de cuentas individuales por cada afiliado”*.

Finalmente, aseveró que no se vulneraron los derechos fundamentales de la accionante, ya que la decisión judicial cuestionada aplicó los precedentes



judiciales vinculantes para la decisión adoptada. Por lo expuesto, solicitó se declarara improcedente la acción y ser desvinculado del presente.

- 4.4. El **Juzgado Tercero Administrativo de Neiva**, se pronunció e indicó que en la providencia cuestionada se analizaron todos y cada uno de los cargos de nulidad planteados por la accionante en sede ordinaria y que no se desconoció ni se pretermitió examinar ninguna norma o precedente jurisprudencial vinculante. Remitió enlace del expediente digital del proceso ordinario.
- 4.5. El **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”**, indicó que no era posible la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG. Que la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional era interpretativa y los pronunciamientos del Consejo de Estado citados por la parte demandante decidían casos particulares y concretos en donde las pretensiones no habían prosperado por estar prescritas.

Sostuvo que no se vulneraban derechos fundamentales, que las autoridades judiciales que intervinieron en el proceso actuaron de conformidad con las normas y que no se desconoció precedente vertical alguno, razón por la que pidió se declarara la improcedencia de la presente acción.

- 4.6. El **Ministerio de Educación Nacional** y el **Departamento del Huila**, no se pronunciaron en esta oportunidad

5. Providencia impugnada

En sentencia del 22 de septiembre de 2023, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, declaró improcedente la solicitud de amparo.

Advirtió que, revisado el recurso de apelación presentado en el proceso ordinario y la demanda de tutela, se trataba de los mismos argumentos, que la tutelante acudió a la tutela con el objeto de reabrir un debate ya superado y sobre el que la autoridad judicial realizó el correspondiente análisis, sin que se configurara arbitrariedad, irracionalidad o capricho del funcionario en la definición del derecho reclamado.

Por lo anterior, consideró que la tutela no cumplía con el requisito de relevancia constitucional y, en consecuencia, declaró improcedente el amparo solicitado.

6. Impugnación

La parte actora impugnó la decisión. Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991², fue concebida como un mecanismo

² Decreto 2591 de 1991, Art. 1º: “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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos



para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La acción de tutela contra providencia judicial

La acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales, y así lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Dada esa excepcionalidad, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos generales³ y especiales⁴ que deben cumplirse de forma estricta, para lo cual, se deben reunir todos los requisitos generales, y por lo menos uno de los defectos o requisitos especiales de la acción.

De manera pacífica y reiterada, la jurisprudencia constitucional⁵ ha indicado que cuando se interpone la acción de tutela contra providencias judiciales, el examen de los requisitos generales de procedencia debe realizarse con especial rigor, para no desconocer los principios de autonomía e independencia judicial, y los de legalidad, cosa juzgada y juez natural como elementos esenciales del derecho al debido proceso. Por tal motivo, la procedencia de la acción contra providencias judiciales exige un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la sentencia judicial objeto de tutela y el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos debe restringirse únicamente a los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso.

3. Planteamiento del problema jurídico

Corresponde a la Sala verificar si asistió razón al juez de tutela de primera instancia en declarar improcedente la presente acción por no cumplirse con el requisito de procedencia de la *relevancia constitucional*.

De encontrar que este requisito si fue satisfecho, teniendo en cuenta los antecedentes del caso y el escrito de impugnación, corresponderá analizar si al proferir la sentencia de 9 de mayo de 2023, en el marco del medio de control tramitado bajo el radicado 41001-33-33-003-2022-0170-00/01, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Decisión Nro. 5, incurrió en defecto sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución Política.

resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto”.

³ Los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) el accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); iii) que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez); iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela; vi) injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada.

⁴ Los requisitos especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-686 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Y Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014. Proceso No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). M.P. Jorge Octavio Ramírez R.



4. Requisito de relevancia constitucional

La jurisprudencia ha reiterado que, a fin de proteger la autonomía funcional y la independencia judicial, los jueces de tutela no tienen competencia para reemplazar al juez de la causa y decidir sobre la controversia ordinaria. Su labor, entonces, está orientada a proteger derechos fundamentales vulnerados y a proferir órdenes encaminadas a su restablecimiento. Con base en esta premisa, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales está condicionada a que el asunto sea de evidente relevancia constitucional.

