COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

# Sentencia SU/098/18

| | |
|---|---|
| **Corte** | Corte Constitucional |
| **Tipo** | Sentencia de unificación |
| **Referencia** | SU/098/18 |
| **Expediente** | T-6.736.200 |
| **Fecha** | 2017-12-12 |
| **Sala** | Sala de |
| **Magistrado ponente** | Gloria Stella Ortiz Delgado En |
| **Partes** | — |

## Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales
- Caracterizacion Del Defecto Material O Sustantivo Como Causal De Procedibilidad De La Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales
- Auxilio De Cesantia
- Regimen Legal Del Auxilio De Cesantias De Docentes Sancion Moratoria Por La No Consignacion Del Auxilio De Cesantias
- Sancion Moratoria Por La No Consignacion Del Auxilio De Cesantias
- Sancion Moratoria Por Pago Tardio De Las Cesantias

## Resumen del caso (según la propia sentencia)

Cesantías como una prestación social y una forma de protección del trabajador cesante y la familia tiene fundamento constitucional en los artículos 42 y 48. Por su parte, la Ley 50 de 1990 que regula hoy en día este auxilio para los

## Texto completo

SU098-18 Sentencia SU098/18 ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia excepcional ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Reiteración de jurisprudencia VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL AUXILIO DE CESANTIA- Concepto/ AUXILIO DE CESANTIA- Finalidad El auxilio de cesantías como una prestación social y una forma de protección del trabajador cesante y la familia tiene fundamento constitucional en los artículos 42 y 48.

Por su parte, la Ley 50 de 1990 que regula hoy en día este auxilio para los trabajadores del sector privado señala que está sometido a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) el sistema tradicional contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo (Artículos 249 y siguientes), el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1° de enero de 1991; (ii) el sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por esta ley, el cual se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados por

contrato de trabajo a partir del 1° de enero de 1991 y a los trabajadores antiguos que se acojan al nuevo sistema; y (iii) el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales, y pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida la cesantía a que tenga derecho el trabajador.

AUXILIO DE CESANTIA- Alcance REGIMEN LEGAL DEL AUXILIO DE CESANTIAS DE DOCENTES SANCION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION DEL AUXILIO DE CESANTIAS- Régimen legal SANCION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION DEL AUXILIO DE CESANTIAS- Régimen legal, según artículo 99 de la ley 50 de 1990 En principio, las normas sobre cesantías que establece la Ley 50 de 1990 sólo eran aplicables a los trabajadores que se vinculaban mediante contrato de trabajo y que se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, con la expedición de la Ley 344 de 1996, (artículo 13, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998), el régimen anualizado de cesantías se extendió a todas las personas que se vincularan con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. En particular, consagró que el régimen de liquidación y pago del auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial sería el previsto, entre otros, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que consagra la sanción por el no pago de las cesantías en los términos allí previstos.

SANCION MORATORIA POR PAGO TARDIO DE LAS CESANTIAS- Régimen aplicable a los servidores públicos también lo es para los docentes oficiales PAGO DE SANCION MORATORIA DE LAS CESANTIAS A DOCENTES OFICIALES- Jurisprudencia del Consejo de Estado la jurisprudencia del Consejo de Estado: (i) ha reconocido el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en tiempo, de conformidad con lo estipulado en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a servidores públicos y no admite que el empleador se sustraiga de consignar las cesantías anualizadas aún en supuestos de procesos de reestructuración, en razón a que las acreencias laborales tienen una especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) ha sostenido que el Legislador no limitó la sanción moratoria que contempla la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a determinados servidores públicos, de modo que no puede inferirse la exclusión de regímenes especiales como el de los docentes; (iii) en lo que concierne al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que establece la Ley 50 de 1990 no ha accedido a dicha solicitud. El Consejo de Estado aduce que dicha normativa sólo cobija a los servidores públicos del orden territorial que se encuentren afiliados a un fondo privado de cesantías. Este mismo órgano judicial aclaró que en caso de que los docentes se hubiesen vinculado a partir de 1990 los ampara el régimen prestacional de los empleados del orden nacional y se encuentran afiliados al FOMAG, razón por la que no tienen derecho a ese pago. Por otra parte, (iv) existe un precedente constitucional en el que se accedió al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 a un docente porque el ente territorial omitió afiliarlo al FOMAG y no le consignó las cesantías, aproximadamente, durante dos periodos consecutivos.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL- Aplicación/ PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL- Obligatoriedad El principio de favorabilidad fue consagrado por el Constituyente y por el Legislador como uno de los dispositivos de solución de conflictos surgidos con ocasión del choque o concurrencia de normas o interpretaciones vigentes y aplicables simultáneamente a un caso determinado. Así mismo, se desprende que la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral no es opcional, sino de obligatorio cumplimiento por expreso mandato legal y constitucional. En efecto, para esta Corporación ha sido claro que cuando se presentan conflictos en la aplicación y/o interpretación de las fuentes formales del derecho laboral no le es posible a los operadores jurídicos, tanto judiciales como administrativos, desconocer las garantías de los trabajadores y/o pensionados que han sido reconocidas constitucionalmente y a las cuales se les ha otorgado el carácter de inalienables e irrenunciables.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL- Opera cuando se presenta un conflicto entre normas y cuando existe una norma que admite varias interpretaciones PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD- Una vez se elige la norma más favorable, ésta debe aplicarse en su totalidad sin escindir su contenido RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCION MORATORIA DE LAS CESANTIAS A LOS SERVIDORES PUBLICOS ES APLICABLE A LOS DOCENTES OFICIALES ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN MATERIA DE PAGO DE SANCION MORATORIA DE LAS CESANTIAS A DOCENTES OFICIALES- Procedencia por violación directa de la constitución Referencia: expediente T-6.736.200 Acción de tutela presentada por Álvaro Bonilla Guerrero contra la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y otro.

Procedencia: Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Asunto: Configuración de los defectos sustantivo y por violación directa de la Constitución respecto de la aplicación de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial.

Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018). La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA En el proceso de revisión de la Sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, el 22 de marzo de 2018, que revocó la decisión adoptada en primera instancia por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado , el 8 de febrero de 2018 , que concedió el amparo del derecho a la igualdad y dejó sin efecto la Sentencia del 27 de julio de 2017 que profirió la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado y, en su lugar, negó la protección que solicitó el señor Álvaro Bonilla Guerrero, en relación con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en la fecha indicada por la ley, así como de los intereses y los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión que efectuó la Secretaría General de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. El 21 de mayo de 2018, la Sala de Selección Número Cinco de Tutelas [1] de la Corte lo escogió para revisión.

El día dieciocho (18) de julio de 2018, la Sala Plena de esta Corporación decidió avocar el estudio del presente caso. I. ANTECEDENTES El 5 de diciembre de 2017, el señor Álvaro Bonilla Guerrero actuando en nombre propio presentó acción de tutela contra la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, por considerar que las sentencias del 27 de julio de 2017 y 9 de septiembre de 2014, respectivamente, proferidas por esas autoridades judiciales en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el municipio de Santiago de Cali, Secretaría de Educación municipal, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, así como los principios constitucionales de dignidad humana y favorabilidad.

A. Hechos y pretensiones 1. Manifestó el actor que fue nombrado en el municipio de Santiago de Cali como docente en provisionalidad, mediante Resolución N° 205 del 31 de marzo de 2003.

2. Refirió que, luego de que se acogió a lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002 [2] , su vinculación terminó y la Secretaría de Educación de este municipio expidió la Resolución N° 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007 que le reconocía el pago de las prestaciones sociales definitivas [3] , y le informaba que el pago se realizaría en el respectivo Fondo de Cesantías.

3. El 21 de abril de 2009, en ejercicio del derecho de petición, el señor Bonilla Guerrero elevó una solicitud ante el alcalde de Santiago de Cali, en la cual solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria con fundamento en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Lo anterior, porque dicho ente territorial no le consignó las cesantías en la fecha que establece la ley en el respectivo Fondo de Cesantías [4] , los intereses sobre las cesantías ni los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo.

4. En respuesta a la anterior solicitud, el ente territorial le manifestó al peticionario que no fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) ni a otro fondo por un error interno, esto es, porque se presentó una inconsistencia en el aplicativo de afiliación al fondo con respecto a algunos docentes técnicos provisionales.

5. En consecuencia, para el actor, el municipio incumplió la obligación legal de consignar a más tardar el 15 de febrero de cada año las cesantías correspondientes al tiempo laborado en el periodo inmediatamente anterior y liquidado al 30 de diciembre. Por lo anterior, el accionante promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener la nulidad del precitado acto administrativo y, en consecuencia, pidió que se le reconociera la sanción por mora en el pago de las cesantías, así como los respectivos intereses y rendimientos financieros.

6. En sentencia del 9 de septiembre de 2014 [5] , el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto expresó que las normas que cobijan al actor como docente en el sector oficial no se extienden a la aplicación de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 en materia de administración, liquidación y reconocimiento de cesantías. Al contrario, consideró que no había duda de que, en su calidad de docente provisional vinculado al servicio educativo estatal, lo ampara el régimen prestacional que contempla la Ley 91 de 1989 y, por esta razón, no era posible reconocer la sanción moratoria solicitada.

En la decisión se determinó que si bien el municipio incurrió en una irregularidad al omitir la afiliación del demandante en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), ello no daba lugar a imponerle sanción alguna, más aún cuando la entidad demandada subsanó dicha omisión al reconocerle las cesantías y los intereses al actor mediante la resolución objeto de reproche.

Por último, expuso que, aun cuando en un caso similar el mismo Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda, el criterio para adoptar dicha decisión varió y ahora se aplica el acogido a partir de la Sentencia N° 134 del 22 de noviembre de 2012, con ponencia del magistrado Carlos Eduardo Sevilla Cadavid. La decisión del Tribunal fue apelada por el demandante.

7. La Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado , en sentencia del 27 de julio de 2017 [6] , confirmó la decisión del Tribunal. En criterio de la Sala, estaba acreditado que la administración efectúo la afiliación del actor al FOMAG el 19 de octubre de 2007, tal y como lo consideró el Tribunal de instancia, y que dicha omisión daba lugar a otro tipo de responsabilidades, pero en ningún caso implicaba la aplicación de la sanción pecuniaria prevista en la Ley 50 de 1990, pues se trata de un sistema especial del que no son destinatarios los docentes del sector oficial, el cual se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989.

8. Por lo anterior, indicó que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso por desconocimiento del precedente aplicable a su caso y violación de sus derechos a la igualdad, dignidad humana y el principio constitucional de favorabilidad.

9. El actor sostuvo que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 [7] establece el régimen de cesantías que cobija a las personas que se vinculan a los órganos y entidades del Estado sin perjuicio de los derechos convencionales y de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

“ (…) a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo (…) ”.

También refirió el contenido del numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en el que se establece la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías, esto es, un día de salario por cada día de retardo en la consignación de dicha prestación social.

10. Expuso que en su caso particular se desconoció la normativa aplicable como las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 y los Decretos 1252 de 2000 y 3752 de 2003, como también la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU-336 de mayo de 2017 [8] .

11. Expresó que en la Sentencia T-705 de 2012 [9] , la Corte señaló que la administración de las cesantías en el sector privado corresponde a los fondos de cesantías y que la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998 extendieron este sistema al sector público. Por su parte, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anual que es el sistema aplicable a las personas que están vinculadas con el Estado. De otro lado, el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 acogió la sanción moratoria que prevé el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

12. Sostuvo que en su caso se desconoció el precedente jurisprudencial en la materia, pues en casos similares el Consejo de Estado ha accedido a las pretensiones, más aún después de que se profirió la Sentencia SU-336 de 2017 [10] , la cual no se tuvo en cuenta por los jueces de instancia. De ahí que, también se vulneró el derecho a la igualdad.

13. En consecuencia, solicitó: (i) revocar la sentencia de segunda instancia que profirió la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, quien negó las pretensiones de la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (ii) En su lugar, ordenar que se profiera una nueva decisión que acceda a su solicitud acerca del 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.

B. Trámite procesal Mediante auto del 12 de diciembre de 2017 [11] la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, avocó conocimiento de la acción de tutela, vinculó a la alcaldía de Santiago de Cali y a su Secretaría de Educación como terceros interesados en el resultado de la presente acción constitucional, y corrió traslado a las entidades demandadas con el fin de que ejerciera su derecho de defensa.

Respuesta Sección Segunda de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado. La doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en su calidad de Consejera de Estado de la sección accionada, rindió informe en los siguientes términos:

Precisó que la Sala analizó la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los educadores estatales, con fundamento en lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-928 de 2006 [12] respecto al cargo que se formuló por desconocimiento del artículo 13 Superior y en la que se concluyó que “ (…) la sola existencia de un régimen especial frente a las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías, no desconoce per se el derecho invocado, debido a las características esenciales del mismos (sic) en la medida en que la manera como se liquidan y pagan respecto de los afiliados al FOMAG regulados por un sistema especial contemplado en la Ley 91 de 1989 (…) es distinta a la regulada en el sistema anualizado de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990 ” [13] .

Por lo anterior, explicó, no se configuraron los presupuestos para aplicar el principio de favorabilidad, puesto que las disposiciones aplicables a la situación fáctica del docente es la Ley 91 de 1989 que comprende la prestación social de las

cesantías, cuya liquidación y pago es distinta a la que regula la Ley 50 de 1990, sin que por ello pueda alegarse discriminación alguna.

De otro lado, sostuvo que las reglas expuestas en la Sentencia SU-336 de 2017 [14] no son aplicables al caso del actor [15] : " (…) Lo anterior, se diferencia del régimen anualizado de liquidación de la aludida prestación social previsto en las leyes 50 de 1990 [16] y 344 de 1996 [17] , ésta última, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 [18] , la cual estableció como destinatarios a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, por lo que no era aplicable al asunto objeto de litis " [19] .

De ahí que, contrario a lo expuesto por el actor, la providencia objeto de reproche se profirió con fundamento en la normativa que regula la situación jurídica del demandante y en consonancia con la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado. Además, recordó que la acción de tutela no es una tercera instancia para reabrir debates que ya fueron analizados y resueltos por los jueces naturales ni tampoco para revisar el criterio interpretativo del juez.

