



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022)
Demandante: Julián David Quintero Agudelo
Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y municipio de Dosquebradas (Risaralda)

Temas: Sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Indemnización de la Ley 52 de 1975. Régimen de cesantías docentes oficiales Ley 91 de 1989.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

SUJ-032-CE-S2-2023

Asunto

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en ejercicio de sus atribuciones constitucionales como tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹, con fundamento en los artículos 270 y 271 del CPACA y 14 numeral 2 del Reglamento del Consejo de Estado², profiere sentencia de unificación jurisprudencial en la que decide el recurso de apelación interpuesto por las partes del proceso y el Ministerio Público.

1. Antecedentes

1.1. La demanda³

1.1.1. Las pretensiones

1. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴, Julián David Quintero Agudelo presentó demanda en orden a que se declarara la nulidad del oficio del 17 de agosto de 2021 por medio del cual el coordinador de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación

¹ Numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política.

² Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2016.

³ Samai, índice 1.

⁴ En adelante CPACA.



municipal de Dosquebradas le negó la sanción moratoria regulada en la Ley 50 de 1990 y la indemnización prevista en la Ley 52 de 1975, por la falta de consignación de las cesantías causadas en el 2020 y el pago tardío de los intereses sobre el auxilio.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordenara: **i)** reconocer la sanción por mora desde el 15 de febrero de 2021 hasta la fecha en que se efectúe la consignación de las cesantías causadas en 2020 (Ley 50 de 1990) y, la indemnización derivada del pago extemporáneo de los intereses a las cesantías (Ley 52 de 1975); **ii)** pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia; y **iii)** darle cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA.

1.1.2. Fundamentos fácticos

3. Como hechos relevantes se señalaron los siguientes:

3.1. Julián David Quintero Agudelo fue nombrado en propiedad y se posesionó como docente del municipio de Dosquebradas, Risaralda, desde el 15 de marzo de 2006, fecha en la que fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)⁵.

3.2. El 16 de julio de 2021 le solicitó a la Secretaría de Educación de ese municipio el reconocimiento de la sanción derivada de la mora en la consignación de las cesantías del 2020 y de la indemnización ocasionada por el pago tardío de los intereses de ese año.

3.3. Mediante oficio del 17 de agosto de 2021, el coordinador de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación de Dosquebradas, Risaralda, negó la petición del docente. Argumentó que la sanción moratoria no está prevista para el régimen excepcional del FOMAG, que es distinto de los fondos privados creados por la Ley 50 de 1990.

3.4. La Vicepresidencia del FOMAG, a través de oficio 20210173268781 del 19 de octubre de 2021, también denegó la solicitud del demandante, con base en los mismos razonamientos que expuso la Secretaría de Educación municipal.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

4. Como tales se invocaron en la demanda los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; 1 de la Ley 52 de 1975; 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 99 de la Ley 50 de 1990; 13 de la Ley 344 de 1996; 5 de la Ley 432 de 1998; 57 de la Ley 1955 de 2019; y los Decretos 1176 de 1991 y 1582 de 1998.

⁵ En lo sucesivo FOMAG.



5. Como concepto de violación, expuso que los docentes oficiales tienen derecho a reclamar la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, por las siguientes razones⁶:

5.1. En junio o julio de cada año el Ministerio de Hacienda y Crédito Público apropia los recursos destinados al pago de los anticipos de las cesantías sin consignarlas anualmente en cuentas individuales al FOMAG, con el fin de que los docentes oficiales que eventualmente las soliciten las tengan a su disposición, pues este fue el objetivo que conllevó al legislador a la creación del fondo.

5.2. En varios pronunciamientos, la Corte Constitucional⁷ y el Consejo de Estado⁸ reconocieron la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en favor de los docentes oficiales, con ocasión de la actuación irregular del Ministerio de Educación Nacional y de las entidades territoriales empleadoras en el giro de los recursos correspondientes al auxilio de cesantías para que se consignen oportunamente en el FOMAG y se encuentren a disposición de sus afiliados.

5.3. A partir del 1 de enero de 1990 se modificó el régimen de liquidación de cesantías retroactivo al anualizado y, con ello, la obligación de realizar la consignación de las cesantías dentro de un término perentorio que no puede superar el 15 de febrero de cada año, so pena de que se cause la sanción por mora.

5.4. La Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018 determinó que los docentes oficiales son destinatarios de la Ley 50 de 1990, en razón a que:

5.4.1. Si bien se encuentran amparados por un régimen especial, ello 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 mayor beneficio [...]», de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política, esto es, aquella que reconoce que este grupo tiene derecho a la sanción por mora.

5.4.2. El artículo 1 del Decreto 1252 de 2000⁹ extendió el ámbito de aplicación de las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 a todos los empleados públicos, ya que tienen derecho a gozar del «[...] pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de la protección que deriva de esa prestación [...]».

⁶ Folios 6 a 43 del índice 1 de Samai.

⁷ A través de las sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020.

⁸ Al respecto citó: Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencias del 24 de enero de 2019, radicación 4854-2014; del 6 de agosto de 2020, radicación interna 0833-2016; del 10 de junio de 2020, radicación 2014-00208-01; del 6 de agosto de 2020, radicación interna 0833-2016; del 12 de noviembre de 2020, radicación 2014-00132-01 (1689-2018); y del 17 de junio de 2021, radicaciones internas 4979-2017 y 5685-2019, respectivamente.

Igualmente, el fallo de tutela del 28 de junio de 2019, radicación 11001-03-15-000-2018-04679-01(AC)

⁹ «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública».