Aunque no siempre es sencillo dilucidar la línea que separa aquellos casos que son de relevancia constitucional y los que no, esta Sala de Decisión, a partir de lo señalado por la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 y por la Corte Constitucional en la Sentencia T-248 de 2018, ha fijado algunos criterios orientadores para determinar si una solicitud de amparo de tutela cumple o no con este requisito:

- (i) **Que el asunto objeto de estudio realmente involucre la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.** En principio, la acción de tutela no puede utilizarse para plantear situaciones inexistentes o para discutir asuntos eminentemente económicos o de mera legalidad, pues ese tipo de discusiones se alejan del objeto de la acción de tutela.
- (ii) **Que el interesado argumente de manera suficiente y razonable la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales.** Debe tenerse en cuenta, para el efecto, que «no basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales». ⁶ Es necesario que el interesado exponga de manera clara las razones por las que considera que la providencia judicial amenaza o vulnera los derechos fundamentales.
- (iii) **Que los argumentos de la solicitud de amparo se acompasen con las razones de la decisión objeto de tutela.** La discusión propuesta en la demanda de tutela debe referirse a las razones fundamentales de la decisión cuestionada, deben tener relación con la ratio decidendi. De modo que pueda abordarse el estudio con una expectativa de incidencia en el sentido de la propia decisión cuestionada.
- (iv) **Que no se propongan nuevos argumentos que no fueron expuestos en el proceso ordinario.** La acción de tutela contra providencias judiciales no está concebida como un mecanismo que permita a las partes adicionar, completar o modificar los argumentos que dejaron de plantearse o proponerse ante el juez natural.
- (v) **Que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional del proceso ordinario en el que fue proferida la providencia acusada.** Por más informal que sea la tutela, y aunque sus objetivos sean la salvaguarda de derechos fundamentales, el interesado está en la obligación de interponer la demanda con serios y fuertes argumentos para derribar las decisiones de los jueces, que se dictan previo agotamiento de los procedimientos reglados y conforme con una sólida razonabilidad. Es decir, no se trata de controvertir las decisiones de los jueces como si fuera una instancia adicional del proceso ordinario. Justamente por eso no se debe insistir en los argumentos que se ofrecieron en el proceso ordinario, pues ya fueron decididos por los jueces competentes.

⁶ Ibidem.



La Corte Constitucional ha dicho que la relevancia constitucional es el primer presupuesto genérico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Su corroboración exige que el juez constitucional evidencie de manera diáfana, que la cuestión que se presenta tiene una marcada importancia constitucional que afecte derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, el presupuesto de relevancia constitucional lo que persigue es que el juez de tutela evite inmiscuirse en asuntos que carezcan de importancia iusfundamental y que corresponde decidir de manera exclusiva al juez natural⁷.

En línea con el último criterio expuesto, hay lugar a afirmar que la relevancia constitucional supone que la tutela no se emplee para insistir en las inconformidades ya resueltas en el proceso ordinario. Es deber del juez de tutela, entonces, verificar que la acción no se esté utilizando como una instancia adicional al proceso en el cual se profirió la providencia atacada. Para tal propósito, se estudia si los cargos expuestos en el proceso en que se profirió la providencia cuestionada y los desarrollados en el escrito de tutela son iguales.

En caso de que se trate de los mismos argumentos es factible que el juez de tutela concluya que el mecanismo constitucional se está empleando como una instancia adicional. En ese supuesto, se evidencia que lo perseguido por el tutelante es insistir en los argumentos planteados ante el juez natural, con la esperanza de que el juez de tutela, a diferencia del primero, sí acceda a sus pretensiones.

5. Análisis del caso

La Sala considera que la acción de tutela analizada se está empleando como una instancia adicional, pues esta última es una reiteración de los argumentos presentados en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tanto en la demanda como en el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia.