Por esa razón, la acción de tutela deviene improcedente. C. Decisiones objeto de revisión Primera instancia- Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado , mediante providencia del 8 de febrero de 2018 [20] , amparó el derecho a la igualdad que invocó el señor Álvaro Bonilla Guerrero y dejó sin efectos la sentencia del 27 de julio de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Por ende, le ordenó a esta autoridad judicial que profiriera una nueva decisión en la que acogiera la interpretación allí expuesta, previa verificación de los requisitos establecidos en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

En el caso concreto, la Sección Cuarta analizó si las autoridades accionadas incurrieron en violación directa de la Constitución al no aplicar el principio de favorabilidad en el presente asunto y, en consecuencia, no reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías al accionante. A su vez, aclaró que no estudiaría el defecto por desconocimiento del precedente judicial porque no existe un criterio unificado al interior del Consejo de Estado sobre la materia, de ahí que no podía concluirse que existiera un precedente en este aspecto por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas, concluyó que la postura acogida en el proceso ordinario se aleja de la interpretación que mejor realiza los postulados constitucionales por las siguientes razones:

En primer lugar , consideró que si se realiza un análisis con fundamento en el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política es altamente probable que se concluya que los docentes oficiales tienen derecho a la sanción moratoria. Esto, por cuanto en los casos de duda sobre la aplicación o interpretación de una fuente formal, como en el presente caso, debe acogerse la que sea más favorable para el trabajador.

Dicha duda se origina, entre otras razones, porque los docentes oficiales tienen un régimen especial, dentro del cual no existe una norma expresa sobre la sanción moratoria, mientras que en el régimen general de servidores públicos existe un reconocimiento normativo. En razón a ello, una de las interpretaciones existentes consiste en reconocer que comoquiera que en el régimen especial de docentes no hay una disposición expresa que regule la sanción moratoria, este conjunto de normas debe aplicarse como un todo sin acudir a lo dispuesto en el régimen general para servidores públicos.

Resaltó que ante la duda es necesario aplicar el principio de favorabilidad para solucionar el caso y que la Corte Constitucional reiteró que la existencia de regímenes especiales no implica la vulneración de los derechos de quienes pertenecen al régimen general como también que los regímenes especiales no pueden ser menos favorables para sus destinatarios que el primero, pues esto supondría un trato discriminatorio a la luz de la cláusula de igualdad.

Por tanto, la interpretación conforme con la aplicación del principio constitucional de favorabilidad es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria para los docentes oficiales.

En segundo lugar , sostuvo que el artículo 53 Superior establece el derecho de todo trabajador al pago oportuno, y que esta disposición debe analizarse a la luz del derecho a la igualdad. Así que, si la Constitución Política establece que los trabajadores -sin realizar diferenciación alguna-, tienen derecho a recibir oportunamente los pagos, no hay razón para negar la sanción moratoria a los docentes oficiales. Más aún, cuando la esencia del pago de las cesantías es brindarle al trabajador apoyo para solventar sus necesidades económicas, ya en caso de desempleo o en materia de educación y vivienda.

En tercer lugar , señaló que, si bien el análisis no versa sobre el desconocimiento del precedente, lo cierto es que desde las Sentencias C-741 de 2012 [21] y C-486 de 2016 [22] la Corte Constitucional ha dispuesto que los docentes oficiales se equiparan a los servidores públicos bajo la modalidad de empleados públicos. Por esa razón, les es aplicable el régimen general en aquello que no se encuentra regulado en el régimen especial.

Sumado a lo anterior, citó la Sentencia SU-336 de 2017 [23] que señaló que " (…) aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías ".

Por último , precisó que si bien las decisiones de las autoridades no son caprichosas ni arbitrarias, pues se fundamentaron en argumentos razonables que se sustentan en una lectura sistemática de las normas que regulan el régimen especial de los docentes oficiales, la Sala privilegiaría la interpretación que considera más favorable al actor y que es la que ha expuesto el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

Impugnación Mediante escrito del 22 de febrero de 2018 [24] , la Consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez presentó en nombre de la Sección Segunda- Subsección "B"- del Consejo de Estado, escrito de impugnación contra la anterior decisión, por considerar que existe una confusión del a-quo con respecto a la aplicación de las normas que rigen las prestaciones sociales para los docentes.

Explicó que en el caso objeto de estudio no existe vulneración del derecho a la igualdad ni del principio de favorabilidad, en este sentido, la orden que se emitió en la acción de tutela desconoce la normativa aplicable en materia prestacional a los docentes, como también la jurisprudencia pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En este sentido, refirió la regulación del derecho al reconocimiento de cesantías y destacó la existencia de diversos regímenes: (i) régimen retroactivo; (ii) sistema anualizado de cesantías; (iii) del Fondo Nacional del Ahorro (FNA); y (iv) de los docentes.

Con respecto a los distintos regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, sostuvo que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no es aplicable el juicio de igualdad entre ellos porque no son equiparables y responden a requerimientos específicos de cada orden y entidad, el grado de responsabilidad y la calificación profesional que se requiere o de las condiciones en que prestan sus servicios. Para ilustrar lo anterior citó las Sentencias C-313 de 2003 [25] y C-928 de 2006 [26] .

En este orden de ideas, sostuvo que el régimen especial de los docentes que contempla la Ley 91 de 1989 respecto a la prestación social de las cesantías, es diferente al anualizado previsto en la Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, que previeron como destinatarios del régimen de liquidación anualizado de cesantías a los servidores públicos que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaron a fondos privados de cesantías " (…) sin perjuicio de lo establecido en el régimen prestacional especial de los afiliados al FOMAG, que contempla en materia de cesantías, pensiones y salud, un sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable equiparar la manera como se

administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes frente a los servidores públicos del nivel territorial beneficiarios del sistema anualizado ” [27] .

Adujo que la Ley 244 de 1995 contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos y que, en caso de incumplimiento, la entidad obligada debía pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo. Esta disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado. Tal normativa no especificó si los docentes afiliados al FOMAG se encontraban incluidos como destinatarios de las reglas que allí se establecieron acerca del pago de las cesantías a los servidores públicos.

Por tanto, concluyó que el actor no es beneficiario de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, la cual fue extendida a determinados servidores públicos, pero no a los docentes afiliados al FOMAG, cuya situación se encuentra regulada en la Ley 91 de 1989. Respecto a los diversos sistemas de liquidación, la Corte Constitucional ha sostenido que no se puede alegar la violación del derecho a la igualdad por cuanto la finalidad que contempló el Legislador para cada uno de ellos es distinta.

Precisó que la sanción moratoria de que trata el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 se extendió únicamente a los servidores públicos del sector territorial que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaron a fondos privados , la cual se genera cuando el empleador no consigne antes del 15 de febrero de cada año, en la cuenta individual del fondo administrador, el valor liquidado por la anualidad o por la fracción correspondiente. Mientras que la sanción moratoria que contempla la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que se refiere al régimen general aplicable a todos los servidores públicos , se configura cuando la entidad obligada no paga las cesantías dentro de los 45 días hábiles, a partir del momento en el que queda en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales.

De conformidad con lo anterior, expuso, no existe sentencia de unificación jurisprudencial respecto a la sanción moratoria anualizada por lo que tampoco puede alegarse desconocimiento del derecho a la igualdad. Por el contrario, si existe dicho pronunciamiento acerca de la aplicación general que contempla la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 que previó la sanción moratoria para todos los servidores públicos y que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, principio in dubio pro operario, incluyó a los docentes oficiales como destinatarios de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas o parciales, según lo expuso la Corte Constitucional en la Sentencia SU-336 de 2017 [28] .

En consecuencia, solicitó se revoque el fallo de primera instancia. En su lugar, se mantenga incólume la sentencia de la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado que se profirió el 27 de julio de 2017, por cuanto no se desconoció el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad.

Segunda instancia- Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 22 de marzo de 2018 [29] , revocó la sentencia impugnada y, en su lugar, negó la solicitud de amparo al considerar que no se configuraron los defectos sustantivo ni de desconocimiento del precedente constitucional que invocó el actor.

Señaló que el a-quo accedió al amparo con sustento en lo dispuesto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 que contemplan una indemnización moratoria cuando la entidad a quien le corresponde el pago deja vencer el término máximo de 45 días hábiles una vez queda en firme el acto administrativo de liquidación de las cesantías. Sin embargo, no tuvo en cuenta que la solicitud del actor está encaminada a que se le reconozca el pago de la sanción moratoria con base en lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en la Ley 344 de 1996 y en los Decretos 1582 de 1998 y

1252 de 2000, que contemplan dicha sanción cuando no se consignan oportunamente las cesantías, a más tardar el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que se causaron y liquidaron, en el respectivo fondo.

La Sala encontró que para sustentar la decisión, la Sección Quinta del Consejo de Estado puso de presente la Sentencia SU-336 de 2017 [30] , en la que se analizaron varios casos de docentes del sector oficial afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que solicitaron el pago de las cesantías parciales que se pagaron en un término superior a los 65 días hábiles que establece la Ley 1071 de 2006. Es decir, en este pronunciamiento no se analizó ninguna controversia relacionada con la sanción prevista en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cuya hipótesis es la que reclama el actor en su caso particular y que originó el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

De otra parte, el ad-quem , respecto del pago de cesantías, deben diferenciarse dos situaciones: (i) la consignación dentro del plazo que señala la ley para cancelar dicha prestación en la anualidad siguiente a la que se causa en los términos de la Ley 50 de 1990 y; (ii) la cancelación tardía de la prestación una vez se solicita de forma parcial o definitiva, de conformidad con lo expuesto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En ambos casos, el Legislador prevé una sanción por el no pago o el pago tardío de las mismas " (…) sin embargo, difieren de la causa generadora y tiene un componente temporal distinto, en la medida que, para que se configure la primera causal el empleador debe incurrir en la omisión del giro de los respectivos rubros al fondo a más tardar al 15 de febrero de la anualidad siguientes al periodo liquidado, mientras que para la segunda, debe mediar la solicitud del interesado (…) " [31] .

Agregado a lo anterior, expuso que los destinatarios de dichas normas son distintos, puesto que los docentes públicos son beneficiarios de un régimen especial distinto al contenido en la Ley 50 de 1990 que regula las relaciones de los trabajadores del sector privado sin que ello configure per se una vulneración del derecho a la igualdad.

Por las razones expuestas, revocó el fallo impugnado y negó la solicitud de amparo al no haberse configurado ninguno de los defectos alegados. Sumado a que en la sentencia cuestionada se realizó un análisis detallado y razonado del asunto que se sometió a su conocimiento, en virtud del principio de la autonomía judicial de la parte accionada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Competencia 1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 61, inciso primero, del Reglamento Interno de esta Corporación [32] .

Asuntos objeto de revisión y planteamiento de los problemas jurídicos 2. Como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, el demandante promovió acción de tutela contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral y la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, tras considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso por desconocimiento del precedente aplicable a su caso e igualdad, así como los principios constitucionales de dignidad humana y favorabilidad. Ello, como consecuencia de las decisiones adoptadas por estos despachos judiciales dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales le negaron sus pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación del auxilio de cesantías dentro del plazo que fijó el Legislador en el respectivo fondo en los años de 2004, 2005, 2006 y de manera parcial para el año 2007.

El actor adujo que los despachos accionados vulneraron su derecho al debido proceso porque desconocieron lo dispuesto en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996; los Decretos 1252 de 2000 y 3752 de 2003 así como la Sentencia SU-336 de 2017 [33] . Expuso que acreditó en el proceso ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa que el empleador

desconoció la obligación legal de consignar las cesantías de manera oportuna en el fondo, aspecto que no analizaron los jueces del caso.

Respecto al principio de favorabilidad e igualdad, sostuvo que el fallo de segunda instancia desconoció el precedente jurisprudencial, pues en casos similares el Consejo de Estado ha accedido a las pretensiones de los actores, más aún, luego de proferida la Sentencia SU -336 de 2017 [34] , cuyos fundamentos no tomaron en consideración los jueces de instancia en su caso particular. Lo anterior, viola su derecho a la igualdad material y favorabilidad, pues la Corte ha expresado que los docentes del sector oficial " tienen derecho a que sus cesantías sean pagadas de manera oportuna " [35] .

Al resolver la acción de tutela, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en primera instancia, concedió las pretensiones del amparo, en razón a que si bien las decisiones censuradas no fueron caprichosas ni arbitrarias no aplicaron, ante la duda, la interpretación más favorable al trabajador que es el criterio al que acude el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en estos eventos. Por su parte, en segunda instancia, la Sección Quinta de dicha Corporación revocó el amparo, al considerar que no se configuró el defecto sustantivo ni de desconocimiento del precedente que invocó el actor.

3. La situación fáctica planteada exige a la Sala, en primer lugar, determinar si procede la presente acción de tutela contra las providencias judiciales censuradas.

En caso de ser procedente la tutela de la referencia, será preciso analizar el fondo del asunto, el cual plantea el siguiente interrogante: ¿Las entidades judiciales accionadas vulneraron los derechos fundamentales del actor por incurrir en desconocimiento del precedente, defecto sustantivo y violación directa de la Constitución por no aplicar el principio de favorabilidad, al omitir para el tutelante, en su calidad de docente, lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que consagra el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en el tiempo que estableció el Legislador? Debido a que el presente asunto versa sobre una acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala deberá establecer si los supuestos yerros en que incurrieron los despachos judiciales, se enmarcan en las causales específicas de procedibilidad de tutela contra sentencias judiciales. Para tales efectos, la Sala (i) reiterará la doctrina en torno a los requisitos generales y a las causales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. A continuación, se referirá sobre el (ii) alcance y contenido del auxilio de cesantías y la sanción moratoria en la jurisprudencia constitucional –reiteración de jurisprudencia-; (iii) régimen legal y jurisprudencial sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías en el caso de los docentes oficiales y; (iv) alcance y contenido del principio de favorabilidad –Reiteración de jurisprudencia- Con base en dichos presupuestos, se solucionará el problema jurídico planteado y se resolverá el caso concreto.

Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia [36] 4. El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluidas las autoridades judiciales.

En desarrollo de este precepto, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 previeron la posibilidad de que cuando los jueces emitieran decisiones que vulneraran garantías fundamentales, las mismas fueran susceptibles de control por vía de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-543 de 1992 [37] declaró la inexequibilidad de los referidos artículos. En ese fallo la Corte precisó que permitir el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, transgredía la autonomía y la independencia judicial y contrariaba los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

5. No obstante en tal declaración de inexequibilidad, esta Corporación también estableció la doctrina de las vías de hecho , mediante la cual se plantea que la acción de tutela sí puede ser invocada contra una providencia judicial, cuando ésta es producto de una manifiesta situación de hecho, creada por actos u omisiones de los jueces, que implica la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental. En esa medida, a partir de 1992 se permitió la procedencia de la acción de tutela para atacar, por ejemplo, sentencias que se hubieran basado en normas inaplicables, proferidas con carencia absoluta de competencia o bajo un procedimiento ajeno al fijado por la legislación vigente. Tales vías de hecho fueron identificándose caso a caso [38] .