5.4.3. En este caso no se presentan antinomias legales que deban resolverse a través del principio de especialidad, sino que el régimen especial de los docentes carece de esta regulación ante la falta de previsión de esta sanción u otros beneficios, por ende, se complementa con las disposiciones señaladas.

5.5. El Consejo de Estado sostuvo que, para efectos prestacionales, los educadores del sector oficial vinculados a partir del 1 de enero de 1990 se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, es decir, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que prevén un sistema anualizado, sin retroactividad y el pago de intereses a sus beneficiarios¹⁰.

5.6. De acuerdo con el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 «[...] los intereses a las cesantías de los docentes no se cancelan sobre el 12% del valor de las cesantías de cada año, sino del DTF sobre el monto acumulado que se haya calculado como consignado en el fondo prestacional [...], el cual nunca ha tenido mi representado; sin embargo, resulta ilógico reclamar la señalada penalidad por los años anteriores al 2009, en razón a la prescripción».

5.7. En el proceso se demuestra que la suma pagada en la cuenta de nómina del demandante corresponde a los intereses a las cesantías de 2020, pago que fue extemporáneo por ser posterior al 31 de enero de 2021, de modo que también da lugar a la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975¹¹, a cargo de las entidades demandadas.

5.8. Con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se asignó a las entidades territoriales la responsabilidad de reconocer y liquidar las cesantías y sus intereses. Para el efecto, la Ley 50 de 1990 dispone que el auxilio se debe consignar en la cuenta individual dispuesta para el docente en el FOMAG antes del 15 de febrero y los intereses se deben pagar el 31 de enero del siguiente año.

¹⁰ Al respecto citó:

Consejo de Estado, de la Sección Segunda en pleno, la sentencia de unificación CE-SUJ2-001-16, radicación 15001-33-33-010-2013-00134-01 (3828-14); y de la Subsección, sentencia del 21 de febrero de 2019, radicación 54001-23-33-000-2016-00236-01 (2934-17).

¹¹ «Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares [...]

Artículo 1. A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantías a sus trabajadores conforme al capítulo VII Título VIII parte 1a. del Código Sustantivo del trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenios por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez el valor adicional igual al de los intereses causados.»



5.9. En los últimos 10 años, el citado fondo se ha visto afectado debido a la presentación de más de 60.000 demandas por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los educadores. Ello se debe a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no consigna oportunamente los recursos para el pago de las cesantías que reclaman sus titulares.

1.2. Contestación de la demanda

6. **EL FOMAG** contestó la demanda¹² y se opuso a las pretensiones con fundamento en las siguientes razones:

6.1. El demandante no tiene derecho a reclamar la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 porque esta hace parte de un régimen administrado por los fondos privados de cesantías, en los que cada afiliado tiene una cuenta individual y se regulan por dinámicas contractuales o de mercado. Por su parte, el FOMAG constituye un patrimonio autónomo destinado al pago de las prestaciones sociales de los docentes, integrado por una masa de dinero general e impersonal, sometido al principio de legalidad presupuestal y sostenibilidad fiscal.

6.2. La afiliación de los docentes del servicio público educativo al FOMAG es obligatoria, según el artículo 1 del Decreto 3752 de 2003, con independencia del nivel de la vinculación (nacional, nacionalizado o territorial), mientras que, de acuerdo con la Ley 50 de 1990, el trabajador puede seleccionar libremente la sociedad administradora a la que desea afiliarse.

6.3. Las cesantías de los educadores oficiales son «[...] prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a transferirse de la nación a las entidades territoriales y se garantizan con el giro anual del Ministerio de Hacienda, de modo que existe una imposibilidad operativa de la existencia de la sanción por mora, si se tiene en cuenta que a 31 de diciembre de cada vigencia, los rubros destinados a las cesantías de sus afiliados ya se encuentran girados al Fomag».

6.4. El valor de los intereses que reconoce el FOMAG es mayor que aquel previsto por la Ley 50 de 1990, debido a que su liquidación se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma cuya aplicación se pretende, pues corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera. Su pago se efectúa en 4 diferentes nóminas (marzo, mayo, agosto y noviembre), por ende, si el afiliado recibió dicha prestación en alguno de estos meses, no es posible predicar un incumplimiento que conlleve el deber de reconocer indemnización alguna.

¹² Archivo digital 7 de Samai del proceso de primera instancia, el cual se puede consultar en el siguiente link:
https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=660013333001202200016006600133.



6.5. En el caso concreto del demandante, el pago de los intereses se efectuó en marzo de 2021 en cumplimiento del artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998¹³, según el extracto allegado con la contestación, por lo que no se puede alegar entonces un incumplimiento que dé lugar a la condena solicitada.

6.6. El acto administrativo acusado no desconoció el principio de favorabilidad ni el derecho a la igualdad. Sobre el punto se debe precisar que la providencia del Consejo de Estado invocada en la demanda¹⁴ se sustentó en la interpretación expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018, para decidir el caso de un docente que nunca fue afiliado al FOMAG.

6.7. En el presente asunto, se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, comoquiera que la sanción derivada de la consignación tardía de las cesantías se reclama ante el empleador, que para el caso es el ente territorial nominador y no el FOMAG, toda vez que este solo es un patrimonio autónomo creado para atender las prestaciones sociales de los docentes afiliados.