En el medio de control la ahora tutelante insistió en que no existe régimen especial alguno para los docentes, pues las normas que los cobijan no son más favorables que las disposiciones generales de los demás servidores públicos; que si bien en el pasado se desarrollaron posiciones divergentes, actualmente existe un precedente jurisprudencial unificado tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado frente al reconocimiento de la sanción moratoria para los docentes; que existe un vacío legal respecto a la figura de la sanción moratoria en las normas que rigen a los docentes y, consecuentemente, debe aplicarse el régimen general, es decir la Ley 50 de 1990 a fin de complementar lo no regulado; que la falta de reconocimiento de la sanción moratoria a docentes oficiales implica una transgresión al derecho a la igualdad, en tanto que no existe razón que justifique el trato diferenciado frente a los demás servidores públicos, entre otros argumentos.

La identidad entre los cargos se corrobora en el siguiente aparte del recurso de apelación interpuesto contra la providencia de primera instancia:

(sic para toda la cita) “Régimen especial de las cesantías docentes.

En este punto el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la ley 50 de 1990, situación que ya ha sido

⁷ Al respecto se pueden consultar las siguientes providencias de la Corte Constitucional: Su-139 de 2019, T-422 de 2018, T- 715 de 2016, C-590 de 2005.



revaluada por la SU-098 de 2018 de la Honorable Corte Constitucional y que el Consejo de Estado ha sido constante en definir, incluso en sentencias de unificación, pudiéndose afirmar que la postura jurisprudencial vigente en los órganos de cierre Constitucional y de lo Contencioso administrativo, están direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

La competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes (...)

¿CUÁL ES LA ENTIDAD ENCARGADA DE CONSIGNAR LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA EN EL FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO FOMAG?

La Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones, de hecho no permite que los recursos destinados a prestaciones sociales lleguen a las entidades territoriales, como quedó reglado desde la expedición de la Ley 715 de 2001(...)

En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)

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

Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes.

La ley 91 de 1989, no contempla la sanción por consignación extemporánea de las cesantías a 15 de febrero de cada año, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, por esta misma causal (...)

Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado

Es cierto que inicialmente existían sentencias en contra y otras a favor, pero precisamente por eso fue expedida la SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, que clarificó la situación hacia el futuro. ESTO NO OBEDECE AL CAPRICHOS DE LOS DOCENTES, sino a principios legales y al desarrollo jurisprudencial y el avance en el mismo.

En esta ocasión el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, ha centrado el estudio en determinar el término prescriptivo de la sanción por mora, fenómeno que no afecta este asunto, pues se reclama la indemnización que se produjo a partir del 15 de febrero del año 2021, de esta anualidad tendrían plazo de reclamar hasta el **15 de febrero de 2024**, de esta manera y en numerosas ocasiones el Consejo de Estado, ha replicado y modulado sus decisiones en centrar el derecho que le asiste a los docentes de reconocer la sanción por mora por la falta de consignación de las cesantías dentro del tiempo al respectivo Fondo, estudios que se allegaron inicialmente con la presentación de la demanda y que al día de este recurso de alzada, han expedido más providencias bajo la misma línea argumentativa(...)

Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes

Frente a esta afirmación, debemos insistir que el contenido normativo de la ley 50 de 1990, que se solicita por aplicación jurisprudencial a los docentes afiliados al Fomag que tenga su régimen de cesantía anualizado, se compone también de la indemnización contenida en la ley 52 de 1975, la cual hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991”.

Con base en los fragmentos transcritos, la Sala observa que los reparos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de primera instancia son una reproducción de los argumentos desarrollados en el escrito de tutela. De manera que la tutelante está empleando la acción como si fuera una instancia



adicional, pues los mismos cargos ya fueron objeto de debate en el medio de control. Así se desprende del siguiente fragmento de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Decisión Nro. 5, en la cual dichos cargos fueron resueltos y desestimados por las siguientes razones:

“Para esta Colegiatura, la aplicación del régimen contenido en la Ley 50 de 1990, en lo que atañe a la forma de liquidar y el trámite de pago de las cesantías, desconocería la especialidad del régimen que la Ley 91 de 1989 consagró para los docentes y modificaría la forma que dispuso para de administrar, liquidar y de cancelar las cesantías.