6. Más adelante, esta Corte emitió la Sentencia C-590 de 2005 [39] , en la que la doctrina de las vías de hecho fue replanteada en los términos de los avances jurisprudenciales que se dieron en ese interregno. En dicho fallo, la Corte diferenció dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, así: (i) requisitos generales de procedencia, con naturaleza procesal y (ii) causales específicas de procedibilidad, de naturaleza sustantiva.

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. 7. La Corte en la Sentencia C-590 de 2005 [40] buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello, estableció diversas condiciones procesales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales especiales.

Tales condiciones son: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance; (iii) que se cumpla el principio de inmediatez; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso; (v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela.

7.1. Respecto a la exigencia de que lo discutido sea de evidente relevancia constitucional , esta Corte ha dicho que ello obedece al respeto por la órbita de acción tanto de los jueces constitucionales como de los de las demás jurisdicciones. Debe el juez de tutela, por lo tanto, establecer clara y expresamente si el asunto puesto a su consideración es realmente una cuestión de relevancia constitucional, que afecte los derechos fundamentales de las partes.

7.2. El deber de agotar todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance del afectado , guarda relación con la excepcionalidad y subsidiariedad de la acción de tutela, pues de lo contrario ella se convertiría en una alternativa adicional para las partes en el proceso. Esta exigencia trae consigo la excepción consagrada en el artículo 86 Superior, que permite que esa exigencia pueda flexibilizarse cuando se trata de evitar la consumación de un perjuicio irremediable .

7.3. Adicionalmente, el juez debe verificar que la acción de tutela se invoque en un término razonable y proporcionado, contado a partir del hecho vulnerador, a fin de cumplir el requisito de la inmediatez . De no ser así, se pondrían en riesgo la seguridad jurídica y la institución de la cosa juzgada, pues las decisiones judiciales estarían siempre pendientes de una eventual evaluación constitucional.

7.4. Así mismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe haber sido decisiva o determinante en la sentencia que se impugna y debe afectar los derechos fundamentales del peticionario . Este requisito busca que sólo las irregularidades verdaderamente violatorias de garantías fundamentales tengan corrección por vía de acción de tutela, de manera que, se excluyan todas aquellas que pudieron subsanarse durante el trámite, o que no se alegaron en el proceso.

7.5. También se exige que la parte accionante identifique razonablemente los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales . Este requisito pretende que el actor ofrezca plena claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial. En este punto, es importante que el juez de tutela verifique que los argumentos se hubieren planteado al interior del proceso judicial, de haber sido esto posible.

7.6. La última exigencia de naturaleza procesal que consagró la tipología propuesta en la C-590 de 2005 [41] , fue que la sentencia atacada no sea de tutela . Así se buscó evitar la prolongación indefinida del debate constitucional, más aún cuando todas las sentencias de tutela son sometidas a un proceso de selección ante esta Corporación, trámite después del cual se tornan definitivas, salvo las escogidas para revisión.

Examen de requisitos generales de procedencia en este asunto 8. Enunciados los anteriores requisitos es necesario que esta Sala identifique si en el caso concreto se cumplen o no.

8.1. El presente asunto es de evidente relevancia constitucional , por cuanto se pretende la protección inmediata del derecho fundamental al debido proceso supuestamente transgredido al accionante, mediante providencias que no accedieron a las pretensiones del actor quien reclamaba la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías en los periodos 2004 a 2006 y 2007.

Adicionalmente, se observa que está de por medio el análisis de la posible configuración del defecto de violación directa de la Constitución por la no aplicación del principio de favorabilidad, y del presunto desconocimiento del precedente jurisprudencial de la jurisdicción contenciosa administrativa y constitucional, aspectos que involucran la igualdad de trato jurídico y la certeza del sistema jurídico, cuestiones de indudable relevancia constitucional.

Finalmente, para la Sala, el debate sub judice plantea un problema de raigambre constitucional, pues la sanción moratoria está ligada al pago o consignación oportuna del auxilio de cesantías, que permite, entre otros, el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social.

En este orden de ideas, está de por medio el análisis del alcance del derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, el principio de favorabilidad en la aplicación de normas e interpretación en materia de prestaciones sociales a empleados públicos y docentes.

8.2. En relación con el agotamiento de todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que el accionante tuvo a su alcance, es preciso señalar que el actor controvirtió tanto en vía gubernativa como en sede judicial las decisiones por medio de las cuales la administración le negó el reconocimiento de la sanción por la no consignación en tiempo del auxilio de cesantías en el respectivo fondo.

Es importante resaltar que, aunque existen recursos extraordinarios en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estos no proceden para garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales. De un lado, la revisión no procede en el caso objeto de estudio, pues los supuestos fácticos en que se funda no se encuentran dentro de las causales establecidas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 para que proceda este recurso extraordinario [42] .

Por otro lado, respecto del recurso de unificación de jurisprudencia, de conformidad con el artículo 258 de Ley 1437 de 2011, éste solo procede cuando las sentencias de los Tribunales, que hayan sido impugnadas, contraríen o se opongan a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. Teniendo en cuenta que no hay una sentencia de unificación de esa Corporación que se pronuncie sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos que consagra el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a docentes del Magisterio, la Sala estima que este recurso extraordinario tampoco procede en este caso.

8.3. En relación con el requisito general de inmediatez , la Sala encuentra que este se halla acreditado, pues el peticionario interpuso la acción de tutela el 5 de diciembre de 2017 contra el fallo de segunda instancia que profirió la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado el 27 de julio de 2017, lo cual constituye un término razonable para invocar la protección de sus derechos fundamentales.

8.4. El accionante, identificó de manera razonable los hechos que considera violatorios de sus derechos fundamentales, en particular, del debido proceso y los consignó en la acción de tutela. En este orden de ideas, explicó los argumentos por

los cuales encontró que el despacho y la corporación judicial accionadas incurrieron en defecto sustantivo y por desconocimiento del precedente judicial. Esto es, la falta de reconocimiento de la sanción moratoria que establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación del auxilio de cesantías de los periodos 2004, 2005, 2006 y de manera proporcional del año 2007, en el respectivo fondo, sumado a que durante el tiempo que duró su vínculo contractual con el municipio de Santiago de Cali no fue afiliado al FOMAG. Por lo anterior, a su parecer, los jueces en los fallos objeto de reproche incurrieron en defecto sustantivo, por no aplicar una norma de la cual considera es destinatario como docente oficial y en defecto por desconocimiento del precedente al resolver su caso de manera desfavorable cuando en otros casos han accedido a dichas pretensiones.

Por otro lado, el actor alegó la violación directa de la Constitución Política. Al respecto, puede decirse que su argumento sobre la configuración de los defectos sustantivo y violación directa de la Constitución se entrelazan, pues el fundamento de la solicitud de aplicación de la Ley 50 de 1990 se sostiene en la supuesta violación de la Carta por desconocimiento del principio de favorabilidad y esta Corporación ha sostenido que en el fondo todas las causales específicas que dan lugar a la acción de tutela contra providencias judiciales entrañan en sí mismas un desconocimiento de la norma Superior [43] .

8.5. Por último, no se trata de una irregularidad procesal, ni de una acción de tutela contra una sentencia de esa misma naturaleza. Debido a lo anterior, es claro que se cumplen todos los requisitos generales sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Por lo tanto, esta Sala continúa con el análisis de naturaleza sustantiva.

Causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. 9. Con respecto a las causales especiales de procedibilidad, esta Corporación ha emitido innumerables fallos [44] en los cuales ha desarrollado jurisprudencialmente los parámetros a partir de los cuales el juez pueda identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resulta procedente para controvertir los posibles defectos de las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela [45] .

Así las cosas, la jurisprudencia entendía que existían básicamente tres defectos, el sustantivo, el procedimental y el fáctico; sin embargo, producto de una labor de sistematización sobre la materia, en la Sentencia C-590 de 2005 [46] se indicó que puede configurarse una vía de hecho cuando se presenta alguna de las siguientes causales:

· Defecto orgánico que ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia. · Defecto procedimental absoluto que surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.

· Defecto fáctico que se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión.

· Defecto material o sustantivo que tiene lugar, en líneas generales, cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos de la providencia y la decisión adoptada, o cuando a la norma que se aplica se le reconocen efectos distintos a los señalados por el Legislador [47] .

· El error inducido que acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

· Decisión sin motivación que presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

· Desconocimiento del precedente que se configura cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos casos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad de trato ante autoridades judiciales.

· Violación directa de la Constitución que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como documento plenamente vinculante y con fuerza normativa.

En el caso sub examine se alega la causal referente al defecto sustantivo, violación directa de la Constitución, que se entrelazan como se explicó, y al desconocimiento del precedente, por tanto, esta Sala efectuará una breve caracterización de tales asuntos, a fin de viabilizar el estudio del caso concreto.

Breve caracterización del defecto sustantivo 10. El contenido de la causal específica de procedibilidad por defecto sustancial, ha sido decantado extensamente por esta Corporación, en la Sentencia SU-195 de 2012 [48] . Así las cosas, en sentido amplio, se está en presencia del vicio cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto o deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica [49] . En estricto sentido, configuran este defecto los siguientes supuestos:

· El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente [50] o porque ha sido derogada [51] , es inexistente [52] , inexequible [53] o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador [54] .

· No se hace una interpretación razonable de la norma [55] . · Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes [56] .

· La disposición aplicada es regresiva [57] o contraria a la Constitución [58] . · El ordenamiento otorga un poder al juez y éste lo utiliza para fines no previstos en la disposición [59] .

· La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma [60] . · Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación [61] .

Procederá entonces el amparo constitucional, cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

La violación directa de la Constitución 11. El fundamento de la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución se encuentra en el artículo 4° Superior, según el cual “e n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales ” con el consecuente reconocimiento de la supremacía de la norma superior y de su valor normativo.

12. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución en los siguientes eventos [62] :

a) en la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional [63] ; b) se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata ;

c) los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución [64] ;

y d) si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución, y no aplica las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales (excepción de inconstitucionalidad ) [65] .

13. En consecuencia, “esta Corporación, en su jurisprudencia, ha precisado que el defecto de la violación directa de la Constitución es una causal de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según

el cual ‘la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’ [66] 14.

Así pues, en virtud del valor normativo superior de los preceptos constitucionales, los jueces deben aplicar las disposiciones consagradas en la Constitución y su desarrollo jurisprudencial en todo momento, incluso si el problema jurídico del caso parece ser únicamente de índole legal, pues de no hacerlo de conformidad con la Carta o de la manera que más se ajuste a los principios o derechos amparados en la Constitución, se configura una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión judicial adoptada.

Desconocimiento del precedente [67] 15. El precedente es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo [68] .

Lo anterior atiende a razones de diversa índole, que en todo caso se complementan. La primera razón se basa en la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia y de salvaguardar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Esto debido al evidente desconocimiento de esos derechos y principios, que implicaría no tener en cuenta las sentencias anteriores a un caso que resulta equiparable al analizado.

El segundo argumento responde al reconocimiento del carácter vinculante del precedente, en especial si es fijado por órganos cuya función es unificar jurisprudencia. Como lo ha explicado esta Corte tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX…, sino una práctica argumentativa racional” [69] .

Con lo cual, en últimas, se le otorga al precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto. 16. Esta Corporación fijó los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente. Así la Sentencia T-292 de 2006 [70] , estableció que deben verificarse los siguientes criterios: (i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; (ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y (iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.

17. De otro modo, cuando los funcionarios judiciales encuentran cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando: (i) refieran el precedente que no van a aplicar; y (ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta del por qué se apartan de la regla jurisprudencial previa [71] .

Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces. En esa medida, sólo cuando un juez se aísla de un precedente establecido y plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga argumentativa antes descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referente al desconocimiento del precedente judicial. Debido a que, con ese actuar, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia.

18. Este Tribunal ha diferenciado dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, para lo cual tomó como parámetro diferenciador la autoridad que profiere el fallo que se tiene como referente. En esa medida, el precedente horizontal hace

referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que, el vertical apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia.

Ahora bien, como se explicó líneas atrás, cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza legítima y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del sistema [72] .

En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el Derecho es dado a jueces y abogados a través del lenguaje, herramienta que no tiene contenidos semánticos unívocos. Por tanto, el Derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

19. El carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido hoy en día. Así, en Sentencia C-816 de 2011 [73] , esta Corte explicó que “la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones . El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.” (Negrilla fuera del texto) 20.

De lo anterior se concluye que los funcionarios judiciales que en sus providencias se distancian del precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia, sin cumplir con la carga de argumentación estricta, entendida como el deber de demostrar de manera adecuada y suficiente, las razones por las cuales se apartan, configura lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado defecto por desconocimiento del precedente, que hace procedente la acción de tutela contra providencia judicial.

21. Dado que el presente proceso se originó en la interpretación y aplicación de la sanción moratoria que establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando el empleador no consigna dicha prestación antes del 15 de febrero de cada anualidad, a la cual el actor en su calidad de docente oficial considera que tiene derecho, la Sala presentará algunas consideraciones en relación con el alcance de la prestación social del auxilio de cesantías, el régimen legal y jurisprudencial de la figura de la sanción moratoria a la luz de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y el principio de favorabilidad.

Alcance de la prestación social del auxilio de cesantías 22. El auxilio de cesantías como una prestación social y una forma de protección del trabajador cesante y la familia tiene fundamento constitucional en los artículos 42 y 48. Por su parte, la Ley 50 de 1990 que regula hoy en día este auxilio para los trabajadores del sector privado señala que está sometido a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) el sistema tradicional contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo (Artículos 249 y siguientes), el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1° de enero de 1991;

(ii) el sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por esta ley, el cual se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1° de enero de 1991 y a los trabajadores antiguos que se acojan al nuevo sistema; y (iii) el sistema de salario integral el cual se aplica

a todos aquellos trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales, y pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida la cesantía a que tenga derecho el trabajador.

23. La Sentencia T-661 de 1997 [74] explicó que esta prestación social se articula como una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador y que originariamente se consagró como eventual remedio frente a la pérdida del empleo, dijo:

“ Se trata sin duda, de una figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda. La clara relación que existe entre la estructura formal y la función social que cumplen las cesantías no aminora su naturaleza obligatoria. Tratamos, pues, con verdaderas obligaciones de derecho que tienen una vocación solidaria que fortalece el vínculo jurídico existente entre dos partes y que refuerza su necesidad de cumplimiento ” .

24. En consonancia, la jurisprudencia en diversas providencias ha precisado sobre este auxilio que: - Es una de las prestaciones sociales más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar que busca cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador. Esto por cuanto es uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos ya que comprende el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada [75] .

- Es un ahorro forzoso del trabajador que el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para subvencionar sus necesidades, mientras permanece cesante o para atender otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación [76] .

