



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá D.C., octubre cuatro (4) de dos mil diecisiete (2017)

RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2017-02229-00

ACTOR: HERNÁN HERRERA DEVIA

DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA,
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN C

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala en primera instancia la tutela promovida por el señor Hernán Herrera Devia en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El señor Hernán Herrera Devia, por conducto de apoderado judicial, ejerció acción de tutela¹ con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad jurídica, a la “*irrenunciabilidad de los beneficios mínimos, situación más favorable y primacía de la realidad sobre las formas*”, al trabajo, al debido proceso y acceso a la administración de justicia, y a la dignidad humana y del trabajador.

Consideró vulnerados tales derechos con ocasión de la providencia de 22 de marzo de 2017, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que revocó la

¹ La acción de tutela se presentó el 29 de agosto de 2017 ante la Secretaría General del Consejo de Estado.



decisión proferida el 13 de noviembre de 2014 por el Juzgado 1º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Girardot, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.²

En efecto, la parte actora solicitó:

*“(…) 2. Se ordene al(los) accionado(s/as), que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “C”**, revoque(n) el(los/la/s) **Sentencia del 22 DE MARZO DEL 2017**, que resolvió(eron) el **Recurso de Apelación** y revocó(aron) la Sentencia proferida el 13 de **NOVIEMBRE DEL 2014** por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE(L) GIRARDOT**.*

*3. Que como consecuencia de la revocatoria deprecada, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “C”** debe(n) proceder dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la Sentencia a **desarchivar y confirmar** la Sentencia proferida el 13 de **NOVIEMBRE DEL 2014** por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE(L) GIRARDOT**.*

*4. Se ordene al accionado(a), que una vez producida la decisión definitiva en el asunto en cuestión, remita a su Despacho, copia del acto administrativo con las formalidades de ley, so pena de las sanciones de ley por **desacato** a lo ordenado por Sentencia de tutela.*

5. Se autorice la expedición de fotocopias, a mi costa de la Sentencia de esta tutela y de la contestación que al fallo produzca el o la accionada.”³

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos

El tutelante manifestó que estuvo vinculado al magisterio como docente en el municipio de Fusagasugá – Cundinamarca desde el

² Proceso identificado bajo radicado 25307-33-33-001-2014-00071-01.

³ Folios 83 y 84.



27 de julio de 1988 hasta el 18 de abril de 1994, y el 20 de abril siguiente prestó sus servicios en Bogotá, ciudad en la que laboró hasta el 12 de diciembre de 2012.

Adujo que el 3 de mayo de 2013 solicitó ante la Secretaría de Educación de Fusagasugá, el reconocimiento y pago parcial de sus cesantías, el cual le fue reconocido mediante Resolución 0576 del 21 de agosto de 2013 por el valor de \$35.000.000.

Afirmó que la decisión acogida por la aludida dependencia, desconoció la totalidad del tiempo que estuvo vinculado al magisterio en calidad de docente oficial para efectos de liquidar la prestación requerida, debido a que tomó como fecha de ingreso el 20 de abril de 1994, a pesar de que prestó sus servicios desde el año 1988.

Sostuvo que el 11 de octubre de 2013, el FOMAG realizó el desembolso de las cesantías solicitadas, es decir, 5 meses después de la fecha en que radicó su solicitud, motivo por el cual, el 22 de noviembre de 2013 presentó solicitud de conciliación prejudicial para reclamar el pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006 y la nulidad parcial de la Resolución 0576 de 2013, pero tal diligencia se declaró fallida.

Expresó que el 21 de febrero de 2014, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de que se le reconozca el pago de la cesantía parcial retroactiva, así como la indemnización moratoria, trámite del que conoció en primera instancia el Juzgado 1º Administrativo Oral del Circuito de Girardot, que mediante proveído de 13 de noviembre de 2014, accedió a las pretensiones de la demanda y le reconoció el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantía parcial prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

Indicó que contra la anterior decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, resuelto en sentencia del 22 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en el sentido de revocar el fallo de primera instancia, al considerar que el acto administrativo objeto



de debate tuvo en cuenta el régimen legal aplicable al actor, dado que no le asiste derecho al reconocimiento y pago de las cesantías en forma retroactiva pues su segunda vinculación fue posterior al 1º de enero de 1990, de manera que se encuentra cobijado es al régimen de cesantías anualizadas.