*Esto quiere decir, que, en lo relacionado con las cesantías y sus intereses, no es procedente que los docentes apelen a un régimen diferente cuando el que los ampara, ya lo regula; o, que el vacío normativo (sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías) se satisfaga con la aplicación parcial de un marco normativo general (creándose un *lex tertia*).*

Se hace alusión a una aplicación parcial porque para el reconocimiento de la sanción moratoria no se puede dejar de lado que la función asignada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es especial y que en todos los casos no necesariamente la imputación de la responsabilidad por la omisión en la consignación del auxilio es del empleador (como lo establece el artículo 99-3º de la Ley 50 de 1990); más aún, si se tiene en cuenta que los recursos para el pago de la prestación son girados por el Ministerio de Educación al Fondo y que la entidad territorial (quien funge como administrador del servicio educativo y a veces como nominador) no interviene en el traslado de esos dineros (Leyes 91 de 1989 y 1955 de 2019).

v.- La aplicación integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a la situación de los educadores también se dificulta cuando se trata de contabilizar la mora; en la medida en que tampoco puede pasarse por alto que los recursos provienen del Sistema General de Participaciones y se descuentan directamente de los rubros que anualmente se distribuyen para la prestación del servicio educativo; los cuales, deben ser presupuestados por la entidad territorial.

vi.- En la sentencia SU-98 de 2018, que sustenta las súplicas no puede tenerse como precedente de unificación vinculante, pues en ese caso, la Corte Constitucional se refirió a un docente que no fue afiliado a ningún Fondo, y no al reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Fue precisamente por esa diferencia fáctica, que la Corte Constitucional no se refirió a la naturaleza y a la especialidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; el cual, funciona como una cuenta especial de la Nación encargada de la administración de las prestaciones sociales de los docentes, cuyos recursos son manejados a través de una fiducia, y que, a diferencia de las Sociedades Administradoras de Fondos Privados de Cesantías, no tiene dispuesta una cuenta individual en la que el afiliado recibe la consignación de sus cesantías.

Aunque es cierto que la existencia de las cuentas individuales no hace parte del fondo de la discusión, si es importante destacar esta característica para insistir una de las tantas diferencias que existen entre el régimen docente y el de los particulares y/o servidores públicos afiliados a un fondo privado de cesantías.

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 sobre el cual debe orientar su funcionamiento (consignar las cesantías y cancelar los intereses antes del 15 de febrero y del 31 de enero de cada año, respectivamente).

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 15-3º de la Ley 91 de 1989 y 4º 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)”.

Así entonces, el cotejo entre la demanda, el recurso de apelación contra la providencia de primera instancia, el escrito de tutela y la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Decisión Nro. 5, dan cuenta de que los argumentos expuestos en el escrito de tutela ya fueron desestimados en el medio de control. De ahí que no queda duda que la acción carece de la relevancia constitucional necesaria, pues se está empleando como si la tutela fuera una instancia adicional del medio de control.

En este punto, resulta importante señalar que, si bien en la solicitud de amparo la parte actora se refirió a nuevas sentencias que han abordado el mismo asunto, lo cierto es que las invoca con el mismo propósito con el que citó otras en la demanda ordinaria y en el recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia: demostrar que sí debió hacerse extensivo el régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990 al personal docente para reconocer la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de ese marco normativo.

En un caso con idéntica situación fáctica y jurídica, la Corte Constitucional concluyó, en la Sentencia SU-573 de 2019, que la acción de tutela carecía de relevancia constitucional, por las siguientes razones:

- (i) **El asunto propuesto versaba sobre una cuestión meramente legal, que no impactaba la garantía de derechos fundamentales, sino patrimoniales**, pues se proponía que el juez de tutela determinara si a las cesantías anualizadas de los docentes les resulta aplicable la Ley 91 de 1989 y el Decreto 1831 de 2005 o la Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996 y Decreto 1582 de 1998; asunto que conlleva a establecer aspectos legales acerca de la calidad de la vinculación de los docentes (territoriales, nacionales o nacionalizados) y sobre el fondo administrador de cesantías en que debe efectuarse la afiliación para que se cause la penalidad por no consignación oportuna de la prestación social.