- No se trata de un seguro de desempleo, pues su monto es independiente de si el trabajador queda o no desempleado. Sin embargo, es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y parte integrante de la remuneración , que además está llamada a cumplir una importante función social [77] .

- En caso de mora en el pago de este auxilio de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 50 de 1990, así como sus intereses, la entidad responsable de la obligación tiene el deber de reconocer y pagar una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto se haga efectivo el pago. Para lo cual, solamente es necesario que el afectado acredite la no cancelación dentro del término previsto en las disposiciones legales [78] .

25. La Sentencia SU 448 de 2016 [79] unificó las posturas constitucionales con respecto a la finalidad del auxilio de cesantías para precisar que es una prestación social encaminada a cubrir un período en el que el trabajador queda cesante. No obstante, de forma excepcional, la normativa laboral permite la liquidación y pago del auxilio de cesantía parcial, únicamente para los siguientes eventos: (i) la adquisición, construcción, ampliación y desgravación de vivienda; y (ii) la financiación de matrículas del trabajador, su cónyuge, su compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado.

Adicionalmente, señaló que el auxilio de cesantía ha sido concebido como un patrimonio que se forja día a día por el asalariado y que permanece en poder de los empleadores mientras subsiste el contrato de trabajo.

En este orden de ideas, la legislación laboral ha previsto que l a empresa pague al trabajador intereses sobre las cesantías, correspondientes al 12% anual sobre el valor de las cesantías liquidadas al treinta y uno (31) de diciembre. Esta figura tiene como finalidad compensar la pérdida de valor del dinero por el tiempo transcurrido entre la causación de la prestación y su cancelación al trabajador y se pagan directamente al mismo.

Respecto a la mora en el pago del auxilio de cesantías , la providencia estableció que al analizarse las normas que regulan el tema, es claro que la finalidad perseguida por el Legislador al incluir la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías es claramente procurar que la administración actué oportunamente en beneficio del administrado , “de manera tal que así no se obtuviera respuesta frente al derecho prestacional –cesantía- solicitado, surgía la posibilidad de reclamar indemnización, evitando así que la falta de respuesta o la respuesta evasiva le ocasionara perjuicio al administrado” [80] .

De lo expuesto, se puede concluir, que el auxilio de cesantías es una prestación que no sólo beneficia al trabajador, sino a todo el núcleo familiar, en cuanto comporta una ayuda económica que procura, en lo que concierte a educación superior y vivienda, que el trabajador tenga un respaldo que no comprometa los recursos que requiere para su mínimo vital.

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

Más allá de la forma en que se ha desarrollado históricamente esta prestación social en el orden constitucional y legal actual, resulta claro que la misma está concebida para brindar un soporte económico a las personas que, por diversas circunstancias terminan una relación laboral, lo cual genera riesgos para su bienestar y mínimo vital. Con todo, las cesantías constituyen entonces un ahorro forzado que intenta hacer más leves las consecuencias de los períodos de inestabilidad o de auténtica imposibilidad de acceso a un puesto de trabajo, que no sólo afectan intensamente la vida de una persona, sino que se ciernen como una amenaza para la tranquilidad del grupo familiar. En ese contexto, las cesantías son parte del contenido prestacional del derecho al trabajo y, por lo tanto, uno de los aspectos en los que opera la exigencia de progresividad y la prohibición de retroceso.

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

Su vocación solidaria fortalece el vínculo jurídico existente entre las dos partes de la relación laboral, refuerza su necesidad de cumplimiento y la convierte en una verdadera prestación social. Por su propia naturaleza jurídica, la tardanza o falta de pago de las cesantías genera una afectación para el trabajador que desconoce a su vez otras garantías fundamentales y desdibuja el propósito mismo por el cual fueron establecidas a su favor.

Al ser una de las prestaciones sociales más importantes para los trabajadores y para su núcleo familiar, por tratarse de un respaldo económico para el acceso a bienes y servicios, o como único sustento en caso de quedar cesante, la mora en el pago de la misma desestabiliza el bienestar social del trabajador y transgrede la finalidad por la cual fue instituida.

28. En suma, el auxilio de cesantías: (i) es una prestación social que encuentra respaldo constitucional en los artículos 42 y 48 Superiores; (ii) es irrenunciable; (iii) su fin es que el trabajador pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además que, en caso de requerirlo, acceda a vivienda y educación; y (iv) es una de las prestaciones más importante para el trabajador y su núcleo familiar [83] .

Régimen legal del auxilio de cesantía de los docentes 29. El reconocimiento de las cesantías en el sector público es una prestación social que fue consagrada en el ordenamiento jurídico desde hace más de medio siglo. Así, la Ley 6ª de 1945, estableció que a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente se les pagaría un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Con posterioridad, la Ley 65 de 1946, extendió esta prestación a los trabajadores del orden territorial y a los particulares.

30. En el caso de los docentes, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyo fin es atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de esta Ley (con observancia de las disposiciones establecidas en el artículo 2º [84] ) y con posterioridad a ésta. Actualmente, el FOMAG es administrado por la Fiduprevisora.

31. Según el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, los miembros del Magisterio se clasifican de la siguiente manera: " 1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ".

32. Así mismo, el artículo 9º de la Ley 91 de 1989, dispuso que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional, tiene la función de reconocer las prestaciones sociales que soliciten sus afiliados y ésta puede ser delegada a los entes territoriales. No obstante, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableció que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG dependería de la aprobación del proyecto de resolución elaborado por el correspondiente Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada, por parte del administrador del Fondo.

33. En lo relacionado con el derecho a percibir el auxilio de cesantía, aunque esta prestación ya había sido reconocida con anterioridad para todos los servidores públicos, el artículo 15 de la referida ley consagró expresamente este derecho en favor de los docentes. Si bien este auxilio es para todos los miembros del Magisterio, la norma prescribe distintas obligaciones del FOMAG en el pago de la prestación.

Por una parte, determina que el FOMAG debe pagar a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si este no ha sido modificado en los últimos tres meses o, en caso contrario, sobre el salario promedio del último año [85] .

Por otra parte, para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el FOMAG debe reconocer y pagar un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera [86] .

Régimen legal de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos por el Legislador en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en el respectivo fondo.

34. Ahora bien, respecto de la sanción moratoria, la Ley 91 de 1989 no dijo nada acerca del derecho de los docentes al reconocimiento y pago de esta prestación.

35. Por su parte, la sanción moratoria contemplada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dice en lo relevante: " (…) 3- El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo " .

36. En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se extendió la liquidación anual de cesantías (Ley 50 de 1990) a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de

1996, sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989:

“ Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;

Parágrafo.- El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional ”.

37. E l Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4 de 1992, para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5° de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

“ Artículo 1°.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la ley 50 de 1990 (… ) ” De conformidad con lo anterior, puede decirse que, en principio, las normas sobre cesantías que establece la Ley 50 de 1990 sólo eran aplicables a los trabajadores que se vinculaban mediante contrato de trabajo y que se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, con la expedición de la Ley 344 de 1996, (artículo 13, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998), el régimen anualizado de cesantías se extendió a todas las personas que se vincularan con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.

En particular, consagró que el régimen de liquidación y pago del auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial sería el previsto , entre otros, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que consagra la sanción por el no pago de las cesantías en los términos allí previstos.

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

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

(Subraya fuera de texto) Acerca de si los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, la jurisprudencia constitucional ha contestado afirmativamente a esta cuestión “ en razón a las funciones que desarrollan; el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria (…) ” [87] .

39. Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 que reglamenta, entre otras disposiciones la Ley 91 de 1989 establece en el artículo 1° y su parágrafo que:

“(…) Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ” y que “(…) La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad

territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan (…) ” (Subraya fuera de texto) En definitiva, la Ley 50 de 1990: (i) no hace referencia explícita a los docentes; y (ii) aplica para los trabajadores que se vinculen mediante contrato de trabajo y se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y también a todas las personas que se vinculen con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.

Régimen jurisprudencial de la figura de la sanción moratoria a la luz de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 y la contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sanción moratoria por pago tardío 40. Revisada la jurisprudencia de los últimos años, se observa la existencia de posiciones distintas al interior del Consejo de Estado respecto a la problemática del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío a favor de los docentes oficiales, en los términos de la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, que se ha concretado en determinar si con la expedición de la Ley 91 de 1989, al fijar las normas prestacionales aplicables a los docentes oficiales extendió a su favor la sanción de un día de salario por cada día de retardo en caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos. Veamos:

- Sentencia de 9 de julio de 2009 [88] . No se accedió al reconocimiento de la mora en el pago de las cesantías en razón a que en el ordenamiento jurídico aplicable a los docentes no existe normativa que así lo establezca.

- Sentencia de 25 de julio de 2013 [89] . Señaló que los docentes oficiales tienen derecho al pago de la sanción por mora, pero en el caso concreto negó su reconocimiento, con fundamento en que la norma vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos (Ley 244 de 1995), únicamente contemplaba la penalidad para los eventos de retardo en el pago de las cesantías definitivas, por cuanto la actora pretendía el pago de sus cesantías parciales.

- Sentencia de 19 de enero de 2015 [90] . En virtud de los principios de especialidad normativa e inescindibilidad de la ley, indicó que no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes referidas para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, cuando los términos de uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005) son diversos.

- Sentencia de 22 de enero de 2015 [91] , en la cual se accedió al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, por cuanto la administración incumplió los plazos establecidos por el Legislador en la liquidación y cancelación oportuna de las cesantías reclamadas por la demandante.

En virtud del derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario y en atención a que la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no excluyó al sector oficial docente del ámbito de aplicación. Así que los docentes al igual que los demás servidores públicos, son beneficiarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo, represivo e inclusive preventivo para garantizar el pago oportuno de la prestación social.

Este pronunciamiento concluyó que, en virtud del derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario , y en atención a que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no excluyeron al sector oficial docente del ámbito de aplicación, los educadores al igual que los demás servidores públicos, son destinatarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones cuando se verifiquen los requisitos de su reconocimiento y pago.

41. En Sentencia del 15 de junio de 2017 [92] , la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conoció del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho donde negó a la demandante el pago de sus cesantías reconocidas y manifestó la imposibilidad del pago de la sanción moratoria.

El problema jurídico se centró en establecer si a la accionante, docente oficial regida por la Ley 91 de 1989, le eran aplicables la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, que regulan el auxilio de cesantías en el sector

público, y de ser así, desde cuando se le reconocería el pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías.

El fallo precisó que la Ley 244 de 1995 estableció a cargo de la entidad empleadora la obligación de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del interesado, para lo cual debe expedir la resolución correspondiente y tiene un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

Así mismo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006, toda entidad empleadora está en la obligación de liquidar, reconocer y pagar el auxilio de cesantías, bien porque el servidor público requiera un retiro parcial en los casos previstos en la ley o con ocasión de la terminación del vínculo laboral. Sostuvo que s on destinatarios de la Ley 1071 de 2006 los servidores públicos, pues de la exposición de motivos y la redacción de la norma se observa que el Legislador no limitó el ámbito de aplicación respecto de determinados servidores públicos, de modo que no puede inferirse la exclusión de regímenes especiales, verbigracia, el de los docentes.

Concluyó que la intención o voluntad del Legislador no era la de excluir a los docentes oficiales, sino equipararlos a los demás servidores públicos, al no establecer su exclusión de la norma que consagró la oportunidad para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, que no había sido contemplada en la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio, los cuales hasta entonces no regulaban la sanción por mora frente al incumplimiento del empleador.

Sanción moratoria por retardo en la consignación 42. En Sentencia del 10 de octubre de 2013 [93] , la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, conoció de la nulidad de un acto presunto de la Universidad del Atlántico consistente en el silencio respecto a la petición de reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados por el no pago oportuno de las cesantías acumuladas a un docente de dicha institución.

El demandante se había acogido al régimen de liquidación de cesantías establecido en la Ley 50 de 1990 desde el año 1999, el cual ordena que las mismas sean liquidadas y consignadas al Fondo a más tardar el 14 de febrero. Sin embargo, la entidad solo lo hizo hasta el 30 de abril de 2007, por lo que se exigía el pago de la sanción moratoria consagrada en el inciso 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

El Consejo de Estado explicó que por remisión legal era aplicable el régimen de cesantías anualizado que consagra la Ley 50 de 1990 al sector público, el cual cobija a docentes de universidades públicas por ser servidores públicos.

Igualmente, aclaró que existe una diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero de cada año en un fondo, reglada en la Ley 50 de 1990 y la que surge en la falta de pago de dicha prestación al momento del retiro del servicio, prevista en la Ley 244 de 1995.

El fallo estableció que a pesar que la Universidad del Atlántico se encontraba en un Acuerdo de Reestructuración de Pasivos no le era dable sustraerse de la obligación de consignar las cesantías anualizadas del demandante en la fecha correspondiente, debido a que las acreencias laborales tienen una especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por lo anterior, determinó que el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación tardía de sus cesantías causadas en los años 2004, 2005 y 2006.

43. La Sentencia del 14 de junio de 2018 (08001-23-33-000-2013-00762-01(3472-15) [94] de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado denegó la solicitud de pago de la sanción moratoria docente por el supuesto retardo en la consignación del auxilio de cesantías correspondientes a los años 2000, 2001, 2002 y 2003, de conformidad con lo establecido en la Ley 344 de 1996.

Explicó que debido a que la demandante fue nombrada en diciembre de 1999, se encontraba cobijada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que estableció que a los educadores que ingresaran a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional consistentes en un sistema anualizado, sin retroactividad y sin pago de intereses a sus beneficiarios.

Sostuvo que al estar prevista la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 solo para los servidores públicos del orden territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y afiliados a fondos privados de cesantías, dicha sanción no podía extendérsele a la demandada, quien no es servidora pública del nivel territorial y tampoco se encuentra afiliada a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990.

En esa sentencia, la Sección Segunda sostuvo que la voluntad del Legislador al expedir la Ley 91 de 1989 fue unificar el sistema salarial y prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir del 1° de enero de 1990, por lo que el régimen laboral de los docentes oficiales se equiparó al de los empleados públicos del orden nacional.

Dicha providencia citó la Sentencia del 19 de octubre de 2017 de la Sección Segunda del Consejo de Estado [95] que también sostuvo que el personal docente incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo departamental o municipal se les aplica el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos del orden nacional y no se les extiende el régimen de la sanción moratoria del auxilio de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990.

La decisión resaltó que dicha Ley creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella , a quienes se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Igualmente, aclaró que una vez finalizó el proceso de nacionalización de la educación, al personal docente incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo departamental o municipal se les aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989 y concluyó que no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a las de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su carácter.

Esta providencia refirió la Sentencia del 12 de abril de 2018 [96] , en la cual la Sección Segunda reafirmó que la figura de la sanción moratoria derivada del auxilio de cesantías solamente se predica de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías.

También aclaró que el término de prescripción de 3 años para alegar la sanción moratoria no empieza a contarse a partir de la finalización del vínculo laboral, sino desde que la sanción moratoria es exigible, esto es, el 15 de febrero del año en el cual el empleador debe hacer la consignación del valor de la cesantía del trabajador causada el año anterior, en el fondo que éste haya escogido.

44. En la Sentencia del 14 de junio de 2018 (08001-23-33-000-2013-00831-01(3583-15) [97] , la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de cesantías, debido a que el demandante en su calidad de docente vinculado al sector oficial a partir de 1999, no era beneficiario del sistema anualizado que regula a los servidores públicos del nivel territorial, pues en materia prestacional el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció respecto de los

docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, la aplicación de las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

El fallo estableció que el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no procede en favor del demandante, pues dicha penalidad solo fue extendida a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y afiliados a fondos privados de cesantías por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, requisitos que no cumplía el docente, por no reunir la condición de ser empleado público del orden territorial y tampoco estar afiliado a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990, toda vez que precisamente la finalidad del Legislador fue la creación del FOMAG para atender las prestaciones sociales de los maestros del sector oficial, cuyos recursos provienen por disposición legal de la Nación.

En tal sentido, consideró que las nuevas vinculaciones de los docentes con el Estado a partir del 1° de enero de 1990, conllevan a que por disposición legal sean beneficiarios del régimen prestacional vigente para los empleados públicos del orden nacional, aun cuando el nombramiento sea efectuado por la máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad territorial, como consecuencia del proceso de descentralización de la educación.

45. De otra parte, la Sentencia T-008 de 2015 [98] conoció de un caso en que por negligencia del empleador no se afilió al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a un docente que reclamaba el pago de su auxilio de cesantías, intereses y sanción moratoria.

Recalcó que la jurisprudencia constitucional ha considerado que el auxilio de cesantía es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador y que en caso de mora en el pago de este auxilio, así como sus intereses, la entidad responsable de la obligación tiene el deber de reconocer y pagar una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto se haga efectivo el pago.

Por lo anterior, los trabajadores, para este caso los docentes tenían el derecho a ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales respectivo, recibir oportunamente la liquidación de sus cesantías e intereses de las mismas y que en caso de que esta situación no se cumpliera, se generara una sanción a cargo del empleador y a favor del trabajador, a fin de resarcir los daños que se pudieran causar con dicho incumplimiento.

En el caso concreto se acreditó que el accionante se desempeñaba como docente del Distrito de Buenaventura para los años 2003 y 2004 y que su afiliación se dio al Fondo de Prestaciones del Magisterio a partir del 28 de noviembre de 2005, por lo que determinó que correspondía al Distrito responder por el valor de las cesantías de los años anteriores a la afiliación, así como el pago de los intereses de las mismas y la sanción moratoria mencionada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no se evidenció una causa que justificara dicha situación.

46. En conclusión, la jurisprudencia del Consejo de Estado: (i) ha reconocido el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en tiempo, de conformidad con lo estipulado en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a servidores públicos y no admite que el empleador se sustraiga de consignar las cesantías anualizadas aún en supuestos de procesos de reestructuración, en razón a que las acreencias laborales tienen una especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) ha sostenido que el Legislador no limitó la sanción moratoria que contempla la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a determinados servidores públicos, de modo que no puede inferirse la exclusión de regímenes especiales como el de los docentes; (iii) en lo que concierne al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que establece la Ley 50 de 1990 no ha accedido a dicha solicitud. El Consejo de Estado aduce que dicha normativa sólo cobija a los servidores públicos del orden territorial que se encuentren afiliados a un fondo privado de cesantías. Este mismo órgano judicial aclaró que en caso de que los docentes se hubiesen vinculado a partir de 1990 los ampara el régimen prestacional de los empleados del orden nacional y se encuentran afiliados al FOMAG, razón por la que no tienen derecho a ese pago. Por otra parte, (iv) existe un precedente constitucional en el que se

accedió al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 a un docente porque el ente territorial omitió afiliarlo al FOMAG y no le consignó las cesantías, aproximadamente, durante dos periodos consecutivos.

Principio de favorabilidad [99] 47. El principio de favorabilidad consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado/pensionado, en caso de duda en la aplicación de normas y/o interpretaciones jurídicas. Está consagrado normativamente tanto en el artículo 53 de la Constitución como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, el texto constitucional indica:

“ Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo;

irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles;

situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho ; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales . Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores ”.

En sentido similar, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo precisa: “ Artículo 21. Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad ”.

48. Como se deduce de la literalidad de los artículos citados, es claro que el principio de favorabilidad fue consagrado por el Constituyente y por el Legislador como uno de los dispositivos de solución de conflictos surgidos con ocasión del choque o concurrencia de normas o interpretaciones vigentes y aplicables simultáneamente a un caso determinado. Así mismo, se desprende que la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral no es opcional, sino de obligatorio cumplimiento por expreso mandato legal y constitucional.

En efecto, para esta Corporación ha sido claro que cuando se presentan conflictos en la aplicación y/o interpretación de las fuentes formales del derecho laboral no le es posible a los operadores jurídicos, tanto judiciales como administrativos, desconocer las garantías de los trabajadores y/o pensionados que han sido reconocidas constitucionalmente y a las cuales se les ha otorgado el carácter de inalienables e irrenunciables. La Sentencia SU-1185 de 2001 [100] precisó que:

“ En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley ” .

49. Esta garantía constitucional se estatuye entonces como un límite a la autonomía judicial al momento de interpretar las normas laborales, pues si bien puede existir multiplicidad de soluciones derivadas de una misma disposición, el juez debe estar siempre inclinado por aquella que mejor proteja los derechos de los trabajadores, ya que, de lo contrario,

estaría en abierta inaplicación del texto constitucional, que como es sabido, tiene carácter normativo. Este principio ha sido validado de esta forma desde antaño, así por ejemplo, en Sentencia T-001 de 1999 [101] , esta Corte dijo:

“ Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica ” .

Así es claro que en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho, debe preferirse aquella que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia a la disposición pertinente del artículo 53 de la Constitución. En suma , “ la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones(…) ” [102] .

50. Profundizando en el escenario de la aplicación del principio de favorabilidad, cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, esta Corporación señaló en la Sentencia C-168 de 1995 [103] que: “ De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador ” [104] .

En este mismo sentido, en Sentencia C-202 de 1998 [105] esta Corporación indicó que la protección del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas se predica respecto a todos sin discriminación alguna y es uno de los principios mínimos establecidos en el artículo 53 de la Constitución: “ Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

” Además, esta misma disposición establece que “ La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

” Recientemente en Sentencia T-084 de 2017 [106] la Corte expuso que la interpretación más adecuada respecto al principio constitucional de favorabilidad, previsto en el artículo 53 de la Constitución, será aquella que respete la “ situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho ”. Allí se señaló: “ (…) Como se aprecia, el principio de favorabilidad opera en caso de duda acerca de la interpretación de las ´ fuentes formales del derecho´ , las cuales incluyen no solo las normas legales o infralegales, por lo que debe ser tomado en cuenta para determinar el sentido y alcance de las normas laborales de la propia Constitución. Por lo tanto,

cuando una norma constitucional admita dos o más interpretaciones razonables, el intérprete debe elegir aquella que sea más favorable al trabajador. De no hacerlo, incurriría en violación directa de la Constitución ”.

51. Ahora bien, cuando una norma admite varias interpretaciones esta Corte ha expuesto que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber:

(i) La duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación.

(ii) La efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.

Respecto de estos elementos, la Sentencia T-545 de 2004 [107] sostuvo que: “ Sobre el punto, la Corte considera en primer lugar que, la llamada ‘duda’, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

(…) Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver ”.

52. En conclusión, el principio de favorabilidad es una herramienta consagrada por el Constituyente para dirimir los conflictos laborales que puedan surgir de la aplicación tanto de fuentes formales de derecho como de la interpretación que de éstas se pueda desprender. Cuando concurren interpretaciones y, a partir de ello, se genera una duda razonable y seria respecto de la aplicación de una u otra interpretación o de una u otra norma, el operador jurídico (incluido el juez) siempre debe escoger por la opción que más favorezca al trabajador/pensionado, so pena de infringir un mandato constitucional.

53. Ahora bien, con respecto a la aplicación del principio de favorabilidad en casos relacionados con la aplicación de normas generales a personas que se encuentran amparadas por un régimen especial, se citan los siguientes casos:

- La Sentencia C-461 de 1995 [108] analizó la justificación de un régimen pensional especial, c omo aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100 (servidores públicos y pensionados de Ecopetrol) y determinó que los mismos se encuentran conformes a la Constitución mientras que no se entienda que la vigencia de regímenes especiales permite un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores en comparación con el régimen general y que si el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta [109] .

En particular, el actor explicó que la discriminación resultaba “ (…) de la no aplicación, a los pensionados del Magisterio, del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 , en el que se consagra el derecho de todos los pensionados al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos, valor que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año ”.

Al respecto la Corte concluyó que se había configurado “(…) una discriminación consistente en la consagración de una excepción arbitraria que excluye a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes del 1° de enero de 1981 que no son acreedores a la pensión de gracia, de algún beneficio similar o equivalente a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100, que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones .

(…) No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ” (Subraya fuera de texto) - La Sentencia C-928 de 2006 [110] explicó que en materia prestacional los docentes cuentan con un régimen especial que atiende sus prestaciones sociales en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías [111] .

En este pronunciamiento la Corte concluyó que el hecho de que el régimen especial de los docentes abarque aspectos de seguridad social y prestacionales propios, no significa per se que se desconozca el principio a la igualdad ni que no pueda formularse un cargo de inconstitucionalidad ante su desconocimiento.

En esa oportunidad, esta Corporación consideró que, en el caso concreto el cargo de igualdad no estaba llamado a prosperar no sólo porque “ se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990 , sin que por ello se configure discriminación alguna ”.

Por tanto, no es que en ese fallo la Corte hubiese prohibido que se efectúen remisiones al régimen general cuando una persona se encuentre amparada por un régimen especial, sino que tan solo se limitó a decir que la existencia de regímenes especiales no puede considerarse discriminatorio per se sin analizar previamente las particularidades de cada caso en concreto.

La Sentencia SU- 336 de 2017 [112] , acerca del contenido de la anterior providencia, expuso que, en efecto, si bien se señaló que la vigencia de regímenes especiales, como el del Magisterio, per se no desconoce el derecho a la igualdad, también lo es que, en esa oportunidad, la Corte encontró que la norma no desconocía este derecho en razón a que no era que no se efectuara el pago de los intereses a las cesantías sino que la manera en que estos se liquidan y pagan es distinta a la que regula la Ley 50 de 1990, sin que ello signifique discriminación alguna.

También, determinó que no es que la jurisprudencia constitucional hubiese negado la aplicación de la Ley 244 de 1995 en favor de los docentes oficiales respecto al pago de la sanción moratoria, simplemente reconoció la validez del régimen especial para ellos. Esto por cuanto la Sentencia C-928 de 2006 [113] únicamente concluyó que no se vulneraba el derecho a la igualdad por el solo hecho de liquidar y reconocer las cesantías conforme a normas especiales. Es decir, se pronunció respecto de los intereses a las cesantías y no sobre la sanción moratoria. Por el contrario, sostuvo que la Corte

ha sido clara en reconocer la calidad de servidores públicos a los docentes oficiales y a la aplicación de las normas y términos establecidos en la Ley 244 de 1995.

- Las Sentencias T-730 de 2008 [114] y T-167 de 2011 [115] recalcaron que l a jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado han aceptado pacíficamente que cuando un régimen pensional especial es menos beneficioso que el régimen general en determinado caso, debe aplicarse el último en virtud del principio de favorabilidad [116] .

- La Sentencia C-741 de 2012 [117] reiteró que aunque los docentes oficiales no pueden entrar en la categoría de empleados públicos de manera directa, sí se pueden asimilar a estos; es decir, que tienen un tratamiento equivalente [118] .

- La Sentencia T- 832A de 2013 [119] señaló que l a aplicación del principio de favorabilidad se hace exigible cuando, de cara a dos o más normas vigentes para la época en que se causó el derecho, surge para el funcionario judicial la obligación de elegir una de ellas por adecuarse al caso concreto [120] .

Sin embargo, precisó que esto se reputa del régimen entero, es decir, se aplica todo el cuerpo normativo al que pertenece.
- En la Sentencia C-486 de 2016 [121] , esta Corporación reiteró las consideraciones expuestas en la Sentencia C-741 de 2012 [122] , en el sentido de que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto: (i) el estatuto docente los define como ‘empleados oficiales de régimen especial’ ; (ii) la Ley General de Educación los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la Rama Ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales [123] .

- La Sentencia T-590 de 2016 [124] estudió la cobertura y alcance del régimen especial de salud de las Fuerzas Militares y Policía Nacional y permitió la aplicación de figuras del Sistema General de Salud en los regímenes exceptuados. Por ello, en el caso específico inaplicó una norma que prohíbe la afiliación de nietos del cotizante en el subsistema de salud de las fuerzas militares y de la Policía Nacional [125] .

- La Sentencia SU 336 de 2017 [126] , señaló que el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos por pago tardío es aplicable a los docentes oficiales [127] .

De lo anterior se destaca que: (i) el principio de favorabilidad como mandato constitucional debe guardar consonancia con el principio de inescindibilidad, en este sentido su armonización consiste en que una vez se elige la norma más favorable, esta debe aplicarse en su totalidad sin escindir su contenido; y (ii) existen casos en los que esta Corporación ha aplicado el régimen general a personas que están amparadas por un régimen especial, sin que se desconozca el principio de inescindibilidad. Tal es el caso de la aplicación de la norma sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos por pago tardío, que aplicó a los docentes oficiales .

Síntesis y resolución del caso objeto de estudio 54. Como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, la acción de tutela de la referencia se instauró contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, en primera instancia y, por la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en segunda instancia.

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

En criterio del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, aunque en un principio podía considerarse que lo dispuesto en el Decreto 1252 de 2000 cobija al demandante y, por tanto, le era exigible al empleador lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 " (…) lo cierto es que el precepto establece que el pago del auxilio de cesantías de servidores públicos se hará conforme a lo establecido en Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998 (…) " [128] , en consecuencia, concluyó que en virtud de la naturaleza del cargo del actor no le era aplicable dicha normativa.

Por otro lado, expuso, que los artículos 99, 102, y 104 de la Ley 50 de 1990 se aplican a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 porque así lo establece expresamente el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998. Sin embargo, se restringió esa posibilidad a los servidores públicos del orden territorial que se afilien a fondos privados de cesantías y, agregó, que el actor no cumplía con esta condición ya que por disposición legal debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

Refirió que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el régimen de liquidación anualizada y que la misma norma excluyó a los docentes del Magisterio pues taxativamente dispuso que este cobija a las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado " sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989 " [129] . Lo cual, en su concepto, quiere decir que al personal docente no le es aplicable lo dispuesto en materia de cesantías por esta ley sino el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Sostuvo que: (i) aunque el ente territorial omitió afiliarlo al FOMAG, este hecho no es determinante en términos de la liquidación de su prestación social a la luz de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998, pues estas normas son aplicables al régimen de cesantías anualizadas de los servidores públicos territoriales y no a los docentes, quienes están amparados por el régimen prestacional de la Ley 91 de 1989; (ii) las entidades territoriales certificadas a cuyas plantas pertenezcan los docentes, no tienen el deber de consignar el auxilio en el FOMAG como ocurre con los servidores públicos territoriales en los fondos privados de cesantías y; (iii) ni siquiera es aplicable el principio de favorabilidad ya que la administración de las cesantías a cargo del FOMAG es tan distinta al régimen de los servidores públicos territoriales que no cabe conceder la sanción moratoria por el solo hecho de que el municipio de Cali omitió vincular al demandante al FOMAG, ya que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 condiciona el pago de la sanción a la omisión de consignar las cesantías en la oportunidad que la norma señala.

Finalmente, el Tribunal manifestó que, aunque no desconoce la irregularidad en la que incurrió el municipio de Cali al omitir la afiliación del demandante al FOMAG, ello no da lugar a imponerle sanción alguna, ya que no existe norma que así lo establezca. Además, la entidad subsanó dicho error al liquidarle el auxilio de cesantías con sus respectivos intereses.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, confirmó los planteamientos del a-quo y reiteró que el régimen aplicable al actor " es el especial previsto en la Ley 91 de 1989, por tratarse de un docente del nivel territorial vinculado con posterioridad al 1° de enero de 1990 " [130] .

De igual manera, expuso que a pesar de que la entidad territorial incumplió el deber de afiliar al docente al FOMAG, ello no da lugar a aplicar la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 porque se trata de un sistema del que no son destinatarios los docentes del sector oficial. Por último, afirmó que no es aplicable el principio de favorabilidad, pues no existe duda de que la norma aplicable al caso del docente es la Ley 91 de 1989.

55. Ante la negativa de los jueces de acceder a sus pretensiones, el actor interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral y la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado.

En su concepto, estos despachos judiciales vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, así como los principios constitucionales de dignidad humana y favorabilidad, pues incurrieron en defecto sustantivo, violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente, toda vez que no aplicaron la normativa que extiende lo dispuesto en materia prestacional de cesantías a los servidores públicos, en cuya hipótesis se encuentran los docentes oficiales;

resolvieron su caso de manera distinta respecto a otros casos similares en donde acogieron las pretensiones de los docentes y no aplicaron el principio constitucional de favorabilidad.

56. En sede de tutela, la Sección Segunda del Consejo de Estado, amparó los derechos fundamentales del actor y la Sección Quinta de dicha Corporación, en segunda instancia, revocó la anterior decisión.

Desconocimiento del precedente judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisprudencia constitucional. 57. Para iniciar, es importante poner de presente que el actor alega que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, resolvió de manera distinta su caso en relación con otro que presentaba supuestos fácticos similares en el que accedió a las pretensiones de la demanda. Ante lo cual, el despacho judicial manifestó, en el fallo objeto de reproche, que ello obedeció a un cambio reciente de posición de la Sala acerca del reconocimiento y pago de dicha sanción moratoria.

58. Por su parte, en escrito de impugnación, la Sección Segunda del Consejo de Estado, sostuvo que no existe sentencia de unificación jurisprudencial respecto a la sanción moratoria anualizada.

59. De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que no hay una postura unificada del Consejo de Estado respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

60. Visto esto, la Sala advierte que, aunque el accionante pretende evidenciar el desconocimiento del Tribunal de su propio precedente, lo cual, desconocería su derecho a la igualdad, lo cierto es que no obran en el plenario elementos de juicio adicionales a la afirmación del peticionario sobre un caso del que no se tienen datos concretos para evidenciar si se estructuró en la sentencia del juez de primera instancia dicho defecto. Al respecto, solo se encuentra una aclaración de la Sala del Tribunal en el sentido de que a partir de un pronunciamiento posterior al que el actor refirió, la postura de la Sala varió. Por tanto, no se tiene certeza sobre el mencionado defecto por desconocimiento del precedente horizontal.

61. De otro lado, como lo dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado, no existe una posición unificada respecto a la aplicación de la norma de reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla el numeral 3° 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 de lo contencioso administrativo.

Defecto por violación directa de la Constitución y sustantivo 62. Ahora bien, a partir de los antecedentes expuestos se puede inferir que los despachos accionados aplicaron una interpretación restrictiva en el entendimiento de las normas que consagran la sanción moratoria por la no consignación de cesantías.

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

Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica [131] .

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

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

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

Esto, por cuanto el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos . Así lo establece el Decreto 1252 de 2000 [132] :

“ Artículo 1°. Los empleados públicos , los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990 , 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías .

Parágrafo. Los fondos o entidades públicas , incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo ”. (Subraya fuera de texto) Así las cosas, aunque los jueces contencioso administrativos expusieron que la anterior normativa no era aplicable a los docentes del sector oficial porque se encuentran cobijados por un régimen especial, y que la norma remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, de lo cual concluyeron que estaban excluidos, omitieron realizar una lectura de la norma en todo su contexto y a la luz de la interpretación que estuviera conforme a la Constitución.

De esta manera, la Sala no comparte el anterior razonamiento, puesto que precisamente las normas que se encuentran en la disposición, en particular, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. Al respecto, las autoridades judiciales interpretaron el aparte “ sin perjuicio de (…) lo estipulado en la Ley 91 de 1989 ” bajo un entendimiento restrictivo, en el sentido de que los docentes estaban excluidos de este contenido de manera categórica.

65. No obstante, como quedó visto en la parte considerativa de esta providencia, existe otra interpretación sobre el alcance de esta norma. Así, en varios pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en virtud de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 se establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998 se extiende el régimen de liquidación y pago de las cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es que, en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1° de enero de 1990 -que sería el caso del actor, pues su vinculación se efectúo el 31 de marzo de 2003- se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

66. Bajo esta perspectiva, dichos fallos del Consejo de Estado concluyen que no es que los docentes estén excluidos de lo dispuesto en la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de:

(i) reunir la condición territorial ni (ii) estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías de aquéllos creados por la Ley 50 de 1990, pues para eso se creó el FOMAG.

67. Una vez realizada la anterior aclaración, encuentra la Corte que existe una interpretación favorable al actor que no se tuvo en cuenta por el despacho ni la Corporación Judicial, y que se encuentra en el mismo contenido de la disposición en comento, pues allí se establece, en lo pertinente, que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000 –el actor se vinculó el 31 de marzo de 2003- tienen derecho al pago de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990 y que lo allí dispuesto se aplica aún en el evento en que el servidor público se rija por un régimen especial que regule las cesantías.

Además, el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1252 de 2000 consagra que los fondos que administran y pagan las cesantías a los servidores referidos seguirán haciéndolo , dentro de los cuales está incluido el fondo del FOMAG. Por tanto, la interpretación que permita concluir que dicha sanción moratoria no es aplicable al actor bajo el argumento de que no cumple la condición de pertenecer a la categoría de servidor público territorial ni la de encontrarse afiliado a un fondo privado, también puede entenderse de manera distinta a la luz de lo dispuesto en el parágrafo precitado.

En este punto, vale aclarar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en el escrito de impugnación sostuvo que el régimen especial de los docentes que contempla la Ley 91 de 1989 respecto a la prestación social de las cesantías es diferente al sistema anualizado previsto en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996. Sin embargo, esta misma Corporación en Sentencia del 14 de junio de 2018 aclaró que: “ De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 los docentes que se vinculen a partir de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional que establece un sistema anualizado , sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios ” [133] (Subraya fuera de texto).

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

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes [134] y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda [135] .

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

Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los

docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros viola el derecho a la igualdad.

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

68. Para la Sala, la anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías.

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

Acerca del criterio hermenéutico de especialidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este “ permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales ” [136] y también que, a través de este principio, en caso de incompatibilidad entre una norma general y una especial, prevalece esta última [137] “ sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra ” [138] .

En este marco, la Sala advierte que en este caso no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío. Es decir, la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la sanción moratoria ni sustrajo o excluyó está figura jurídica que sí está regulada en la norma general, en consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra sino de disposiciones que se complementan.

Bajo esta línea argumentativa es importante enfatizar que en este caso no se vulnera el principio de inescindibilidad o conglobamento, según el cual “ El texto legal así escogido debe (…) aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido ” [139] , en razón a que, al elegirse la norma más favorable al trabajador, es aplicable en su totalidad el contenido referente a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.

Esto es, no se elige parte de su contenido, pues no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, en el régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías (vacío

normativo), mientras que el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.

Por otro lado, no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad [140] , lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

69. Tampoco puede ser de recibo la interpretación del Tribunal, en el sentido que como el docente se vinculó en el año 2002, para esa época no existía el deber de afiliarlo al FOMAG ni tampoco la responsabilidad de consignar cada año el auxilio de cesantías, a lo cual, agrega, que de esta conducta no se genera ningún tipo de consecuencia, cuando el accionante prestó sus servicios desde el año 2004 hasta el año 2007. No obstante, como lo dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado, a partir del Decreto 3752 de 2003 los docentes deben estar afiliados al FOMAG y su incumplimiento genera responsabilidades, aunque tampoco manifestó cuáles son ante la irregularidad que detectó y que dio por superada ante su afiliación el 19 de octubre de 2007 [141] .

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

Cabe anotar que la figura jurídica de la sanción moratoria, que se encuentra en dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. Por ejemplo, una de ellas es que la sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador. Además, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está sujeta al fenómeno de la prescripción [142] .

Retomando, la no consignación de las cesantías y el pago tardío de las mismas tienen causa generadora y un componente temporal diferente y en el caso de los servidores públicos conviven sin restricción. Es importante recordar que ya existe un pronunciamiento de esta Corporación que establece que los docentes como empleados públicos tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación del principio constitucional de favorabilidad, pues no existe justificación constitucional para que a los docentes no le cancelen la prestación social de las cesantías en tiempo. Por tanto, inobservar esta regla sería desconocer la calidad de empleados públicos que la jurisprudencia constitucional le otorgó a los docentes del sector oficial y lo dispuesto en el artículo 53 Superior acerca del principio de favorabilidad. Así, aunque en este pronunciamiento se resolvió una hipótesis distinta, en la medida en que la sanción que allí se reconoce a los docentes tiene una fuente normativa diferente, la razón de la decisión de la misma es vinculante y no se puede desconocer.

Específicamente, la Sentencia SU 336 de 2017 [143] expuso como uno de los aspectos relevantes aplicable al presente caso que “(…) El propósito del Legislador al implementar el auxilio de cesantía así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, tanto del sector público como del privado , a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de un sustento que se torna básico para aquellos y sus familias ” (Subraya fuera de texto) Cabe anotar que en este pronunciamiento se aplicó el régimen general de las cesantías de los servidores públicos, en lo que concierne a la sanción moratoria por pago tardío que contempla la Ley 244 de 1995 [144] modificada por la Ley 1071 de 2006 [145] a

los docentes y, en este caso, como quedó visto, se trata de aplicar el régimen general de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías que consagra la Ley 50 de 1990, el cual en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000 se extendió a los servidores públicos, categoría dentro de la cual caben, como ya se expuso, los docentes como empleados públicos.

Por lo tanto, la razón de la decisión de dicha sentencia de unificación es aplicable a este caso pues, excluirlo, implica apartarse de la racionalidad del mismo y desconocer la interpretación que más se ajusta a los postulados constitucionales a la luz del principio de favorabilidad y la cláusula de Estado Social de Derecho.

70. En este orden de ideas, el despacho y la Corporación Judicial, al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente. En efecto, los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución.

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

Conclusiones y decisión a adoptar 72. Del análisis del caso planteado, se derivan las siguientes conclusiones: - El auxilio de cesantías: (i) es una prestación social que se apoya los artículos 42 y 48 Superiores; (ii) es irrenunciable; (iii) su fin es que el trabajador pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además que, en caso de requerirlo, acceda a vivienda y educación; y (iv) es una de las prestaciones más importante para el trabajador y su núcleo familiar [146] .

- En principio, las normas sobre cesantías que establece la Ley 50 de 1990 sólo eran aplicables a los trabajadores que se vinculaban mediante contrato de trabajo y que se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, con la expedición de la Ley 344 de 1996, artículo 13, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, el régimen anualizado de cesantías se extendió a todas las personas que se vincularan con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.

- La Ley 50 de 1990 (i) no hace referencia explícita a los docentes; y (ii) aplica para los trabajadores que se vinculen mediante contrato de trabajo y se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y también a todas las personas que se vinculen con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.

- El principio de favorabilidad es una herramienta consagrada por el Constituyente para dirimir los conflictos laborales que puedan surgir de la aplicación tanto de fuentes formales de derecho como de la interpretación que de éstas se pueda desprender. Cuando concurren interpretaciones y, a partir de ello, se genera una duda razonable y seria respecto de la aplicación de una u otra lectura, el operador jurídico (incluido el juez) siempre debe optar por la alternativa que más favorezca al trabajador/pensionado, so pena de infringir un mandato constitucional.

- El principio de favorabilidad como mandato constitucional debe guardar consonancia con el principio de inescindibilidad, en este sentido su armonización consiste en que una vez se elige la norma más favorable, esta debe aplicarse en su totalidad sin escindir su contenido.

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

- La Sentencia C-928 de 2006 no prohibió que se efectúen remisiones al régimen general cuando una persona se encuentre amparada por un régimen especial, sino que tan solo se limitó a decir que la existencia de regímenes especiales no puede considerarse discriminatorio per se sin analizar previamente las particularidades de cada caso en concreto, pues como quedó visto, todo tratamiento inequitativo que no sea razonable a la luz de los postulados constitucionales constituye un acto discriminatorio, y así lo ha determinado esta Corporación en casos como los que se reseñaron en el fundamento jurídico 53 de esta providencia.

- Es lógico exigir que, en el sistema anualizado, se requiera la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el pago oportuno y la protección ante los eventos de desempleo o para el acceso a vivienda y educación. Además, una lectura contraria que excluya a los docentes del goce de esta protección constituye una violación al derecho a la igualdad, en tanto se determina una distinción injustificada entre trabajadores del Estado.

- En este caso no se presentan antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa. En este caso particular, se trata de que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que está presente en la norma general. Es decir, la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la sanción moratoria ni sustrajo o excluyó está figura jurídica que está prevista en el régimen general. En consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra, sino de disposiciones que se complementan.

- En este caso no se vulnera el principio de inescindibilidad o conglobamento, al elegirse la norma más favorable al trabajador, pues es aplicable en su totalidad el contenido referente a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.

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

- No debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes.

A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud de los principios de igualdad de trato y de favorabilidad, lo cual además se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política.

- Existen casos en los que esta Corporación ha aplicado el régimen general a personas que están amparadas por un régimen especial sin que esto signifique el desconocimiento del principio de inescindibilidad. Tal es el caso de la aplicación de la norma sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos por pago tardío, que esta Corporación en sentencia de unificación, aplicó a los docentes oficiales .

- Los despachos judiciales accionados incurrieron en violación directa de la Constitución, pues desconocieron el principio interpretación conforme a la Constitución y de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 Superior, al negar el reconocimiento de la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, pues ante interpretaciones razonables sobre la norma que consagra esta prestación, eligieron la menos favorable para el docente.

73. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala debe ahora analizar cuáles son las herramientas que tiene a su alcance el juez de tutela para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando se hayan vulnerado por una autoridad judicial y específicamente en el asunto bajo revisión.

Cuando la circunstancia descrita se presenta en una decisión judicial, el juez de tutela debe adoptar las medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos vulnerados, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Para ello se observan varias alternativas a las cuales podría acudir, dependiendo de las circunstancias que plantee el caso:

· La primera se presenta cuando ante la jurisdicción contencioso administrativa uno de los fallos de instancia se ajusta a la Constitución Política. En tal caso, el juez de tutela debe dejar sin efecto la sentencia que contradice la Constitución y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se dictó conforme a los postulados constitucionales.

· La segunda se presenta cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia porque ambas van en contravía de la Constitución. En tal caso corresponderá al juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional [147] .

· Finalmente, la tercera alternativa se configura cuando a pesar de que en anteriores ocasiones se ha ordenado dictar un nuevo fallo, el juez de instancia se niega a proferirlo o lo hace separándose de las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional. En estos casos, el juez de tutela debe tomar directamente las medidas necesarias, pudiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo, pues no quedaría alternativa distinta para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de acceso a la administración de justicia.

74. En este caso, es pertinente recordar que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, accedió a las pretensiones del demandante, pues consideró que en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad que consagra el artículo 53 Superior, esta era la interpretación más favorable al actor. Dicha decisión fue revocada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, pues en su criterio dicha decisión desconocía la ley aplicable en materia prestacional a los docentes como también la jurisprudencia pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

75. El presente proceso se encuadra en la segunda hipótesis antes señalada, en razón a que los jueces de primera y segunda instancia incurrieron en violación directa de la Constitución, debido a que aplicaron la interpretación menos favorable al docente demandante al negar las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

En consecuencia, la Sala Plena dejará sin efectos el fallo proferido por la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y se ordenará a ese despacho judicial proferir un nuevo fallo en el caso concreto en el que deberá tener en cuenta las consideraciones de esta providencia, referentes a la aplicación del principio de favorabilidad y la interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho del docente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998, 1252 de 2000 y 3752 de 2003.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 22 de

marzo de 2018 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, negó el amparo de los derechos fundamentales que invocó el señor Álvaro Bonilla Guerrero. En su lugar, CONFIRMAR la decisión adoptada en primera instancia el 8 de febrero de 2018 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado , que accedió al amparo de los derechos del actor, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia dictada, el 27 de julio de 2017, por la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que negó las pretensiones del señor Álvaro Bonilla Guerrero de reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por éste.

En consecuencia, ORDENAR a la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990.

TERCERO.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO Presidente Con salvamento de voto CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado Con salvamento de voto DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado Con salvamento de voto ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado Con salvamento de voto GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO A LA SENTENCIA SU-098 de 2018 PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN MATERIA SANCIONADORA- Vulneración por extender sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a docentes (Salvamento de voto) SANCION MORATORIA POR LA NO CONSIGNACION DEL AUXILIO DE CESANTIAS- Normas que regulan el régimen especial de cesantías de docentes del sector oficial no establecen de manera expresa, el reconocimiento y pago (Salvamento de voto) SANCION MORATORIA POR PAGO TARDIO DE LAS CESANTIAS- No es aplicable a los docentes oficiales (Salvamento de voto) La sanción moratoria establecida por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es aplicable a los docentes oficiales, en razón a que: i) a estos servidores los ampara un régimen jurídico especial en materia de reconocimiento y pago cesantías para el sector público; ii) las normas que efectúan la remisión a la Ley 50 de 1990 no señalan, expresamente, la aplicación de la sanción moratoria por falta de afiliación y pago de las cesantías a estos trabajadores y, iii) los regímenes de cesantías respecto de los trabajadores particulares y servidores públicos son distintas en finalidad, objeto de protección y presupuestos para la configuración del derecho.

Referencia: expediente T-6.736.200. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el día 17 de octubre de 2018, referente al expediente T-6.736.200, me permito presentar Salvamento de Voto. Considero que debió negarse el amparo, con fundamento en las siguientes razones:

1. La sanción moratoria debe tener una fuente de derecho clara y requiere de creación expresa por el Legislador. No es válido extender una sanción de un régimen general a uno especial que no la contempla. Esta aplicación desconoce la competencia del legislador y su libertad de configuración para establecer sanciones asociadas a una prerrogativa laboral

en particular. Lo anterior, máxime, cuando su estipulación de manera alguna determina el cumplimiento y la exigibilidad del derecho del trabajador.

En tal sentido, dado que el legislador no creó una sanción moratoria asociada a la garantía del pago de las cesantías a favor de docentes oficiales, su aplicación extensiva, por vía jurisprudencial, vulnera el principio de tipicidad de la sanción, lo que da lugar a un desconocimiento de los principios de legalidad y de debido proceso, en el caso en concreto.

2. La Ley 50 de 1990, en su artículo 99, creó la sanción moratoria por no consignación de las cesantías a un fondo. La finalidad de esta disposición fue regular la situación prestacional de los trabajadores particulares, al sujetar reconocimiento de la sanción a: i) la escogencia libre del trabajador del fondo para la consignación de la prestación social y ii) la obligación del empleador de consignar las mismas en un fondo de naturaleza privada.

Por su parte, las normas que regulan el régimen especial de cesantías de los docentes del sector oficial no establecen, de manera expresa, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por falta de consignación, así:

- Ley 91 de 1989. Reglamentó el régimen de las cesantías de los docentes oficiales y estableció la creación del Fondo de Prestaciones del Magisterio para el reconocimiento y pago de esta prestación al personal docente. Este fondo, de carácter público, por este carácter, no puede ser equiparado a las Administradoras de Fondos de Cesantías Privadas.

- Ley 344 de 1996. Dispuso que el régimen de cesantías implementado a partir de la fecha de su promulgación tendría lugar sin perjuicio de los regímenes especiales previstos con anterioridad. En ese sentido, la ley fue clara al señalar que, para los docentes oficiales, se mantendría el respeto a la norma especial, esto es, a la Ley 91 de 1989.

- Decreto 1582 de 1998, artículo 1. No contempló la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; por el contrario, dispuso que esa reglamentación de las cesantías se aplicaría cuando el servidor se encontrara afiliado a un fondo privado. De manera que, excluyó la posibilidad de la extensión de la sanción moratoria a los docentes oficiales, cuya consignación y manejo de cesantías se encontrara regida por el Fondo de Prestaciones del Magisterio –de carácter público-.

- Decreto 1252 de 2000, artículo 1. Estableció que los empleados públicos tendrían derecho al pago de las cesantías en los términos de las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998l pero, según el caso, y aun en el evento en que la entidad u organismo dispusiera de un régimen especial. Además, indicó que los fondos o entidades públicas que administraran y pagaran las cesantías a sus servidores continuarían haciéndolo. En ese sentido, la disposición no estableció, de manera unívoca, la aplicación de lo previsto por las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998l, con relación al pago de la sanción por retardo en el pago o no consignación al fondo.

- Decreto 3752 de 2003. Al reglamentar la obligación de afiliación de docentes contenida en la Ley 91 de 1998 dispuso a cargo de la entidad territorial sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias por la no afiliación y consecuente pago de cesantías.

Con todo, esta disposición no impuso, de manera expresa, una sanción moratoria por no afiliación y consecuente consignación de cesantías en el fondo, equivalente a la prevista por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De manera que la sanción moratoria establecida por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es aplicable a los docentes oficiales, en razón a que: i) a estos servidores los ampara un régimen jurídico especial en materia de reconocimiento y pago cesantías para el sector público; ii) las normas que efectúan la remisión a la Ley 50 de 1990 no señalan, expresamente, la aplicación de la sanción moratoria por falta de afiliación y pago de las cesantías a estos trabajadores y, iii) los regímenes de cesantías respecto de los trabajadores particulares y servidores públicos son distintas en finalidad, objeto de protección y presupuestos para la configuración del derecho.

3. La extensión de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías a los docentes del sector oficial con fundamento en la aplicación del principio de favorabilidad laboral desconoce que “debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo” . Este es un presupuesto necesario para que proceda la protección de los derechos de los trabajadores en virtud del principio de favorabilidad, dispuesto en el artículo 53 constitucional, tal como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional.

Es por lo anterior que mediante el empleo del principio de favorabilidad para proteger la situación del accionante, la Sala está creando una lex tertia al desconocer que el régimen especial de cesantías de docentes es una norma del empleo público –derecho laboral administrativo-, mientras que la Ley 50 de 1990 fue creada para regular las cesantías de trabajadores del sector particular –derecho laboral individual-.

Atentamente, CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO A LA SENTENCIA SU.098/18 Referencia: expediente T-6.736.200 Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto en la presente decisión. Contrario a lo concluido por la Sala Plena, considero que la sentencia del 27 de julio de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no violó el principio de favorabilidad laboral ni el derecho a la igualdad del accionante, por cuanto los docentes del sector oficial no son destinatarios de la aplicación de la sanción pecuniaria prevista en la Ley 50 de 1990. E n mi criterio, la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías no es aplicable a dichos trabajadores, por cuanto (i) no se satisfacen los presupuestos para reconocer la sanción por consignación tardía de las cesantías a los docentes oficiales con fundamento en el principio de favorabilidad laboral, y (ii) el legislador limitó la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a determinados servidores públicos, entre los que no incluyó a los docentes oficiales.

Primero, no se satisfacen los presupuestos para reconocer la sanción por consignación tardía de las cesantías a los docentes oficiales con fundamento en el principio de favorabilidad laboral.

En los términos de la jurisprudencia constitucional, el principio de favorabilidad en materia laboral previsto en el artículo 53 de la Constitución, en su dimensión de aplicación de la norma más favorable, “consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas” [148] . Este postulado es aplicable sólo cuando una norma admite varias interpretaciones, lo que exige (i) la existencia de una duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación, y (ii) la efectiva concurrencia de interpretaciones susceptibles de ser aplicadas a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto [149] . En todo caso, en los términos de aquella, su aplicación se limita al respeto del principio de inescindibilidad de la norma, esto es, “la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al cual pertenece” [150] .

En el presente asunto no se estaba en presencia de una duda seria y objetiva que permitiera la aplicación del principio de favorabilidad laboral y, menos aún, desconocer el principio de inescindibilidad para extender la sanción por consignación tardía de las cesantías a los docentes oficiales. Esto es así, por cuanto, la situación prestacional de los trabajadores del sector privado amparados por el régimen general de liquidación de las cesantías, a quienes el legislador reconoció de manera expresa la sanción por no consignación del auxilio, no es equiparable a la de los docentes oficiales que cuentan con un régimen especial de liquidación de cesantías. Por tanto, no le era dable a la Sala Plena aplicar el principio de la norma más favorable para reconocer una sanción prevista para los trabajadores privados del régimen general de cesantías, en favor de los trabajadores oficiales vinculados al régimen especial del FOMAG.

Segundo, el legislador limitó la sanción moratoria establecida por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a determinados servidores públicos, entre los que no incluyó a los docentes oficiales.

Con la expedición de la Ley 344 de 1996 el régimen anualizado de cesantías se extendió a todas las personas vinculadas a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, es decir, a los servidores públicos del orden territorial que se encuentren afiliados a un fondo privado de cesantías. Con todo, el legislador no previó la causación de una sanción moratoria por el retraso en la consignación de las cesantías para los docentes oficiales vinculados al FOMAG a partir de 1990, quienes se encuentran amparados por el régimen prestacional de los empleados del orden nacional.

Precisamente, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, "por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones", prevé el régimen especial de auxilio de cesantías "que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia" (de acuerdo con el ámbito de aplicación fijado por su artículo 98), mientras que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamenta el régimen de cesantía aplicable a las personas que se vinculan a los órganos y entidades del Estado, sin perjuicio de los derechos convencionales y de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, según el cual (i) al 31 de diciembre de cada año se debe efectuar la liquidación definitiva de la cesantía por la anualidad o la fracción laborada, sin perjuicio de la que deba realizarse en fecha diferente por cuenta de la terminación de la relación laboral, y (ii) que les son aplicables las normas vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen (énfasis propio). Además, el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso que " el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la ley 50 de 1990", y circunscribió esa reglamentación a los servidores públicos que se encontraran afiliados a un fondo privado, pero no al FOMAG . Es decir, la normativa citada no previó, como lo concluyó de manera equivocada la mayoría de la Sala, la extensión de la sanción por no pago oportuno de las cesantías a los docentes oficiales.

Admitir lo contrario implica desconocer, de un lado, que e l legislador tiene libertad de configuración normativa en materia del régimen salarial y prestacional del sector público, de manera que las distinciones en cuanto al reconocimiento y pago de emolumentos y sus respectivas sanciones no pueden considerarse, prima facie , discriminatorias. Como lo precisó esta Corte en la Sentencia C-928 de 2006, " la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad ", pues, justamente, en tratándose del régimen previsto para los docentes oficiales, lo que sucede es que, "simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna, por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías".

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado [1] La Sala de Selección estuvo conformada por los Magistrados Diana Fajardo Rivera y Alberto Rojas Ríos.

[2] " Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente ". [3] En los periodos correspondientes al año 2004, 2005, 2006 por 360 días cada uno y el año 2007 por 270 días.

[4] El actor refirió que desde que tomó posesión del cargo diligenció los formularios de afiliación e inscripción a la EPS y al Fondo de Pensiones y Cesantías y que el plazo que señala la ley para realizar dicha consignación es a más tardar el 14 de febrero de cada año.

[5] Sentencia de primera instancia en la acción del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Cuaderno principal, folios 37-48.

[6] Sentencia de segunda instancia en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Cuaderno principal, folios 12-36.

[7] " (…) por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones ".

[8] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo [9] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [10] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo [11] Folio 52, Cuaderno principal [12] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [13] Folios 60-61 (Reverso) del cuaderno principal [14] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo [15] En dicha intervención se resalta, acerca del contenido de la sentencia de unificación, lo siguiente: " (…) la Corte Constitucional unificó su postura para señalar que a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general en lo no estipulado en el régimen 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 (…) previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto (…) en el evento en que llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda ".

[16] " Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones (…) " [17] " Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones ".

[18] " Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia ".

[19] Folios 60 (Reverso) y 61 del cuaderno principal [20] Folios 63-67, Cuaderno principal [21] M.P. Nilson Pinilla Pinilla [22] M.P. María Victoria Calle Correa [23] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo [24] Folios 76-83, Cuaderno principal [25] M.P. Álvaro Tafur Galvis [26] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [27] Folio 81 (Reverso), Cuaderno principal [28] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo [29] Folios 104-114, Cuaderno principal [30] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo [31] Folio 113 (Reverso) [32] "Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena." [33] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[34] Ibídem [35] Folio 7, Cuaderno principal [36] Consideraciones que se toman con base en lo expuesto en la Sentencia T-198 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[37] Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo [38] Al respecto ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional SU-159 de 2002 y T-522 de 2001, en ambas M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-462 de 2003 y T-1031 de 2001, en ambas M. P. Eduardo Montealegre Lynett y T-1625 de 2000, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[39] M. P. Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se declaró inexequible una expresión del artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía el ejercicio de cualquier acción, incluida la tutela, contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[40] Ibídem [41] Ibídem [42] "Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión: 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos

decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

// 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. // 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. // 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. // 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.// 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. // 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada." [43] T-551 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[44] Corte Constitucional, ver entre muchas otras las sentencias T-620 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-612 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-584 de 2012, M.

P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-661 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-671 de 2010; , M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-217 de 2010, M. P.

Gabriel Eduardo Martelo Mendoza; T-949 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo; T-555 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-584 de 2008 , M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-796 de 2008, M. P.

Clara Inés Vargas Hernández; T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1027 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-812 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil;

[45] Corte Constitucional, T-419 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-1257 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla. [46] M.P. Jaime Córdoba Triviño [47] T-551 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[48] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio [49] Sentencias SU-159 de 2002, T-295 de 2005 y T-743 de 2008 todas con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa; T-043 de 2005 y T-657 de 2006 ambas con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-686 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-033 de 2010 y T-792 de 2010 ambas con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

[50] Sentencia T-189 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [51] Sentencia T-205 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [52] Sentencia T-800 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[53] Sentencia T-522 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [54] Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [55] Sentencias T-051 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[56] Sentencias T-462 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-842 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[57] Sentencia T-018 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [58] Sentencia T-086 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [59] Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[60] Sentencia T-807 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [61] Sentencias SU-195 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-086 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1285 de 2005, M.P.

Clara Inés Vargas Hernández y T-114 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [62] Corte Constitucional, sentencia T-967 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[63] Caso en el cual también se incurriría en la causal por desconocimiento del precedente. Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[64] Sentencia T-704 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva . También ver, las sentencia T-199 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-590 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-809 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[65] Ver entre otras, T-522 de 2001, Manuel José Cepeda Espinosa y T-685 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. [66] Corte Constitucional, sentencia SU-918 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[67] En este punto, se reiterarán las consideraciones contenidas en la sentencia SU- 498 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, en relación con el defecto por desconocimiento del precedente.

[68] Cfr. Sobre la definición de precedente, las sentencias T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[69] C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. [70] Reiterada en muchas oportunidades. Cfr., T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-1033 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo y T-285 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[71] Cfr., T-082 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta última, dicho en otras palabras se explica:

“ La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes.

Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis.

” [72] Cfr. T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: “ En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.” [73] MP Mauricio González Cuervo. Cfr.

5.4.2. Fuerza vinculante de la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las jurisdicciones -jurisprudencia constitucional-. [74] M.P. Carlos Gaviria Díaz [75] La Sentencia T-008 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio enfatizó en que el régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor del trabajador vinculado mediante contrato laboral llamadas prestaciones sociales, las cuales si bien no constituyen salario porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, lo complementan y se refieren a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador. Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía que constituye uno de los fundamentos más importantes que garantizan el bienestar de los trabajadores y su grupo familiarSentencia C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño [76] Sentencia C-310 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla [77] Sentencia T-053 de 2014 M.P. Alberto

Rojas Ríos; Sentencia C-310 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla [78] Sentencia T-008 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. “ Todo empleador está en la obligación de consignar el valor de esta prestación social dentro de los términos legalmente establecidos, so pena de incurrir en una sanción moratoria, por desestabilizar las relaciones laborales y consecuentemente desconocer una de las prerrogativas fundamentales que rigen este tipo de vínculo jurídico ”.

[79] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [80] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de mayo de 2009, Radicación número: 76001-23- 31-000-2002-01586-01(2070-07), Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

[81] M.P. María Victoria Calle Correa. [82] Sentencia SU-336 de 2017. Corte Constitucional. Magistrado ponente: Iván Humberto Escrucería Mayolo. En esta oportunidad, la Corte determinó que “ (i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989 [82] .

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del Legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012) ”.

[83] Sentencia T-008 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [84] Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera: 1.- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las

que hicieren sus veces; 2.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades; 3.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975; 4.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal. Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces; 5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

[85] Ley 91 de 1989. Artículo 15, numeral 3, literal A. [86] Ibíd. Literal B. [87] SU-336 de 2017 [88] Consejera Ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez . Expediente 0672-07.

[89] Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve . Expediente 1872-12. [90] Consejero Ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente 4400-13.

[91] Consejera Ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez . Expediente 0271-14. [92] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección B.

Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez [93] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “A”.

Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón [94] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “B”. Consejera ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez [95] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “A”.

Consejero ponente, William Hernández Gómez [96] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “B”. Consejera ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez [97] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “B”.

Consejera ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez. [98] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [99] Consideraciones que se desarrollan con base en lo expuesto en la Sentencia T-024 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

[100] M. P. Rodrigo Escobar Gil. [101] M. P. José Gregorio Hernández Galindo. [102] T-290 de 2005 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver también: SU-1185 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-1268 de 2005 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-783 de 2014 M. P.

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-608 de 2016 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [103] M.P Carlos Gaviria Díaz. [104] “ En similar sentido, cfr., entre otras, las sentencias SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-832A de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-350 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub”.

[105] M.P Fabio Morón Díaz [106] M.P Alejandro Linares Cantillo [107] Cfr. T-545 de 2004 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-248 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-090 de 2009 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-334 de 2011 M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[108] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [109] Esta postura se reitera en la Sentencia C-665 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara. [110] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [111] La decisión confirmó el trato exceptuado que mantienen los maestros del sector público y enfatizó que estos no pueden ser cobijados por las normas que regulan las relaciones de carácter privado, porque debido a la naturaleza especial de la labor y de su vinculación, los docentes públicos son beneficiarios de un régimen especial distinto al contenido en la Ley 50 de 1990, sin que esto se considere una transgresión al derecho a la igualdad de los maestros del Magisterio. Lo precedente con fundamento en que la Ley 50 de 1990 rige el pago de las cesantías y de los intereses de cesantías que nacen a partir de la suscripción de un contrato laboral conforme a las reglas establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo y los docentes del sector oficial son beneficiarios de normas especiales propias de la labor desarrollada y del tipo de vinculación que genera una relación con la administración pública.

[112] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo. [113] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [114] Ibídem [115] M.P. Juan Carlos Henao Pérez [116] Ver S entencia T-547 de 2012.

M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia T-121 de 2014. M.P.María Victoria Calle Correa, Sentencia T-278 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia T-076 de 2018.

M.P.Luis Guillermo Guerrero Pérez. [117] M.P. Nilson Pinilla Pinilla [118] “Existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas el hecho de cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento, siendo ese tipo de servidores, uno de las que conforman el subgrupo de los empleados públicos. Además de esto, el carácter residual que tiene esta categoría frente a las demás especies de servidores públicos, permite también considerar que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de esas otras especies, han de ser considerados empleados públicos a los efectos de que su régimen salarial y prestacional sea fijado mediante decretos expedidos a partir de leyes marco”.

[119] M.P : Luis Ernesto Vargas Silva [120] En tales eventos, “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social ” , respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.

En esas circunstancias, se debe optar por la disposición que permita mejores beneficios al operario del sistema, bajo la condición de que se respete el principio de “ inescindibilidad ” (aplicación íntegra del cuerpo normativo donde se encuentra la norma más favorable), desarrollado con fundamento en los artículos 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

El artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el postulado de favorabilidad y lo supedita al principio de inescindibilidad o conglobamento, al establecer que la norma escogida debe aplicarse íntegramente, esto es, no es posible hacer “ escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido ” .

No obstante, esta Corte ha señalado que este postulado no es absoluto, en tanto admite limitaciones, de acuerdo al caso y atendiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

[121] M.P. María Victoria Calle Correa. [122] M.P. Nilson Pinilla Pinilla [123] La Corte mencionó que corresponde al FOMAG reconocer y pagar las prestaciones sociales y la asistencia en salud, y que, en lo que tiene que ver con el pago de las cesantías, era preciso aclarar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Es por ello que el pago de las cesantías del personal docente causadas desde la promulgación de la Ley 91 de 1989 sigue la normatividad aplicable a los empleados del sector público del nivel nacional, pero como dicha disposición nada indica sobre el reconocimiento de la sanción por la mora en el pago tardío de dicha prestación, debe entenderse que debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.

[124] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez [125] La Sala señaló que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se produjo un cambio trascendental con la expedición de la Ley 1753 de 2015, pues los nietos que tradicionalmente eran vinculados al sistema a través de la figura del cotizante dependiente ahora son expresamente reconocidos como beneficiarios . Esta regla de cobertura no aparece ni en la Ley 352 de 1997, ni en el Decreto 1795 de 2000, por lo que los afiliados cotizantes a dicho régimen exceptuado no pueden incluir dentro de sus beneficiarios, como sí ocurre en el Sistema General de Salud, a los nietos de sus hijos menores de edad.

La sentencia sostuvo que la ausencia de este beneficio en el régimen exceptuado de la Policía Nacional se traduce, por una parte, en un desconocimiento del principio de igualdad, por cuanto el mandato de especialidad que rige a los sistemas excluidos de la Ley 100 de 1993, impide que se introduzcan desmejoras en su cobertura, que sean contrarias al principio de razonabilidad; y por la otra, porque la restricción previamente mencionada resultaba incompatible con los principios de universalidad e integralidad, al desconocer la necesidad de ampliar la cobertura del sistema a favor de los niños recién nacidos, cuyos padres todavía tienen la condición de beneficiarios (v.gr. los hijos menores de edad), como ocurría en el caso concreto.

En cuanto a la razonabilidad de la medida, se advirtió que si bien es válido que el Legislador establezca diferencias entre los regímenes exceptuados y el Sistema General de Salud, incluso disminuya algunos amparos del primero, siempre que en términos generales la cobertura que se ofreciera sea más favorable al afiliado. Por ello, concluyó que en cuanto a la protección que se otorga al núcleo familiar, la exclusión dispuesta respecto a los nietos en el Subsistema de la Policía Nacional, no resultaba necesaria, ni proporcional.

[126] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo [127] Explicó que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG) se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías pero nada establece sobre la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad.

Expresó que la Ley 244 de 1995, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna. Por su parte, la Ley 1071 de 2006 tuvo en cuenta el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, para todos los trabajadores, sin excepción, lo que significa que la normatividad no puede ser diferente entre el sector público y el sector privado.

La voluntad del Legislador al implementar el auxilio de cesantía así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de todo trabajador, independientemente de si este pertenece al sector público o al privado. Por esa razón, acoger una postura en virtud de la cual se acepte que los docentes estatales no son beneficiarios de la sanción moratoria de las cesantías no solo contraría esa voluntad del Legislativo y las razones por las cuales fue incluida dentro del ordenamiento jurídico una prestación social de esa naturaleza, sino que transgrede los fundamentos constitucionales en los cuales se sustentaron los proyectos de ley que ahora regulan la materia.

En virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.

Expuso que la creación de regímenes especiales para ciertos sectores tiende a otorgar mayores beneficios y ser más favorables que los establecidos en el régimen general. Sin embargo, la Ley 91 de 1989 no pareciera ser más garantista en lo que concierne al pago de la sanción moratoria.

Al evidenciar esta circunstancia, la Sala reafirmó que por tratarse de un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, con base en la voluntad misma del Legislador , a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas. Esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, por las siguientes razones:

(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad.

(ii) En la exposición de motivos de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iv) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(v) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(vi) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

[128] Folio 46, Cuaderno principal [129] Ibídem [130] Folio 35, Cuaderno principal [131] Sentencias T-401 de 2015 y T-464 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[132] “Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública”.

[133] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.

2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.

3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva .

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

[135] Código Sustantivo del Trabajo. “ Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> 1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines. (…)”. [136] Sentencia C-451 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[137] Sentencia C-439 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [138] Ibídem [139] Sentencia T-832A de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[140] Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [141] Folio 36, Cuaderno principal [142] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 12 de octubre de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2012-00091-01(1899-14). Consejero Ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez: “ La prescripción fue objeto de estudio por la Sección Segunda para señalar que en los asuntos relativos a sanción moratoria, se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que prevé que e l término de prescripción es de tres (3) años , y se debe contar a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible y su interrupción pero solo por un lapso igual, el cual tiene lugar con el simple reclamo escrito del interesado y para el caso de los empleados públicos deberá presentarse ante la autoridad pública competente ”.

Sobre este mismo aspecto pueden revisarse los siguientes fallos, entre ellos, una sentencia de unificación. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de marzo de 2017 Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00332-01(3815-15) Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Consejo de Estado, Sección Segunda.

Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016. Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

[143] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo [144] “ ´por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones´ (…) Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.

[145] “´por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación´ (…) Artículo 1°.

Objeto . La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro”.

[146] Sentencia T-008 de 2015. Corte Constitucional. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. [147] Al respecto ver sentencias T-254 de 2006, T-410 de 2007, T-887 de 2007, T-1092 de 2007, T-437 de 2008, T-341 de 2008, T-580 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009 y T-186 de 2009 y T-736 de 2009.

[148] Sentencia T-559 de 2011. [149] Ibid. [150] Sentencia T-088 de 2018.

**Fuente:** Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU098-18.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.