3. Sustento de la petición

Como fundamento de la solicitud de amparo el actor afirmó que la autoridad judicial cuestionada vulneró sus derechos fundamentales invocados, en la medida en que al analizar la legalidad de la Resolución 0576 de 2013, **(i)** erró en la sumatoria de los tiempos que laboró en el magisterio, **(ii)** omitió de manera flagrante la inclusión de los tiempos efectivamente laborados, y **(iii)** le concedió el carácter de docente nacional a pesar de que en realidad es nacionalizado.

De igual forma, respecto a la vinculación que tuvo en el periodo comprendido entre el 27 de julio de 1988 hasta el 18 de abril de 1994, endilgó los siguientes yerros al Tribunal tutelado:

A juicio de la parte actora, la judicatura censurada incurrió en un **defecto procedimental**, al desconocer el principio de congruencia en su fallo, comoquiera que se pronunció sobre la vinculación que tuvo con anterioridad al 1º de enero de 1990, pese a que no fue un motivo de inconformidad formulado por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su recurso de apelación.

De igual forma, consideró que la corporación accionada incidió en un **defecto fáctico**, debido a que omitió el análisis de todas pruebas legalmente aportadas al plenario, en particular, el oficio que emitió la Fiduprevisora S.A., en el que se manifestó que él fue nombrado en propiedad en Fusagasugá mediante acto administrativo 1205 del 12 de julio de 1988, cuyo tipo de vinculación fue de carácter nacionalizado y régimen de cesantías retroactivas.

Además, porque se limitó a interpretar *muto proprio* las vinculaciones



del accionante, al crear una ruptura en la relación laboral que tuvo como docente oficial, desconocimiento de esta forma, todo un régimen de liquidación de cesantías.

De otro lado, el accionante estimó que se configuró un **defecto material o sustantivo**, toda vez que se encuentra cobijado por las Leyes 91 de 1989 y 1071 de 2006, esta última aplicable a su caso por vía jurisprudencial, situación que fue desconocida por el Tribunal censurado en su providencia. Agregó, que el acto administrativo demandado vulneró expresamente las normas que regulan la materia objeto de debate, pues si pertenece al régimen de liquidación de las cesantías con retroactividad.

Por último, indicó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, **desconoció el precedente judicial “vertical y horizontal”** de la Corte Constitucional⁴ y los Tribunales Administrativos, relacionado con el régimen de cesantías retroactivas y la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, en relación con la vinculación que tuvo con posterioridad al 1º de enero de 1990.

En particular, trajo a colación las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, del 12 de junio de 2014, rad. “11001-33-31-013-2012-00288-01”; Sección Segunda, Subsección C, del 30 de octubre de 2014, rad. “2530-733-31703-2013-00003-01”; Sección Segunda, Subsección B, del 28 de mayo de 2015, rad. “25000-23-42-000-2014-01381-00”; del 19 de noviembre de 2015, Sección Segunda, Subsección B, rad. “25269-33-33-001-2013-00268-01”; y del Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, del 11 de marzo de 2015, rad. “156933-33-002-2012-00091-01”; Sala de Decisión No. 4, del 15 de octubre de 2015, rad. “15693333002-2012-00091-01”.

4. Trámite, contestaciones e intervenciones

Con auto del 1º de septiembre de 2017⁵, se admitió la solicitud de

⁴ Señaló como desconocida sentencia C-486 del 7 de septiembre de 2016, rad. 11244, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁵ Folios 90 y 91.



amparo y ordenó notificar esta decisión, como tutelados, a los magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección C, a fin de que contestaran la solicitud de amparo y allegaran los documentos que pretendieran hacer valer como pruebas.

Por tener interés en el resultado de la presente tutela, se decidió comunicar al juez 1º Administrativo Oral de Girardot, al ministro de Educación Nacional, al gobernador de Cundinamarca, al alcalde mayor de Bogotá D.C., al representante legal de la Fiduciaria La Previsora – Fiduprevisora S.A., o al funcionario en quien hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, para que manifestaran lo que consideraran pertinente.

Remitidas las misivas del caso⁶, intervinieron las entidades vinculadas como sigue:

4.1. Contestación de la autoridad judicial accionada – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección C

Con respuesta del 6 de septiembre de 2017⁷, el magistrado ponente del fallo censurado solicitó negar el amparo solicitado, toda vez que ese cuerpo colegiado no incurrió en los defectos alegados ni mucho transgredió los derechos fundamentales invocados por el actor, pues acogió su decisión con sustento en las normas pertinentes y con la interpretación que a ellas corresponde.