Que, además, los argumentos buscaban «realizar el análisis de corrección de la sentencia y, en consecuencia, identificar cuál es la interpretación que los jueces de la jurisdicción contencioso administrativo deben acoger acerca del alcance del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y de la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, en cuanto al reconocimiento de una penalidad por no consignación oportuna de las cesantías en el régimen docente».

- (ii) La discusión propuesta no involucraba la protección de derechos fundamentales y la anomalía procesal alegada (presunto desconocimiento del precedente y del principio de favorabilidad laboral) no era determinante ni tenía un efecto decisivo en las sentencias cuestionadas y tampoco conllevaba a la afectación de un derecho fundamental, por cuanto «las decisiones impugnadas en sede de tutela no constituyen “desvíos del juez ordinario” ni decisiones carentes de motivación y no dan cuenta prima facie de la inaplicación de una prerrogativa de carácter constitucional».
- (iii) Los demandantes pretendían reabrir la controversia legal resuelta tras obtener una respuesta desfavorable a sus intereses, toda vez que los demandantes acudían a la tutela bajo la supuesta configuración de dos defectos específicos



con el fin de que el juez constitucional accediera a las mismas pretensiones incoadas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Esa misma línea argumentativa ha sido acogida por esta Sala al declarar improcedente la acción de tutela por no cumplir el presupuesto de la relevancia constitucional porque la parte actora pretendía reabrir el debate legal en torno a la aplicación de la Ley 50 de 1990, en tanto reiteraba los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación⁸.

Precisado lo anterior, se recuerda que la jurisprudencia constitucional ha dicho que la acción de tutela contra providencias judiciales no se instituyó como un análisis de las mejores razones entre las expuestas en la decisión atacada y la interpretación sostenida por la tutelante, en tanto que no obedece a su naturaleza y propósito. De ahí que la simple disparidad de criterio no constituye en sí misma una vulneración de derechos fundamentales. De aceptar esa posibilidad, se desnaturalizaría la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional. Es por tal motivo, que de manera reiterada se ha sostenido que cuando se controvierten decisiones judiciales, la procedencia del amparo está sujeta a que el asunto sea de tal relevancia en materia constitucional, que se logre apreciar sin mayor esfuerzo una vulneración grosera o de bulto, lo que no ocurre en este caso.

Finalmente, es importante recordar que al cuestionar una decisión proferida por un juez mediante la acción de tutela automáticamente entran en juego los principios de independencia, autonomía funcional y juez natural. Por consiguiente, a fin de encontrar un equilibrio entre la posibilidad de dejar una decisión judicial sin efectos y tales principios es imperativo que se cumplan con rigor cada uno de los requisitos generales señalados jurisprudencialmente, incluyendo la relevancia constitucional.

6. Conclusión

Por las razones expuestas, la Sala concluye que no se satisface el requisito de relevancia constitucional porque, se reitera, los reproches expuestos en el escrito de tutela son una reproducción de los cargos presentados en el medio de control.

En ese orden de ideas, se confirmará la decisión de primera instancia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C que declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la señora *Ruth Dery Gamboa Chala* por no cumplir a cabalidad con los requisitos generales de procedibilidad de este mecanismo contra providencias judiciales, concretamente el de relevancia constitucional.

En mérito de lo expuesto, **la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁸ Sentencias de 18 de mayo de 2023, M.P. Wilson Ramos Girón, expediente No. 11001-03-15-000-2023-01500-00, 25 de mayo de 2023, expediente No. 11001-03-15-000-2023-00705-01, M.P. Milton Chaves García. Véanse también las sentencias de 1 de junio de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-02069-00 y de 29 de junio de 2023, expedientes 11001-03-15-000-2023-01047-01, 11001-03-15-000-2023-02310-00, 11001-03-15-000-2023-02432-00, M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.



FALLA

1. **Confirmar** la decisión impugnada, proferida el del 22 de septiembre de 2023 por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, por las razones expuestas en la presente providencia.
2. **Notificar** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.
3. **Publicar** la presente decisión en la página web del Consejo de Estado.
4. **Enviar** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Presidenta

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRON