

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL /
DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA
CONSTITUCIÓN / RECONOCIMIENTO DE SANCIÓN MORATORIA A
DOCENTE OFICIAL - Aplicación del régimen general de los servidores
públicos / DOCENTE OFICIAL - Asimilable a un servidor público**

En el sub lite, afirma el actor que, con sentencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017, las autoridades judiciales cuestionadas desconocieron el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en relación con el reconocimiento de la sanción moratoria (...) a los docentes oficiales (...) la Sala observa que los presupuestos de hecho, de derecho y las consideraciones que sirvieron de sustento a las decisiones judiciales que fueron revocadas por la Corte Constitucional, en la sentencia SU-336 de 2017, son similares a los presupuestos de las sentencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017 objeto de la acción de tutela presentada por el actor (...) la Sala advierte que el Tribunal Administrativo del Tolima, en la sentencia proferida el 27 de enero de 2017, no hizo alusión o referencia a la sentencia C-486 del 7 de septiembre de 2016, como precedente constitucional previo a la SU-336 del 18 de mayo de 2017 en los términos indicados en esta última (...) la Sala observa que si bien el Juzgado Tercero Oral Administrativo, en sentencia proferida el 9 de septiembre de 2016, pudo no haber conocido, por lo cercano de la fecha, la sentencia C-486, si ha debido, en los términos previamente expuestos de la Corte Constitucional, como referente la sentencia C-741 de 2012. Por tanto, la Sala considera que procederá a aplicar, en el caso presente, la sentencia de unificación jurisprudencial SU-336 del 2017 de la Corte Constitucional, respecto de las causales específicas de violación directa de la Constitución y desconocimiento de precedente jurisprudencial constitucional. Así las cosas, por las razones antes señaladas, se concederá el amparo solicitado, al encontrarse configurado los defectos invocados por el accionante.

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995 / LEY 1071 DE 2006 - ARTÍCULO 4 / LEY 1071 DE 2006 - ARTÍCULO 5

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia desarrolla la evolución jurisprudencial sobre el reconocimiento de la sanción moratoria a docente oficial, al respecto ver las sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016 y SU-336 de 2017, todas de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS(E)

Bogotá, D.C. seis (6) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01856-00(AC)

Actor: SANTIAGO MAYORGA ROJAS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Y OTRO

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el señor **SANTIAGO MAYORGA ROJAS**, actuando a través de apoderado judicial, en contra del **JUZGADO TERCERO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ** y del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, por considerar vulnerados los derechos fundamentales **al debido proceso, a la igualdad** y “*los principios constitucionales como Favorabilidad Laboral, Seguridad Jurídica, Confianza Legítima y Certeza del Derecho*”, con ocasión de las sentencias del 9 de septiembre de 2016 y 27 de enero de 2017, proferidas por el citado Juzgado y la indicada Corporación, respectivamente, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 73001-33-33-003-2015-00130-01, promovido por el actor en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento del Tolima.

I.- LA SOLICITUD DE TUTELA

I.1. El señor **SANTIAGO MAYORGA ROJAS**, por intermedio de apoderado judicial¹, instauró, el 21 de julio de 2017, acción de tutela² a fin de que se protejan los derechos fundamentales mencionados, los cuales considera vulnerados con ocasión de las sentencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017, proferidas por el **JUZGADO TERCERO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ** y del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, respectivamente, mediante las cuales se negaron las súplicas de la demanda, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho³, radicado con el número 73001-33-33-003-2015-00130-01.

I.2. La violación antes enunciada la infiere el accionante, en síntesis, de los siguientes hechos:

1º: Refiere que el 28 de noviembre de 2012 solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, las cuales le correspondían por haber prestado sus servicios como docente en los servicios educativos estatales en el Departamento del Tolima.

¹ Cfr. Folio 1 del expediente.

² Cfr. Folios 1 a 35 del expediente.

³ Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima.

2º: Afirma que mediante Resolución nro. 0959 del 4 de marzo de 2013, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas, suma que le fue pagada por intermedio de la entidad bancaria BBVA, hasta el 2 de julio de 2013.

3º: Aduce que debido a que la cancelación de las cesantías tuvo un retraso de 114 días, solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, solicitud que le fue negada a través del oficio SAC nro. 2014EE16729 de 14 de noviembre de 2014.

4º: Menciona que solicitó audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, diligencia que resultó fallida por no existir ánimo conciliatorio.

5º: Señala que, como consecuencia de lo anterior, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 73001-33-33-003-2015-00130-01, en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima, el cual le correspondió en primera instancia al Juzgado Tercero Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, que mediante sentencia de 9 de septiembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda.

6º: Asegura que interpuso recurso de apelación contra la decisión referida, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del 27 de enero de 2017, en el sentido de confirmar la providencia recurrida, por considerar que pertenece a un régimen especial que no es reconocido a la luz de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

7º: Precisa que en un caso idéntico, el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2014, *“ordenó el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas y dejó sentado que la sanción moratoria se concibe como una condena a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, creada con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación del auxilio de cesantías*

en términos de la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995”⁴.

8º: Sostiene que, tanto el Juzgado como el Tribunal, incurrieron en desconocimiento del precedente jurisprudencial, por cuanto no tuvieron en cuenta la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que, en casos como el presente, ha accedido a las pretensiones otorgando el reconocimiento de la sanción moratoria lo que, a su juicio, vulnera sus derechos a la igualdad, al debido proceso y los principios fundamentales de seguridad jurídica y confianza legítima.

En ese orden de ideas, solicita⁵ el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, que se dejen sin efecto las sentencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017, proferidas por el **JUZGADO TERCERO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ** y del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, respectivamente, mediante las cuales se negaron las súplicas de la demanda, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁶, y en su lugar, se dicte un nuevo fallo donde se declare la nulidad del oficio nro. 2014EE16729 del 14 de noviembre de 2014, y, conforme a precedente judicial, se le reconozca la sanción moratoria establecida en los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006.

II. TRÁMITE DE LA TUTELA

El despacho ponente admitió, mediante auto del 2 de agosto de 2017⁷, la acción de tutela y ordenó ponerla en conocimiento de las siguientes autoridades: **i) del Tribunal Administrativo del Tolima, ii) del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué⁸ y iii) de La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima**, por tener interés en el trámite de amparo al fungir como parte demandada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de la inconformidad de la actora. A todos se les solicitó pronunciarse al respecto y remitir copia de sus actuaciones.

⁴ Expediente radicado bajo el núm. **2012-00193-02**, Magistrada Ponente **SUSANA NELLY ACOSTA**.

⁵ Cfr. Folios 4 a 6 del expediente.

⁶ Radicado con el número 73001-33-33-003-2015-00130-01.

⁷ Cfr. Folios 103 a 104 del expediente.

⁸ Oficio remitido por la Secretaría General del Consejo de Estado al actual Juzgado Décimo (10º) Administrativo del Circuito de Ibagué – (Juzgado 3º Administrativo en Descongestión).

II.1. ACTUACIONES DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO

II.1.1. El Tribunal Administrativo del Tolima

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante escrito del 22 de agosto de 2017⁹, solicita la declaratoria de improcedencia del amparo invocado *“habida consideración de las razones expuestas en la providencia que fue proferida por esta Corporación el 27 de enero del año 2017, [...], cuyos argumentos consideró son suficientes para soportar la defensa de en la acción de tutela interpuesta”*.

De esa forma, se procede a transcribir una a una las consideraciones de la mencionada sentencia:

1º: Los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar cada uno de estos tópicos de manera aislada, ni compararlos con la forma como se administran, liquidan y cancelan las mismas prerrogativas previstas para los demás trabajadores.

2º: Expone que respecto del reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías al personal docente, no existe un criterio unificado en la Sección Segunda del Consejo de Estado y cada uno de ellos se sustenta en argumentos razonables y jurídicamente fundamentados en situaciones similares al caso presente.

Adicionalmente, el referido Tribunal Administrativo plantea que *“en aras de la preservación de la teleología de la tutela, que no es la de convertirla en una tercera instancia, en el presente caso se deben negar las pretensiones”*, habida cuenta que de la lectura de la demanda de amparo se infiere claramente que el actor pretende lograr un nuevo pronunciamiento judicial para su caso, debatido ampliamente en la instancia judicial ordinaria competente para dirimirlo.