Agregó que en la providencia objeto de discusión, se expusieron los motivos que llevaron a dicha Sala a revocar la sentencia proferida por el *a quo*, comoquiera que encontró probado que los cargos que desempeñó el accionante en determinados periodos fueron nombramientos de carácter nacional, los cuales prestó de manera interrumpida, por lo que cada una de las vinculaciones se encuentra regulada por un supuesto normativo diferente aplicable para efectos de la liquidación de las cesantías del actor.

⁶ Se notificó al actor y a todos los vinculados mediante correo electrónico enviado el 6 de septiembre de 2017. Folios 92 a 101.

⁷ Folios 102 y 103.



4.2. Intervenciones de los terceros con interés

4.2.1. Ministerio de Educación

La asesora de la Oficina Asesora Jurídica de esa cartera ministerial consideró que en el asunto *sub judice* no se cumplen los requisitos adjetivos de procedibilidad; además, solicitó ser desvinculada del presente trámite, en la medida en que no ha desconocido ni vulnerado derecho alguno y porque, en su sentir, no tiene competencia para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

4.2.2. Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá

Por intermedio del jefe de la Oficina Asesora Jurídica, refirió que la providencia emitida por la autoridad judicial tutelada no atenta contra las garantías constitucionales de la parte actora, pues se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico, de manera que lo reproches planteados en la tutela solo reflejan los motivos de inconformidad que el actor tiene respecto a lo resuelto por el juez de la causa.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela de conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991⁸ y el numeral 2° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015⁹.

2.2. Cuestión previa

En el presente asunto, cuando el Ministerio de Educación intervino, solicitó ser desvinculado teniendo en cuenta que no tiene competencia para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela y no ha vulnerado los

⁸ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.”

⁹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.”



derechos invocados por el accionante.

Al respecto, la Sala advierte que negará dicha solicitud, pues se precisa que su vinculación se debe a un posible interés en el resultado del proceso, mas no como autoridad contra la cual esté dirigida la acción de amparo. Lo anterior, porque ostenta la condición de presidente del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el artículo 6º de la Ley 91 de 1989.¹⁰

2.3. Problema jurídico

En el asunto bajo estudio, corresponde a la Sala determinar si la autoridad judicial accionada incurrió respecto a la vinculación que tuvo el actor en calidad de docente entre el 27 de julio de 1988 hasta el 18 de abril de 1994, en los defectos procedimental, fáctico, sustantivo al considerar que al actor no le asiste derecho al reconocimiento y pago de cesantías parciales de forma retroactiva, en la medida en que su vinculación con el magisterio fue en calidad de docente nacional.

Igualmente, este cuerpo colegiado deberá analizar si se desconoció el precedente judicial relacionado con la sanción moratoria por el pago tardío de esta prestación, en relación con la vinculación que ostentó el tutelante a partir del año 1990.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales; **ii)** estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados los requisitos de procedibilidad adjetiva se estudiará, **iii)** el fondo del reclamo.

¹⁰ “Artículo 6º.- En el contrato de fiducia mercantil a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley, se preverá la existencia de un Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, integrado por los siguientes miembros: El Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo presidirá...”



2.4. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012¹¹, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹², y en ella concluyó:

*“...si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”¹³ (Negrilla fuera de texto)*

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **“...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...”**. En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el

¹¹ Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C. P.: María Elizabeth García González.

¹² El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹³ *Ibidem*.



artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁴ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo –procedencia sustantiva– y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto –procedencia adjetiva–.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii)* inmediatez.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

¹⁴ Entre otras en las T-949 del 16 de octubre de 2003, T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.5. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

2.5.1. No se trata de una tutela contra decisión de igual naturaleza, puesto que la providencia judicial que censura la parte actora, fue proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que el señor Herrera Devia promovió en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, identificado bajo radicado 25307-33-33-001-2014-00071-01.

2.5.2. De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela pretende cuestionar el fallo proferido el 22 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, providencia judicial que fue notificada por correo electrónico del 7 de abril de 2017¹⁵, y quedó ejecutoriada el día 12 del mismo mes y año, en los términos del artículo 302 del Código General del Proceso; y la solicitud de amparo se presentó el 29 de agosto de 2017, es decir, transcurridos 4 meses, término que a juicio de la Sala resulta razonable.

2.5.3. Respecto a la subsidiariedad, la Sala encuentra en primer lugar, que la parte actora considera que la providencia censurada se apartó del principio de congruencia, por cuanto la autoridad judicial tutelada se pronunció sobre un aspecto que no fue materia de apelación por parte del Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues realizó un análisis acerca de la vinculación que tuvo con anterioridad al 1º de enero de 1990, a pesar de que dicha entidad enfocó su inconformidad exclusivamente respecto al nombramiento que tuvo en calidad de docente con posterioridad a la referida fecha.

Sobre el particular, esta Sección advierte que la solicitud de amparo no supera este presupuesto adjetivo de procedibilidad, de

¹⁵ Folios 139 a 149 del expediente en préstamo.



acuerdo con la postura fijada por la Sala 22 Especial de Revisión de esta Corporación¹⁶, según la cual, la incongruencia da lugar a la nulidad originada en la sentencia, la cual se encuentra prevista como una de las causales que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión, en los términos del numeral 6° del artículo 188 del Decreto 01 de 1984¹⁷, hoy en día, numeral 5° del artículo 250 del CPACA, en los siguientes términos:

“(...) 2.6. Desconocimiento del principio de congruencia como causal de nulidad de la sentencia

Dentro del contexto expuesto en el acápite anterior, la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa ha indicado que debe aceptarse que la causal 6ª del artículo 188 del C.C.A., hoy 5 del artículo 250 del CPACA, por nulidad originada en la sentencia, se configura, entre otras razones, cuando al demandado se le condena por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en la misma.

Circunstancia que también podría encuadrarse en la causal de falta de competencia, en este caso, en cuanto el juez se pronuncia por fuera de los límites impuestos en la causa petendi.

Ello significa que es procedente el recurso extraordinario de revisión contra los fallos dictados por esta jurisdicción en segunda instancia o única, si se alega el desconocimiento del principio de la congruencia, que en últimas implica una actuación sin competencia.

(...)

En este orden de ideas, esta Sala Especial advierte, conforme a lo expuesto, que la causal de revisión contenida en el numeral 5° del artículo 250 del CPACA - antes 6 del artículo 188 del C.C.A.-, es decir, nulidad originada en la sentencia, se puede configurar cuando el fallo objeto de revisión ha desatendido la congruencia interna y/o la externa, pues, en uno y otro caso, el fallador incurre en una clara violación del debido proceso,

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala 22 Especial de Decisión. Providencia de 2 de febrero de 2016. rad.: 11001-03-15-000-2015-02342-00 (REV). Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

¹⁷ “ARTÍCULO 188. Son causales de revisión: (...) 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación (...)”



artículo 29 constitucional, dado que la providencia proferida en esos términos resulta contraria a las formas propias de cada juicio, en específico, la falta de competencia del juez para abordar asuntos frente a los cuales no se podía pronunciar.

(...)

*Fuerza concluir, entonces, que **la sentencia debe ser objeto de revisión cuando falta al principio de congruencia**, es decir, cuando aquella carece de la coherencia externa o interna, razón suficiente para calificar de inválida la decisión, porque el fallador excede su competencia, la que se repite está determinada por los cargos y pretensiones de la demanda.” (Destacado por la Sala)*

Bajo este contexto, se encuentra que la situación descrita por el actor –falta de incongruencia entre las pretensiones del recurso de apelación y el fallo tutelado– encaja dentro de la causal señalada en el numeral 6° del artículo 188 Decreto 01 de 1984, hoy en día numeral 5° del artículo 250 del CPACA del recurso extraordinario de revisión y, por lo tanto, la Sala se abstendrá de realizar algún estudio de este aspecto.

Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta el principio de la unidad de materia, tampoco se abordará el estudio de los defectos fáctico y sustantivo, en la medida en que todos tienden a la misma controversia planteada por el actor, relacionada con la vinculación que tuvo en su condición de docente antes del 1° de enero de 1990.

Esto, porque la falta de congruencia que alega el accionante, tiene estrecha relación con la calidad en que estuvo vinculado al magisterio en el periodo comprendido entre el 27 de julio de 1988 hasta el 18 de abril de 1994, a raíz del cual, en sentir de la parte actora se genera el quebrando al principio de la congruencia, de manera que no es procedente examinar si el Tribunal cuestionado erró en la interpretación de la normativa aplicable al régimen de liquidación de las cesantías en forma retroactiva, pues para concluir que al actor no le asiste el derecho solicitado necesariamente se debe tomar como punto de partida la primera vinculación que ostentó el actor, aspecto que se reitera, es el que configuró la



presunta incongruencia del fallo tutelado.

Igualmente, cabe anotar que abordar un estudio del defecto fáctico formulado en la solicitud de amparo resultaría contradictorio, en la medida en que este cargo se contrae a que **(i)** el Tribunal cuestionado no tuvo en cuenta para tomar su decisión, el oficio 2014EE004802 emitido por la Fiduciaria La Previsora S.A., en el que se manifestó que el señor Herrera Devia fue nombrado en propiedad en Fusagasugá mediante acto administrativo 1205 del 12 de julio de 1988, cuyo tipo de vinculación fue de carácter nacionalizado y régimen de cesantías retroactivas, y **(ii)** porque interpretó *mutuo proprio* las vinculaciones del accionante, de manera que creó una ruptura en la relación laboral que tuvo como docente oficial con la cual desconoció todo un régimen de liquidación de cesantías.

Bajo estas consideraciones, la Sala abordará el fondo del reclamo deprecado del desconocimiento del precedente planteado en la acción de tutela en relación con la vinculación que tuvo el actor en el sector educativo con posterioridad del 1º de enero de 1990, puesto que no guarda relación con los temas anteriormente señalados.

2.6. Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, se tiene que el apoderado del señor Hernán Herrera Devia adujo que la Sección Segunda – subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desconoció el precedente fijado en la sentencia C-486 del 7 de septiembre de 2016, rad. 11244, M.P. María Victoria Calle Correa, relacionado con lo previsto en la Ley 1071 de 2006 sobre el pago de la sanción moratoria de las cesantías parciales.

Al respecto, el juez tutelado tan solo manifestó sobre dicho punto que *“al tratarse de una pretensión consecuencial de la reclamación dirigida a que se aplique el régimen retroactivo de las mismas, la cual, como se indicó en párrafos precedentes no prospera en el sub lite ante la ausencia del derecho, se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno.”*



Como se ve, la autoridad censurada siquiera expuso algún argumento que en principio pueda ser sujeto de reproche relacionado con la indemnización moratoria, en vista de que consideró que al no asistirle al actor el derecho al reconocimiento y pago de la cesantía parcial de forma retroactiva no podía emitir alguna decisión relacionada con la sanción moratoria, pues concibió que la Resolución 0576 del 21 de agosto de 2013 tuvo en cuenta el régimen legal aplicable al accionante para efectos de liquidar la prestación laboral.

Sin embargo, para esta Sección tal análisis no resulta del todo válido, pues independientemente de que el Tribunal tutelado concluyera que no era viable reconocer las cesantías solicitadas por el docente de manera retroactiva, lo cierto es que no se puede ignorar que al señor Herrera Devia le son aplicables las prerrogativas señaladas en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006¹⁸, sobre el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, toda vez que el artículo 19 de la ley 91 de 1989¹⁹ establece que la cancelación de esta prestación estará regulada por la normatividad vigente.

Ahora bien, al revisar la sentencia C-486 del 7 de septiembre de 2016, se encuentra que si bien manifestó 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”, lo cierto es que en su parte

¹⁸ “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.”

¹⁹ “(...)

3.- Cesantías:

Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (...)”



resolutiva moduló los efectos retroactivos así:

*“... Segundo.- La presente decisión de inexequibilidad surte efectos **desde el 1º de enero de 2016, es decir el momento en que entró a regir la ley de Presupuesto Ley 1769 de 2015, y tiene efectos retroactivos para el pago de los intereses de mora del año 2016 a los docentes oficiales, en donde se aplicará lo dispuesto en los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006 para contabilizar los días de retardo y los intereses de mora.**”* (Subrayados y destacados fuera de texto).

Bajo tal contexto, y teniendo en cuenta que la Corte en esta oportunidad no extendió sus efectos a situaciones anteriores a enero de 2016 y que el actor promovió el 21 de febrero de 2014 el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, fecha en la que no existía una posición jurisprudencial unificada respecto a la aplicación del régimen general de los servidores públicos a los docentes, la Sala advierte que el Tribunal censurado no desconoció en su proveído tal decisión, pues no le es aplicable al caso del señor Herrera Devia.

Sin embargo, este juez de tutela en asuntos similares²⁰ ha hecho extensiva la aplicación de la sentencia SU-336 de 2017, en vista de su efecto vinculante y debido a que en tal providencia se incluyeron situaciones acaecidas antes del año 2016, en los siguientes términos:

*“Ahora bien, en cuanto al desconocimiento del precedente constitucional, es preciso señalar que si bien la Corte se había pronunciado desde 2012 en la sentencia C-471 sobre la naturaleza jurídica del régimen prestacional de los docentes oficiales, solo hasta la **sentencia C-486 de 2016** refirió de manera específica que la sanción moratoria contenida en el régimen general de servidores públicos les era aplicable a los docentes. **Esa sentencia fue proferida con posterioridad a la fecha de las decisiones atacadas en esta oportunidad, por lo que no es posible concluir***

²⁰ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 17 de agosto de 2017, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 11001-03-15-000-2017-01855-00.



que existió un desconocimiento del precedente constitucional.

*Lo anterior no es óbice para que la Corte en esta oportunidad unifique su postura sobre el particular y concluya que **los docentes oficiales deben ser considerados como empleados públicos y, por lo tanto, 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.*** (Negrilla fuera de texto original)

Es este sentido, siguiendo la misma línea jurisprudencial de esta Sección, se encuentra que la decisión acogida por la autoridad censurada desconoció los derechos a la igualdad en las decisiones judiciales y al principio de favorabilidad laboral del señor Herrera Devia, al no reconocer la sanción moratoria a su favor, por lo que se procederá a amparar tales garantías constitucionales.

En tales condiciones, la Sala advierte innecesario realizar un análisis respecto al presunto desconocimiento del “*precedente horizontal*” fijado por los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Boyacá²¹, en el que en sentir del actor incurrió la autoridad censurada, pues lo cierto es que dichas decisiones no son precedente, toda vez que esta calidad la reciben algunos pronunciamientos emitidos por una Alta Corte y comoquiera que en virtud de la sentencia SU-336 de 2017 se concederá el amparo solicitado en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

²¹ Sentencia de la Sala de Decisión No. 3, del 11 de marzo de 2015, rad. “156933-33-002-2012-00091-01”, y la Sala de Decisión No. 4, del 15 de octubre de 2015, rad. “15693333002-2012-00091-01”. Providencia de la Sección Segunda, Subsección F, del 12 de junio de 2014, rad. “11001-33-31-013-2012-00288-01”; Sección Segunda, Subsección C, del 30 de octubre de 2014, rad. “2530-733-31703-2013-00003-01”; Sección Segunda, Subsección B, del 28 de mayo de 2015, rad. “25000-23-42-000-2014-01381-00”; del 19 de noviembre de 2015, Sección Segunda, Subsección B, rad. “25269-33-33-001-2013-00268-01”.



FALLA

PRIMERO: Declárase improcedente la petición de amparo elevada por el apoderado del señor Hernán Herrera Devia, en lo relacionado con la presunta incongruencia de la sentencia del 22 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, y los demás cargos relacionados con dicho aspecto, por las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: Ampárase el derecho fundamental a la igualdad del señor Hernán Herrera Devia, respecto al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías relacionadas con la vinculación a partir del 1º de enero de 1990.

TERCERO: En consecuencia, **Déjase sin efectos** la sentencia de 22 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento identificado con el número de radicado 25307-33-33-001-2014-00071-01, y, **ordénase** a dicha Corporación que, en el término de 30 días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, profiera una nueva decisión mediante la cual tenga en cuenta lo analizado en esta providencia, en relación con el derecho de los docentes oficiales al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, de conformidad con los lineamientos fijados en la sentencia SU-336-2017 y previa verificación de los requisitos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

CUARTO: Niégase la solicitud de desvinculación propuesta por el Ministerio de Educación Nacional, por las razones descritas en precedencia.

QUINTO: Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si no fuese impugnado este fallo, **devuélvase** el expediente allegado en calidad de préstamo al Juzgado 1º



Expediente: 11001-03-15-000-2017-02229-00

Actor: Hernán Herrera Devia

Tutela - Primera Instancia

Administrativo del Circuito de Girardot, que corresponde a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Hernán Herrera Devia; y **envíese** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria, de conformidad con lo establecido por el inciso 2º del artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