II.1.2. El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué

⁹ Cfr. Folios 117 a 118 y 133 a 142 del expediente.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante escrito del 18 de agosto de 2017¹⁰, presenta el respectivo informe, como juez de primera instancia, del procedimiento y de las actuaciones surtidas desde que le fue asignado el asunto¹¹ por reparto hasta que profirió el fallo de primera instancia.

Igualmente, manifiesta que *“la decisión proferida por este despacho no fue tomada arbitrariamente ni de manera caprichosa, sino que fue producto de un estudio juicioso de la demanda y sus anexos, así como del análisis de múltiples antecedentes jurisprudenciales sobre el tema, a fin de emitir una decisión seria, objetiva, conforme a Derecho, ajustada a lo demostrado en el proceso, en estricto cumplimiento de la normatividad que rige la materia.”*

II.1.3. La Nación – Ministerio de Educación

La Nación – Ministerio de Educación, mediante escrito del 18 de agosto de 2017¹², argumenta que, en el presente caso, no se configuran a plenitud los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela presentada en contra de una providencia judicial, razón por la cual pide que sea denegada. Para sustentar su petición hace referencia a varias sentencias de tutela, proferidas por la Corte Constitucional, en las cuales se fija el alcance interpretativo de cada uno de tales requisitos.

II.1.4. El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG.

La FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de administradora fiduciaria del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio¹³, mediante escrito del 23 de agosto de 2017¹⁴, considera que no son competentes y que, por ello, están *“imposibilitados de (sic) emitir concepto alguno en el trámite incoado por el accionante”*.

De igual forma, solicita que se declare *“IMPROCEDENTE la acción de tutela de la referencia y DESVINCULAR (sic) a la FIDUPREVISORA S.A. por no estar legitimados (sic) en la causa por pasiva”*.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹⁰ Cfr. Folio 129 del expediente.

¹¹ Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima. Radicado con el número

¹² Cfr. Folios 112 a 116 y 143 a 144 del expediente

¹³ Creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería Jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos son manejados por una entidad Fiduciaria estatal o de economía mixta.

¹⁴ Cfr. Folios 130 a 132 del expediente.

III.1. Cuestión previa

El señor Consejero de Estado, Oswaldo Giraldo López, manifestó encontrarse impedido para actuar en el proceso de la referencia, mediante escrito de 28 de septiembre de 2017, invocando para ello la causal prevista en el numeral 3º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, en Sala de Sección el mismo 28 de septiembre de 2017 fue declarado fundando el impedimento manifestado, por lo que se sorteó conjuez designándose al doctor Martín Bermúdez Muñoz.

III.2. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de este proceso, de conformidad con los artículos 1º y 37 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela, y el artículo 13 del Acuerdo núm. 58 de 1999¹⁵, modificado por el artículo 1 del Acuerdo nro. 55 de 2003.

III.3. Problema jurídico a dilucidar

Corresponde establecer a la Sala si, en efecto, el **JUZGADO TERCERO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ** y el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, incurrieron en el defecto de desconocimiento de precedente jurisprudencial, con ocasión de las sentencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017, proferidas por el citado Juzgado y la indicada Corporación, respectivamente, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 73001-33-33-003-2015-00130-01, promovido por el actor en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima.

A fin de resolver tales interrogantes resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: **i)** la tutela contra providencias judiciales y su evolución jurisprudencial y **ii)** los requisitos tanto generales como especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; procediendo,

¹⁵ Reglamento del Consejo de Estado.

posteriormente, a: **iii)** resolver el caso concreto adentrándose en el fondo del asunto siempre y cuando se satisfagan los requisitos generales.

III.4. Procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales

Con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello, en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, en sentencia del 31 de julio de 2012¹⁶, consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – *sin importar la instancia y el órgano que las profiera* - que resulten violatorias de derecho fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

III.5. Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción constitucional cuando se dirige contra decisiones judiciales

Esta Sección adoptó como parámetros a seguir los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005¹⁷, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como **requisitos generales de procedibilidad** de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales: **i)** la relevancia constitucional del asunto; **ii)** el uso de todos los medios de defensa judiciales salvo la existencia de un perjuicio irremediable; **iii)** el cumplimiento del principio de inmediatez; **iv)** la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; **v)** la identificación clara de los hechos causantes de la vulneración y su alegación en el proceso, y **vi)** que no se trate de tutela contra tutela.

Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos **requisitos especiales** de procedibilidad, que el propio Tribunal Constitucional los ha

¹⁶ Radicación: 2009-01328-01 (IJ). Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

¹⁷ Expediente D-5428. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

considerado como las causales concretas que “*de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial*”¹⁸.

Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: **i)** orgánico; **ii)** procedimental absoluto; **iii)** fáctico; **iv)** material o sustantivo; **v)** error inducido; **vi)** decisión sin motivación; **vii)** desconocimiento del precedente; y **viii)** violación directa de la Constitución.

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, **debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo lugar, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados**, permitiéndole de esta manera “*dejar sin efecto o modular la decisión*”¹⁹ que se encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que éste instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01, Consejero Ponente, Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

III.6. El caso concreto

En el *sub lite* pretende el accionante que se le amparen los derechos fundamentales **al debido proceso y a la igualdad**, en conjunto con los principios constitucionales **de favorabilidad laboral, seguridad jurídica, confianza legítima**

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia de 3 de septiembre de 2009, Rad.: T-619, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

y certeza del derecho, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene dejar sin efecto las sentencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017, proferidas por el **JUZGADO TERCERO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ** y por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, respectivamente, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 73001-33-33-003-2015-00130-01, promovido por el actor en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En ese orden de ideas, la controversia gira en torno a establecer si las mencionadas autoridades judiciales, quebrantaron los derechos fundamentales de la accionante, con las providencias cuestionadas.

Ahora bien, de acuerdo con los parámetros planteados en el acápite anterior, la Sala entra a examinar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, de acuerdo con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, acogida por la Sala Plena de esta Corporación.

La Sala encuentra que, efectivamente, tales requisitos se cumplen, en razón a que: (i) se invoca la vulneración de derechos de orden fundamental como son el del debido proceso y a la igualdad; (ii) el actor agotó todos los medios de defensa judicial de que disponían (agotó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho); (iii) la acción de tutela se presentó dentro de un término razonable, es decir, aproximadamente, cinco (5) meses después de proferida la sentencia de 27 de enero de 2017, por el Tribunal Administrativo del Tolima; (iv) la irregularidad manifestada por el accionante es de naturaleza procesal (defecto de desconocimiento de precedente), que de ser cierto, afecta la decisión de fondo porque tiene un efecto decisivo y determinante en la sentencia; (v) la situación que generó la vulneración de derechos fundamentales fue debidamente puntualizada en el escrito de tutela; y (iv) no se trata de una providencia contentiva de una sentencia de tutela.

Como consecuencia de lo anterior, pasa la Sala a revisar si se cumple alguno de los requisitos especiales de procedibilidad establecidos en la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional.

El accionante alude a la ocurrencia del defecto de **desconocimiento de precedente jurisprudencial**.

Al respecto del precedente judicial, la Corte Constitucional ha sintetizado sus diferentes pronunciamientos en los siguientes términos:

“En definitiva, los operadores judiciales están obligados a mantener la misma línea jurisprudencial con el fin de garantizar el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados. Lo anterior, supone la materialización del derecho en cabeza de los ciudadanos de que la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico se realice bajo los parámetros constitucionales de igualdad y respeto del presente judicial. Con ello, se garantiza a su vez la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Con todo, se establece una regla sobre el valor normativo del precedente de las Altas Cortes, consistente en que si bien son obligatorios para los jueces de instancia y aún para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante y deben ser seguidos por los demás tribunales y jueces del país.”²⁰

Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, la buena fe, la seguridad jurídica y la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

Sin embargo, la misma Corte ha precisado que, salvo en materia constitucional, cuya doctrina es obligatoria²¹, la regla del respeto del precedente no es absoluta, debido a que la interpretación judicial no puede tornarse inflexible frente a la dinámica social, ni petrificarse, o convertirse en el único criterio tendiente a resolver una situación concreta.

Lo anterior, se traduce en el reconocimiento de un conjunto de supuestos en los cuales resulta legítimo apartarse del precedente judicial vigente, desarrollados jurisprudencialmente y recogidos en pronunciamientos anteriores de la Sala²², a saber: (i) la disanalogía o falta de semejanza estricta entre el caso que origina el precedente y el que se resuelve con posterioridad; (ii) una transformación

²⁰ Sentencia SU- 336 de 2017. Magistrado ponente, doctor Iván Humberto Escruería Mayolo.

²¹ Ver sentencias C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-640 de 1998.

²² Consejo de Estado, Sección Primera: (i) sentencia del 13 de marzo de 2013. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Radicado: 11001-03-15-000-2012-02074-00; y (ii) sentencia del 18 de abril de 2013; Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicado: 11001-03-15-000-2012-01797-00.

significativa de la situación social, política o económica en la que se debe aplicar la regla definida con anterioridad con fuerza de precedente; (iii) un cambio en el orden constitucional o legal que sirvió de base a la toma de las decisiones adoptadas como precedentes; (iv) la falta de claridad o consistencia en la jurisprudencia que debe ser tomada como referente, y, (v) la consideración que esa jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.

En efecto, la Sala²³ ha reconocido que, “*en los eventos referidos, el juez que se separa del precedente asume una especial carga de argumentación, en virtud de la cual debe exponer, de manera clara, razonada y completa, **las razones en las que fundamenta el cambio de posición jurisprudencial***²⁴”, para lo cual resulta obligatorio referirse a éste –al precedente–, analizarlo respecto del caso concreto y fundamentar con suficiencia los motivos y las normas en que se sustenta la decisión de apartarse.

Así las cosas, y como lo ha sostenido la Sala, **sólo el desconocimiento injustificado de un precedente es el que da lugar a la configuración del defecto de desconocimiento de precedente judicial**, como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁵.

En el *sub lite*, afirma el actor que, con sentencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017²⁶, las autoridades judiciales cuestionadas desconocieron el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional²⁷ en relación con el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales.

Para determinar si las autoridades judiciales accionadas incurrieron en el defecto alegado, resulta pertinente establecer si existe o no un precedente jurisprudencial

²³ *Ibíd.*

²⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-1625 de 2000 y T-161 de 2010.

²⁵ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Primera: (i) sentencia del 13 de marzo de 2013. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Radicado: 11001-03-15-000-2012-02074-00; y (ii) sentencia del 18 de abril de 2013. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicado: 11001-03-15-000-2012-01797-00.

²⁶ Proferidas por el **JUZGADO TERCERO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ** y el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, respectivamente, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 73001-33-33-003-2015-00130-01, promovido por el actor en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima.

²⁷ Cfr. Folios 21 a 31 del expediente.

en relación con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes oficiales.

Sobre el particular, la Sala pone de presente que el asunto bajo examen ya ha sido objeto de análisis²⁸, y en esas oportunidades se pudo establecer que no existe una posición consistente por parte del Consejo de Estado, en tanto que no hay un criterio unificado sobre el particular. En ese sentido, se precisó lo siguiente:

*“Conforme a lo señalado, la Sala observa que los Despachos Judiciales accionados en ningún momento desconocieron el precedente judicial, por cuanto actualmente **no existe en el Consejo de Estado un criterio unificado sobre el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes, razón por la cual, los jueces no están obligados a acoger un criterio en especial.** Así lo expresó esta Corporación en la sentencia de 27 de junio de 2013, Magistrada Ponente doctora **BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAÉZ**, proceso radicado bajo el **núm. 2013-00446-00**, donde en un caso similar, señaló:*

“Teniendo en cuenta lo expuesto, actualmente no existe un criterio unificado por esta Alta Corporación en lo relacionado con el pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías a los Docentes, por lo que mal podría exigirse una única postura al respecto, pues como quedó evidenciado, los criterios encontrados se encuentran debidamente fundamentados, bajo criterios jurídicos razonables”.

Aunado a lo anterior, si bien las autoridades judiciales demandadas manifestaron que existen pronunciamientos dentro del Consejo de Estado donde se reconoce a favor de los docentes la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, decidieron alejarse de dicha postura luego de realizar un análisis de las normas constitucionales y legales vigentes aplicables al caso concreto.

En consecuencia, la Sala considera que no se puede calificar a las providencias demandadas como desconocedoras del precedente, cuando fueron sustentadas de manera razonable y suficiente y además, utilizaron el criterio del Consejo de Estado como fundamento de sus decisiones²⁹”.

En atención a la jurisprudencia transcrita, se tiene que, en efecto, no existe un precedente de esta Corporación, puesto que existen pronunciamientos que niegan el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de las

²⁸ Consejo de Estado, Sección Primera: (i) sentencia del 4 de mayo de 2016, Magistrada Ponente: María Elizabeth García González, Radicado: 11001-03-15-000-2016-00762-00, Actora: Gemma Lucía Niño Benavides; (ii) Sentencia del 24 de septiembre de 2015. M.P.: María Elizabeth García González; (iii) Radicado: 2015-01491-01; Sentencia del 14 de julio de 2016. Magistrado Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdez. Radicado: 2016-01639-00. Actora: Nancy Riveros Riveros; confirmada, Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia del 23 de Marzo de 2017, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez, Radicado: 2016-01639-01; (iv) sentencia del 16 de junio de 2016. Magistrado Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdez, Radicado: 2016-01312-00, Actor: Álvaro Guzmán Ramírez.

²⁹ En casos similares se pronunció la Sección Segunda de esta Corporación: Sentencia de 5 de julio de 2012, Consejero Ponente doctor GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, proceso radicado bajo el núm. 2012-00947-00; Sentencia de 27 de junio de 2013, Consejera Ponente doctora BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAÉZ, proceso radicado bajo el núm. 2013-00446-00.

cesantías a los docentes oficiales, como las arriba reseñadas; y también decisiones de la Sección Segunda de esta Corporación³⁰ en las que ha considerado que si resulta procedente reconocerla.

En este orden de ideas, cabe reiterar que en tanto las autoridades judiciales accionadas, en ejercicio de la autonomía del juez dentro las decisiones objeto de estudio, se acogieron a algunos de los criterios jurisprudenciales vigentes, en ese momento, del Consejo de Estado y los aplicaron, de manera lógico y coherente, al asunto puesto a su conocimiento, no pueden ser objeto de reproche por concepto de desconocimiento del presente jurisprudencial de Consejo de Estado.

Ahora bien, en cuanto al argumento del actor referente desconocimiento por parte de las autoridades judiciales accionadas del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, recogido en la sentencia de unificación SU 336/17³¹, la Sala considera oportuno entrar a analizar el contexto, contenido y alcances del referido pronunciamiento, para así proceder a establecer si hubo o no, en el *sub examine*, el supuesto desconocimiento del mismo.

De esta forma, se observa que la sentencia de unificación SU 336 del 18 de mayo de 2017, la Corte Constitucional establece lo siguiente:

*“La Sala Plena de esta Corporación considera 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, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006** y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:*

(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

³⁰ Sentencia de 25 de febrero de 2016, Expediente núm. 2016-00252-00.

³¹ Corte Constitucional, sentencia del 18 de mayo de 2017. Magistrado Ponente: Iván Humberto Escruera Mayolo. Referencia: Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados).

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.

(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).**” (Negritas y subrayados fuera de texto)

De lo anterior, se infiere que la Corte Constitucional no solo procede a unificar, en la citada SU 336 de 2017, las posturas contrarias sostenidas por el Consejo de Estado, tanto en medio de control de nulidad y restablecimiento como en acción de tutela, respecto del reconocimiento a los Docentes Oficiales 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, sino que, también, procede considerar que tales posturas del Consejo de Estado, proferidas antes de la mencionada unificación, ha debido aplicar lo establecido, en la sentencia C-741 de 2012³², en cuanto al reconocimiento de la calidad de los docentes oficiales como asimilable a la de los empleados públicos.

Adicionalmente, sobre la configuración del precedente judicial constitucional existente, de manera previa a la sentencia de unificación en comento, ese Alto

³² Corte Constitucional, sentencia del 26 de septiembre de 2012, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Tribunal sostiene que *“si bien la Corte se había pronunciado desde 2012 en la sentencia C-741 sobre la naturaleza jurídica del régimen prestacional de los docentes oficiales”*, el referido precedente constitucional se consolida con la sentencia C-486 de 2016³³, que se *“refirió de manera específica que la sanción moratoria contenida en el régimen general de servidores públicos les era aplicable a los docentes”*.

Por otra parte, en la referida providencia de unificación del 2017, la Corte Constitucional considera, por un lado, procede la causal específica de violación directa de la Constitución, en especial en las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado antes de la sentencia C-486 de 2016, y, por el otro, da a entender que procedería la causal específica de desconocimiento del precedente constitucional en el evento de providencias judiciales emitidas con posterioridad de la C-486 de 2016.

Finalmente, en el fallo de unificación constitucional analizado, la Corte Constitucional procedió a revocar las decisiones proferidas en sede de tutela por el Consejo de Estado, en primera y en segunda instancia, mediante las cuales se negó la protección invocada por los accionantes y, en su lugar, concederá la protección de los derechos a la igualdad en las decisiones judiciales y al debido proceso por violación directa de la Constitución. En consecuencia, dejó sin efecto las sentencias proferidas, en primera instancia, por los Juzgados Administrativo de Ibagué y, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra los cuales se presentaron las acciones de tutela de la referencia, y ordenó al Tribunal Administrativo del Tolima a *“proferir en cada uno de los casos estudiados una nueva decisión, mediante la cual acceda a las pretensiones de la demanda y ordene el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, de conformidad con los lineamientos fijados en esta providencia”*.

Efectuado el anterior análisis del precedente constitucional invocado por el aquí accionante se procede a verificar su aplicación al caso *sub lite*, en los siguientes términos:

³³ Corte Constitucional, sentencia del 7 de septiembre de 2016, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa

Primero, la Sala observa que los presupuestos de hecho, de derecho y las consideraciones que sirvieron de sustento a las decisiones judiciales que fueron revocadas por la Corte Constitucional, en la sentencia SU 336 de 2017, son similares a los presupuestos de las sentencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017 objeto de la acción de tutela presentada por el actor.

En efecto, se advierte que coinciden, en las sentencias revocadas por la Corte Constitucional y las sentencias objeto de la presente acción de tutela: (i) la calidad de Docentes Oficiales de los accionantes³⁴, tanto para las acciones de tutela como para los medios de control de nulidad y restablecimiento presentados, (ii) la identidad de las entidades demandadas, en cuanto a los medios de control de nulidad y establecimiento, esto es, el Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como la identidad de las autoridades judiciales que adoptaron las decisiones de fondo, respecto de acciones de tutela y de los medios de control de nulidad y restablecimiento, como son juzgados administrativos del Circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, (iii) el objeto de la controversia gira sobre el mismo problema jurídico, (iv) los fundamentos de derecho son similares, en especial los referente al marco normativo, esto es, leyes 91 de 1989, 244 de 1995 y 1071 de 2006 y (v) las consideraciones expuestas por los jueces y magistrados son análogas tanto para uno y otro caso.

Segundo, la Sala advierte que el Tribunal Administrativo del Tolima, en la sentencia proferida el 27 de enero de 2017³⁵, no hizo alusión o referencia a la sentencia C-486 del 7 de septiembre de 2016, como precedente constitucional previo a la SU-336 del 18 de mayo de 2017 en los términos indicados en esta última.

Tercero, la Sala observa que si bien el Juzgado Tercero Oral Administrativo, en sentencia proferida el 9 de septiembre de 2016, pudo no haber conocido, por lo cercano de la fecha, la sentencia C-486, si ha debido, en los términos previamente expuestos de la Corte Constitucional, como referente la sentencia C-741 de 2012.

³⁴ No es objeto de debate ni de cuestionamiento si el señor Santiago Mayorga Rojas ostenta la calidad de docente oficial, como tampoco de desvirtúa la misma en las providencias del 9 de septiembre de 2016 y del 27 de enero de 2017

³⁵ Radicado: 2015-00130-01.

Por tanto, la Sala considera que procederá a aplicar, en el caso presente, la sentencia de unificación jurisprudencial SU-336 del 2017 de la Corte Constitucional, respecto de las causales específicas de violación directa de la Constitución y desconocimiento de precedente jurisprudencial constitucional.

Así las cosas, por las razones antes señaladas, se concederá el amparo solicitado, al encontrarse configurado los defectos invocados por el accionante, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONCEDER el amparo invocado por el señor **SANTIAGO MAYORGA ROJAS**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 9 de septiembre de 2016, y, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo del Tolima el 27 de enero de 2017. En su lugar, **ORDENAR** al Tribunal Administrativo del Tolima que, en el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva decisión mediante la cual acceda a las pretensiones de la demanda y ordene el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, de conformidad con los lineamientos fijados en esta providencia y previa verificación de los requisitos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

TERCERO: Si no fuere impugnada la sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley No. 2591 de 1991, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del seis (6) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Conjuez