7. El municipio de Dosquebradas, Risaralda, solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda¹⁵, con sustento en los siguientes argumentos:

7.1. El acto acusado no fue expedido con infracción de las normas invocadas en el concepto de violación, puesto que la Secretaría de Educación municipal reportó el valor correspondiente a la liquidación de las cesantías de 2020 al FOMAG el 29 de enero de 2021. Por tanto, en manera alguna se generó la sanción por mora a su cargo, en los términos del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

7.2. Se configura el medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la Secretaría de Educación no es la llamada a responder por las imputaciones fácticas y jurídicas contenidas en la demanda. Por mandato de los artículos 2 a 5 del Decreto 2831 de 2005, la actuación del ente territorial se contrae a la elaboración de los proyectos de actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales, pero el pago a los docentes lo hace el FOMAG a través de la entidad fiduciaria, con cargo a los recursos que le gira directamente la Nación.

7.3. En las sentencias citadas en la demanda¹⁶, el Consejo de Estado reconoció la sanción por mora a docentes que no se encontraban afiliados al FOMAG. En esos casos, la entidad territorial era responsable del pago de sus prestaciones. La situación suscitada en esta *litis* es diferente, por cuanto el demandante sí es beneficiario del señalado fondo.

¹³ «Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio».

¹⁴ Citó la providencia con radicación 2014-00254.

¹⁵ Archivo digital 8 de Samai.

¹⁶ Entre ellas, la del 24 de enero de 2019 proferida dentro del proceso con radicación 76001-23-31-000-2009-00867-01 (4854-2014)



1.3. La sentencia apelada

8. El Juzgado Primero Administrativo de Pereira profirió sentencia el 29 de junio del 2022¹⁷, por medio de la cual declaró la nulidad del oficio del 17 de agosto de 2021 expedido por el coordinador de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación de Dosquebradas, Risaralda.

9. Como consecuencia de lo anterior, condenó al FOMAG a:

«reconocer y pagar [...] la indemnización por el no pago oportuno de sus intereses a las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de mora, por 40 días.

2.1. A reconocer y pagar al demandante la indemnización por la no consignación de las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de mora, contados desde el 15 de febrero de 2021 hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación.

La determinación de la cifra a la que ascienden estas condenas, serán calculadas así: los 40 días correspondientes a la mora en el pago de los intereses a las cesantías días(sic) con fundamento en la asignación básica devengada por el demandante durante el año 2021 y los días de mora correspondientes a las cesantías deberán ser liquidados con base en la asignación básica devengada en cada año en el que se genere la mora.»

10. Asimismo, ordenó indexar las sumas reconocidas en favor del demandante, de acuerdo con el artículo 187 del CPACA y negó la condena en costas en esa instancia.

11. Para tal efecto, se pronunció en estos términos:

11.1. Los docentes están regulados por una norma especial y, en principio, no son destinatarios de la Ley 50 de 1990, puesto que esta normativa fue extendida a todos los empleados públicos por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989.

11.2. No obstante, el Consejo de Estado¹⁸ acogió el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias SU-098 de 2018 y SU-332 de 2019, por ende, en lo concerniente a la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, es posible aplicar la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. Así las cosas, la suma liquidada por concepto del auxilio, con corte a 31 de diciembre de cada anualidad, se les debe depositar en el FOMAG a más tardar el 14 de febrero del siguiente año, so pena de que se configure tal penalidad.

11.3. En el *sub lite*, se encuentra probado que Julián David Quintero Agudelo se vinculó al servicio docente oficial del municipio de Dosquebradas, Risaralda, a partir del 15 de marzo de 2006. Por consiguiente, se encuentra cobijado por el régimen anualizado de cesantías regulado en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de

¹⁷ Samai, archivo digital 21.

¹⁸ Al respecto, citó la sentencia del 22 de octubre del 2020 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda, dentro del proceso con radicación 08001-23-31-000-2014-00254-01(4960-17).



1989.

11.4. Según el reporte del FOMAG, no se le han consignado las cesantías causadas en 2020, razón por la cual el demandante es acreedor de la sanción por mora reclamada, desde el 15 de febrero de 2021 y hasta la fecha en que se registre el depósito en el fondo. Asimismo, el documento indicó que el giro de los intereses se realizó el 27 de marzo de 2021, es decir que se incurrió en mora desde el 15 de febrero del 2021 hasta el 30 de marzo de ese año, de manera que se le debe indemnizar por esos 40 días de retardo.

11.5. La mora es atribuible al FOMAG por cuanto el docente fue afiliado a aquel desde su posesión en el cargo y el párrafo 1 del artículo 1 del Decreto reglamentario 3752 de 2003¹⁹ solo prevé la responsabilidad de la entidad territorial nominadora cuando omite realizar tal diligencia.

1.4. Los recursos de apelación

12. **El Ministerio Público**²⁰ señaló que la decisión de primera instancia es respetuosa de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, tal y como se desprende de las sentencias invocadas como fundamento en la parte motiva. Sin embargo, el criterio debe ser modificado o precisado, en tanto las circunstancias fácticas del *sub judice* son diferentes de las analizadas por los órganos de cierre en las providencias referenciadas.

13. **El FOMAG**²¹ manifestó su desacuerdo frente a la sentencia de primera instancia y, como argumento para su revocatoria, expuso que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no le es aplicable a los docentes del sector público, por las siguientes razones:

13.1. Existen diferencias entre los fondos administradores de cesantías, las cuales se sintetizan así:

	Fondos privados de cesantías (AFP)	FOMAG
Naturaleza jurídica	Patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, independiente del fondo (Dec. 663 de 1993).	Cuenta especial de la Nación constituido como un patrimonio autónomo (arts. 3 y 4 de la Ley 91/89), cuyos recursos son administrados por una sociedad fiduciaria de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
Margen de operación	Por ser una entidad financiera, se le permite invertir los recursos que administra por concepto de cesantías en cuentas individuales,	Se creó bajo el principio de unidad de caja, por lo que las cesantías de sus beneficiarios se administran según lo dispuesto en la Ley 91/89, las

¹⁹ «Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones».

²⁰ Archivo digital 23 de Samai.

²¹ Archivo digital 24 de Samai.



	conformadas por una subcuenta de corto y largo plazo.	cláusulas del contrato fiduciario y las determinaciones que apruebe el Consejo Directivo del FOMAG y no en cuentas individuales.
Fuentes de financiación	<p>a) Las sumas que consigne el empleador por concepto de auxilio de cesantías;</p> <p>b) los aportes voluntarios de los afiliados independientes (Dec. 1063/91, arts. 12, literal b) y 31).</p> <p>c) los aportes de las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado (Ley. 79/88, art. 59 y Decs. 468/90 y 4855/06).</p> <p>d) los aportes de las entidades públicas del sector salud, de la rama judicial o del nivel territorial (Dec. 1582/98).</p> <p>e) las sumas entregadas por la nación a través del Sistema General de Participaciones;</p> <p>f) las sumas entregadas por la Nación y las entidades territoriales por concepto de los contratos de concurrencia;</p> <p>g) los rendimientos generados por los activos que integran los portafolios del fondo;</p> <p>h) el producto de las operaciones de venta de activos; e</p> <p>i) cualquier otro ingreso que resulte a favor de los portafolios del fondo.</p>	<p>a) El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado;</p> <p>b) las cuotas personales de inscripción equivalentes a 1/3 parte del primer sueldo mensual devengado, y 1/3 parte de sus posteriores aumentos;</p> <p>c) el aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.</p> <p>d) el aporte de la Nación equivalente a 1/12 anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes;</p> <p>e) el 5% de cada mesada pensional que pague el fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados;</p> <p>f) el 5 por mil (Leyes 4/66 y 33/85), a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales. (Art. 12 del Dec. 196/95)</p>
Sujetos beneficiarios	Trabajadores particulares y empleados públicos	El personal docente al servicio del Estado
Afiliación	Es voluntaria	Es obligatoria (art. 1 del Dec. 3752/03)
Régimen normativo	Ley 50 de 1990	Ley 91 de 1989, art. 15-3.
Intereses a las cesantías	Legales del 12% anual o proporcionales por fracción (no sobre el saldo total de las cesantías)	Se liquidan sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

13.2. En virtud del artículo 5 del Decreto 3752 de 2003, se debe surtir un procedimiento operativo anual de liquidación con los recursos inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, el cual se compone de las siguientes etapas:

13.2.1. La elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG con cargo a los recursos de este último y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

13.2.2. Una vez definido el monto de la deuda a pagar y previa revisión del Ministerio de Hacienda, la Fiduprevisora S.A. comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.



13.2.3. El traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) al FOMAG.

13.2.4. En caso de que estos recursos no fueran suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta garantizar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

13.3. Lo anterior conlleva la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales y, en consecuencia, la consignación de las cesantías, debido a la forma en que se apropian los recursos que conforman el patrimonio autónomo antes descrito²². En lugar de ello, los educadores están facultados para retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley²³.

13.4. En relación con las cesantías de 2020, período respecto del que se alegó el incumplimiento en la consignación, la Fiduprevisora S.A. emitió el comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019, en el cual determinó que el plazo improrrogable para el reporte de las cesantías para todas las secretarías de educación era el 5 de febrero de 2020. Su omisión conllevaba la responsabilidad del ente territorial por las contingencias derivadas del retardo.

13.5. Tampoco hay lugar a acceder a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, pues no se encuentra regulada en la Ley 50 de 1990, sino en el ordinal 3, artículo 1 de la Ley 52 de 1975, de la que son destinatarios los trabajadores particulares. Por ende, el *a quo* incurrió en la vulneración del principio de inescindibilidad. Por el contrario, el procedimiento para el pago de los intereses a los beneficiarios del FOMAG se realiza en marzo, según lo descrito en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998²⁴. En este caso, la suma correspondiente a la vigencia reclamada se pagó el «31 de marzo del año 2021», de modo que no causó el derecho a indemnización alguna.

13.6. La sentencia apelada realizó una indebida interpretación de la jurisprudencia citada en la demanda. Es así, en atención a que, en la sentencia SU-098 de 2018, el municipio demandado no había afiliado al docente al FOMAG y en las providencias proferidas por el Consejo de Estado se declaró probada la excepción de prescripción; luego, no guardan identidad fáctica con el caso objeto de controversia.

13.7. En el asunto concreto, el demandante se encuentra afiliado al FOMAG desde el

²² De acuerdo con los artículos 8 de la Ley 91/89; 8 y 36 de la Ley 715/01; y 12 a 13 del Decreto 196 de 1995.

²³ En el evento en que queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

²⁴ «El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el seis (6) de febrero hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha, la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio».



15 de marzo de 2006, cuando se nombró en el municipio de Dosquebradas y está sometido al régimen especial docente (leyes 91 de 1989 y 812 de 2003). En consecuencia, no le es aplicable la Ley 50 de 1990.

14. **Julián David Quintero Agudelo** apeló la decisión de primera instancia²⁵, en cuanto la condena se impuso a cargo del FOMAG y no de la Nación – Ministerio de Educación Nacional. Al respecto, expuso lo siguiente:

14.1. Con la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989, la liquidación anualizada de cesantías comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara a partir del 1 de enero de 1990. Sin embargo, la norma no previó un límite para la consignación del auxilio en el respectivo fondo. Esta situación fue regulada por la Ley 50 de 1990, que dispuso que el empleador debía consignar el auxilio a más tardar el 14 de febrero de cada año.

14.2. Según el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, al FOMAG le corresponde pagar las prestaciones sociales de los docentes afiliados. Para cumplir con esta obligación, el artículo 8 de la misma ley dispone que el fondo está constituido, entre otros, por los aportes que le debe girar la Nación a más tardar el 30 de diciembre de cada año. Así lo ratificaron los artículos 9 del Decreto 2563 de 1990 y 18, parágrafo 1, de la Ley 715 de 2001.

14.3. Sin embargo, la Nación ha tomado ventaja de su posición dominante, por cuanto no hace el giro oportuno de los recursos con cargo a los cuales el FOMAG paga las prestaciones sociales a los docentes, entre ellas, las cesantías, y a pesar de que al fondo le corresponde velar por el cumplimiento de aquella obligación, no le exige al Ministerio de Educación Nacional el traslado de los aportes. Esta actuación genera la insolvencia del administrador y la imposibilidad de cubrir en forma oportuna las necesidades de sus afiliados.

14.4. En consecuencia, la entidad responsable del pago de las acreencias reclamadas es la Nación, Ministerio de Educación Nacional, pues su incumplimiento «irrumpe en contra de lo establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 50 de 1990 y la ley 715 de 2001».

1.5. La solicitud de unificación de jurisprudencia

15. Mediante auto del 30 de agosto de 2022²⁶, el Tribunal Administrativo de Risaralda dispuso la remisión del expediente a la Sección Segunda de esta Corporación²⁷, para que resolviera la solicitud de unificación de jurisprudencia presentada por el procurador 157 judicial II para asuntos de conciliación

²⁵ Archivo digital 25 de Samai.

²⁶ Archivo digital 003 de Samai, del proceso que cursa en segunda instancia en el Tribunal Administrativo de Risaralda.

²⁷ El 8 septiembre de 2022, visible en el índice 7 de Samai.



administrativa y coadyuvada por el FOMAG, de conformidad con lo regulado en el artículo 271 del CPACA.

16. El agente del Ministerio Público solicitó que por razones de importancia jurídica se unificara la jurisprudencia para determinar que a los docentes oficiales no les es aplicable la sanción por mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, salvo que el ente territorial omita su afiliación al FOMAG o que se retarde el traslado de los recursos al fondo, como sucedió en los casos analizados por la jurisprudencia de las altas cortes²⁸. Para sustentar su solicitud, expuso lo siguiente:

16.1. La sanción por mora prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es aplicable a los docentes afiliados al FOMAG, pues este difiere de las sociedades administradoras de cesantías, tal como se resume a continuación:

	Sociedades administradoras de fondos de cesantías	Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Naturaleza	Se rigen por el derecho privado	Es una cuenta – fondo especial a cargo de la Nación administrada por la Fiduprevisora S.A.
Objeto	Su objeto es la administración de los recursos aportados por terceros (empleadores), a favor de sus trabajadores para garantizar los rendimientos financieros sobre los saldos y su entrega bajo el cumplimiento de los presupuestos legales	Su objeto es el reconocimiento de la prestación social y es pagador directo
Sanción moratoria	El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la prevé a cargo del empleador que incumpla el plazo para la consignación de las cesantías	Dentro de este régimen especial, el legislador no previó la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías, ya que no se surte ese trámite.

16.2. La Corte Constitucional ha emitido los siguientes pronunciamientos:

16.2.1. En la sentencia C-928 de 2006, sostuvo que la diferencia en el tratamiento de los rendimientos sobre las cesantías de los beneficiarios del FOMAG no vulneraba el principio de igualdad, sino que dicho trato diferenciado buscaba protegerlos, por cuanto gozaban de un sistema especial acorde con la forma de ingreso y la labor que desarrollaban al servicio del Estado.

16.2.2. En la sentencia SU-098 de 2018, indicó que a los docentes oficiales no se les podía excluir de la aplicación de la sanción moratoria estipulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

16.3. La interpretación de la Corte en la última de las providencias señaladas se hizo alrededor de un marco fáctico distinto del analizado en el proceso de la referencia.

²⁸ Al respecto citó las siguientes: de la Corte Constitucional, sentencias C-928 de 2006, SU-098 de 2018 y SU332 de 2019.

Del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de enero de 2019, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01 (4854-2014), demandante: Álvaro Bonilla Guerrero, demandado: municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación.



Por esa razón debe reevaluarse la aplicación general de dicho criterio, pues conlleva desconocer la naturaleza del fondo y la finalidad de la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías. Las diferencias de orden fáctico y jurídico suscitadas son las siguientes:

	Sentencia SU-098 de 2018	Caso concreto (objeto de apelación)
Afiliación	El ente territorial omitió la afiliación del docente al FOMAG	El docente fue afiliado al FOMAG desde la fecha de posesión en el empleo
Garantía de goce de las cesantías	Se aplicó la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 en razón a la omisión administrativa, pues el fin de aquella es garantizar la disponibilidad de los recursos	Sí se garantiza la disponibilidad de los recursos pues el titular de la obligación es la Nación y en el FOMAG se reúne la calidad de administrador y pagador
Consecuencia jurídica derivada de la falta de afiliación	La condena recayó en el empleador que incumplió con la obligación legal de afiliación (Dec. 3752 de 2003, artículo 1, parágrafo 1)	No se imputa la omisión frente a la afiliación al fondo, por lo que no se puede predicar la misma consecuencia jurídica.

16.4. Tampoco resulta aplicable al caso concreto la regla de unificación establecida en la sentencia SU-332 de 2019 ni el fallo del Consejo de Estado citado en la providencia objeto de apelación²⁹. En la primera providencia, se discutió el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y, en la segunda, se estudió una situación disímil en la que se endilgó el incumplimiento del municipio en el traslado de las cesantías al momento de afiliar al docente al FOMAG.

16.5. En suma, es necesario que el Consejo de Estado unifique la jurisprudencia para determinar que al docente oficial no le es aplicable la sanción por mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, salvo que exista por parte del ente territorial i) omisión frente a la afiliación al FOMAG; o ii) retardo en el traslado de los recursos que dentro de la oportunidad deba girar al citado fondo, como sucedió en los casos analizados por la jurisprudencia de las altas cortes antes citadas.

16.6. El FOMAG coadyuvó la solicitud de unificación, por razones de importancia económica y jurídica, por el alto porcentaje de solicitudes a nivel nacional de docentes sin traslado a ese fondo (107) y con afiliación vigente (9.238).

1.6. Trámite en segunda instancia

17. Por medio de auto del 22 de junio de 2023³⁰, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Risaralda admitió el recurso de apelación y prescindió de la etapa de alegatos, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 247 del CPACA.

²⁹ Al respecto citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de octubre del 2020, radicación 08001-23-31-000-2014-00254-01(4960-17).

³⁰ Índice 10 de Samai.



18. La Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de auto del 24 de agosto de 2023³¹, avocó conocimiento para emitir sentencia de unificación de conformidad con el artículo 271 del CPACA, frente a la aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 por la falta de consignación de las cesantías anualizadas a los docentes al servicio del Estado.

1.7. Audiencia pública

19. El 7 de septiembre de 2023³² se llevó a cabo la audiencia pública potestativa prevista en el artículo 182B del CPACA, convocada mediante auto del 28 de agosto del mismo año³³, con las siguientes intervenciones:

19.1. El municipio de Dosquebradas, Secretaría de Educación, a través del secretario jurídico, se pronunció acerca de los insumos para la elaboración del proyecto de presupuesto de ingresos destinado a cubrir los gastos de la prestación del servicio docente, así como del procedimiento para la transferencia de los recursos del Sistema General de Participaciones³⁴ al ente territorial y al FOMAG con el fin de cubrir las prestaciones económicas del personal docente. Asimismo, en relación con la actuación desarrollada para la liquidación del auxilio de cesantías, su notificación a cada docente titular y la verificación de las afiliaciones al fondo a través del sistema de información «Humano» dispuesto para ese efecto.

19.2. El vicepresidente (e) del FOMAG³⁵ describió el procedimiento y la oportunidad para la elaboración del presupuesto destinado al pago de las obligaciones de sus afiliados por concepto de aportes patronales y aludió a la otra fuente de financiación que proviene de las entidades territoriales correspondiente al pasivo prestacional, las cuotas partes pensionales y de inscripción, entre otros.

19.3. Por conducto del coordinador de prestaciones sociales detalló el proceso de afiliación de los docentes al fondo³⁶ y el de liquidación de las cesantías que tiene lugar cada 31 de diciembre por parte de las 97 secretarías de educación certificadas. Este constituye el insumo para que, a partir de un cálculo aritmético, el FOMAG determine el monto a pagar como interés anual a cada docente sobre el valor acumulado de la prestación social, el cual puede ser verificado en la página web de la entidad. La vicepresidenta jurídica puntualizó que en la actualidad tienen 330.775 afiliados activos, 31.021 con régimen de cesantías retroactivo y 299.754 bajo el anualizado; y al 31 de agosto de 2023, existen 53.380 procesos vigentes en los que se pretende la aplicación de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990.

³¹ Índice 16 de Samai.

³² Registrada en el índice 56 de Samai. El link donde podrá ver la audiencia es el siguiente: <https://www.youtube.com/live/WWMRBghfSvQ?si=H1bA8llid7NT1I25p>

³³ Índice 12 de Samai.

³⁴ En lo sucesivo SGP.

³⁵ Además de la intervención en la audiencia, allegaron un escrito por el cual responden a los interrogantes planteados en el auto del 28 de agosto de 2023, el cual obra en el índice 36 de Samai.

³⁶ De conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 y los decretos 3752 del 2003 y 1072 del 2015.



19.4. Para contestar los interrogantes formulados a La Fiduprevisora S.A.³⁷ relacionados con los trámites realizados en el ejercicio de la apropiación de los recursos como administradora del patrimonio autónomo de la Nación y la liquidación del auxilio, intervinieron los mismos funcionarios del FOMAG.

19.5. El subdirector jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público expuso cómo se efectúa la distribución sectorial de los recursos del SGP y, en concreto, la transferencia con destinación específica para educación que realiza el Ministerio de Educación en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación a los entes territoriales. Las asesoras de la Dirección de Apoyo Fiscal desarrollaron el procedimiento de programación y apropiación de los recursos establecido en el artículo 85 de la Ley 715 de 2001 y, en concreto, señalaron que de acuerdo con el principio de legalidad del gasto solo pueden ejecutarse los gastos que estén incorporados, de manera que existe un rubro en los presupuestos generales de la Nación y de los entes territoriales, según corresponda, para el pago de los intereses por mora y sanciones, siempre que haya lugar a ellos³⁸.

19.6. Los delegados del Ministerio de Educación Nacional³⁹ explicaron las razones que justifican los desajustes en el giro mensual de las transferencias del sector central al descentralizado con ocasión de los traslados de aportes patronales, previsión social y cesantías, así como los mecanismos disponibles para alcanzar el balance mensual e inclusive anual. Además, se refirieron al servicio de asistencia técnica que brinda el Ministerio de Educación para la guía en la administración de sus recursos y las estrategias de monitoreo, seguimiento y control al gasto que se ejecuta con los recursos del SGP (Decreto Ley 28 de 2008).

19.7. Las sociedades administradoras de cesantías intervinieron a través del vicepresidente jurídico de Colfondos S.A., la líder de operaciones de Protección S.A. y el especialista de estrategia judicial de Porvenir S.A.⁴⁰, quienes describieron el sistema de liquidación de cesantías y las actuaciones que deben ejercer los afiliados ante el incumplimiento del empleador en el plazo para la consignación en la cuenta individual.

19.8. El director de defensa jurídica nacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)⁴¹ especificó que la principal causa de litigiosidad del FOMAG es la concerniente a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990⁴², incrementada de manera sustancial en 2022 con 36.639 procesos.

³⁷ Ib. 32.

³⁸ También se allegó escrito registrado en el índice 37 de Samai.

³⁹ El Ministerio de Educación intervino a través del profesional especializado y el asesor de la oficina de Planeación y Finanzas.

⁴⁰ Porvenir remitió escrito que obra en el índice 27 de Samai.

⁴¹ Escrito allegado en el índice 44 de Samai.

⁴² Al respecto, reportó 51.068 procesos activos con corte al 31 de agosto de 2023, según el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – EKOGUI.



20. Igualmente, intervinieron los siguientes sujetos procesales:

20.1. El demandante⁴³ insistió en que la Nación, Ministerio de Educación Nacional en calidad de empleador debe «procurar el cuidado de los recursos» para que el FOMAG «consigne a más tardar el 15 de febrero de cada año, el valor de la liquidación anual de las cesantías de los docentes nacionales y aquellos vinculados después del 1 de enero de 1990», por tratarse de servidores públicos, en armonía con lo establecido en el Decreto 1252 del 2000. Agregó que, al efecto, el citado fondo puede hacer los trámites presupuestales para cambiar de manera expedita la destinación de los recursos que fueron declarados en la audiencia pública como excedentes financieros por la suma de 2.3 billones de pesos.

20.2. Igualmente, indicó que se debe «inaplicar el Acuerdo 39 de 1998», para determinar que por razones de jerarquía normativa tienen derecho al reconocimiento de la indemnización prevista en la Ley 52 de 1975, «los docentes que logren demostrar que realizaron la reclamación administrativa antes del 7 de septiembre de 2023, momento en que se hizo de público conocimiento para todos los docentes porque [en esa fecha] se llevó a cabo la audiencia del artículo 182B del CPACA» en el proceso de la referencia.

20.3. La Nación, Ministerio de Educación Nacional, FOMAG⁴⁴ reiteró las diferencias sustanciales entre el sistema de administración regulado en la Ley 91 de 1989 frente al de la Ley 50 de 1990, en cuanto a la naturaleza de los fondos y los intereses a las cesantías, lo cual deviene del régimen especial en materia prestacional del que son beneficiarios los docentes del sector oficial.

20.4. La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado⁴⁵ solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negaran, por improcedentes, las pretensiones de la demanda. Aunado a ello, pidió que se sentara una línea jurisprudencial en el sentido de indicar que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 52 de 1975⁴⁶ no son aplicables a los afiliados al FOMAG, quienes cuentan con un régimen especial establecido por el legislador en la Ley 91 de 1989 en el que no existe una consignación del auxilio de cesantías en una cuenta individual, sino que los recursos son administrados bajo el principio de unidad de caja y están disponibles para el pago según el procedimiento especial. En consecuencia, lo pretendido por el demandante implicaría un cambio normativo y una doble sanción frente a una misma circunstancia.

20.5. Lo anterior, con excepción de las situaciones en que el ente territorial haya omitido la afiliación del empleado público al FOMAG o si aun cuando ello ocurrió se

⁴³ Allegó escrito registrado en el índice 65 de Samai.

⁴⁴ La entidad demandada también allegó un memorial que obra en el índice 47 de Samai.

⁴⁵ Índice 51 de Samai.

⁴⁶ Al respecto citó al Consejo de Estado. Sentencias del 17 de julio del 2023, proferida dentro del expediente 11001-03-15-000-2023-00965-01 (AC) y del 8 de junio de 2023, en el proceso 11001-03-15-000-2023-02369-001 (AC).



demuestre una omisión o tardanza en el traslado de los recursos girados al fondo, por ejemplo, el pasivo de las cesantías.

20.6. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) reiteró lo expuesto en su intervención inicial y frente a la afirmación de la parte demandante atinente a que a los docentes se les aplica la Ley 50 de 1990 por disposición del Decreto 1252 del 2000, indicó que hay dos normas posteriores que ratifican que los docentes sí son beneficiarios de un régimen especial en materia de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989, a saber, la Ley 812 de 2003 que contiene el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006 y el Decreto 3752 del 2003, reglamentario del artículo 81 de esa ley.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

21. De conformidad con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011⁴⁷, el Consejo de Estado podrá asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo que ameriten la expedición de una sentencia por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; lo cual puede hacer de oficio, a solicitud de parte, por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

22. Igualmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo

⁴⁷ Artículo modificado por el artículo 79 de la Ley 2080 de 2021. «Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria. Dicho conocimiento podrá asumirse de oficio; por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, o de los tribunales; a solicitud de parte, o por solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia.

[...] Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias y autos de unificación en esos mismos eventos, en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación, de los despachos de los magistrados que las integran, o de los tribunales, según el caso. Las decisiones que pretendan unificar o sentar jurisprudencia sobre aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado, solo podrán ser proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo [...]».



previsto en los artículos 13⁴⁸ y 14⁴⁹ del reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 080 de 2019).

2.2. De la necesidad de unificar jurisprudencia

23. Por medio de auto del 24 de agosto de 2023, la Sala avocó el conocimiento del proceso de la referencia con el fin de unificar su jurisprudencia. Al respecto se advirtió que, hasta el 2018, existió una posición pacífica en las decisiones adoptadas por las Subsecciones A y B, en relación con las reclamaciones de reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes estatales. En tales providencias, se consideró que no se cumplían con los supuestos del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, para extenderles el reconocimiento de la aludida penalidad.

24. A partir de 2020, surgió un cambio jurisprudencial para dar aplicación al precedente de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-098 de 2008, según el cual los docentes tienen derecho a la sanción de la Ley 50 de 1990, con el fin de que puedan disponer del auxilio de cesantías en cualquiera de los eventos que la ley lo determina, esto es ante el desempleo, para financiar la educación propia o de su núcleo familiar y la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a vivienda. Sin embargo, en la sentencia SU-573 de 2019, la Corte indicó que el criterio contenido en la sentencia SU-098 de 2008 no es vinculante en los casos en los que se debaten estas mismas reclamaciones presentadas por los docentes afiliados al FOMAG, ya sea desde la vinculación al servicio docente o en los años posteriores, comoquiera que no guardan similitud fáctica y jurídica.

25. A continuación, se resumen⁵⁰ las posiciones jurisprudenciales frente a esta temática, clasificada según el supuesto fáctico relacionado con la afiliación o no del docente oficial al FOMAG:

⁴⁸ «Artículo 13.-Distribución de los procesos entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

[...]

Sección Segunda

[...] 2. Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo. [...]

⁴⁹ «Artículo 14.- Otros asuntos asignados a las secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para: [...] 2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. [...]

⁵⁰ El resumen se realiza con una metodología aproximada a la propuesta en: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. 2da Edición*. Bogotá. Legis Editores S. A., 2021.



25.1. Sentencias proferidas respecto de docentes no afiliados al FOMAG

Problema jurídico		
¿Los docentes oficiales NO AFILIADOS al FOMAG tienen derecho a la sanción moratoria por la falta de consignación del auxilio de cesantías anualizadas, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990?		
<p>Tesis 1: Niega No le es aplicable al personal docente oficial la Ley 50/90, debido al régimen excepcional previsto en la Ley 91/89, pues el Dec.1582/98 solo lo extendió a los empleados del orden territorial que ingresaron a partir del 31/12/96 y que estuvieran afiliados a fondos privados.</p>	<p>Δ Sección Segunda Sub. B, (4854-14) del 27/7/17</p> <ul style="list-style-type: none"> • SU-098 del 17/10/18. Deja sin efectos fallo del 27/07/17 (4854-14) <p>Δ Sección Segunda Sub. B (4854-14) del 24/01/19 Cumple orden de tutela SU-098/18</p>	<p>Tesis 2: Accede Se les debe aplicar la Ley 50/90, debido a su calidad de empleados públicos.</p>

26. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los docentes cuya afiliación al FOMAG fue omitida durante toda la relación laboral son destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y su pago es responsabilidad del ente territorial, según el artículo 1, parágrafo 1, del Decreto 3752 de 2003.

27. Sentencias de docentes afiliados al FOMAG con posterioridad a su ingreso al servicio público

27.1. En el 2019, se profirieron decisiones disímiles al interior del Consejo de Estado en acciones de tutela contra algunas de las anteriores providencias judiciales, las cuales se resumen en el siguiente cuadro:

Sentencias de tutela del Consejo de Estado	
Tesis 1: Niega	Tesis 2: Accede
Δ Sección Quinta 2018-03408-01 del 9/05/19 (AC)	Δ Sección Primera, 2018-4679-01 del 9/05/19 (AC)
Δ Sección Tercera, Sub B, 2018-03214-01 del 10/7/19 (AC)	
Δ Sección Segunda Sub A, 2018-03440-01 del 25/7/19 (AC)	Δ Sección Tercera, Sub C, 2018-03499-01 del 29/07/19 (AC)
Δ Sección Quinta, 2018-03270-01 del 8/08/19 (AC)	
Δ Sección Segunda, 2023-02369-01 del 8/6/23	



Δ Sección Tercera, 2023-00965-01 del
17/7/23 (AC)

28. La posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente a estos docentes afiliados al FOMAG luego de transcurridos 2 o 3 años luego de su ingreso al servicio educativo, se resume a continuación:

Problema jurídico	
¿Los docentes oficiales AFILIADOS al FOMAG tienen derecho a la sanción moratoria por la falta de consignación del auxilio de cesantías anualizadas, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990?	
Tesis 1: No	Tesis 2: Sí
Δ Sub B (3583-15) del 14/06/18	
Δ Sub B (3472-15) del 14/06/18	
Δ Sub B (0406-16) del 19/07/18	
Δ Sub B (2092-16) del 08/08/18	
Δ Sub B (5172-16) del 13/08/18	
Δ Sub B (1653-16) del 24/08/18	
Δ Sub B (0228-16) del 05/09/18	
Δ Sub B (0345-16) del 05/09/18	
Δ Sub B (0324-16) del 07/09/18	
Δ Sub A (0375-16) del 25/10/18	
	Declara prescripción (no hay condena)
	Δ Sub A (0375-16) del 22/08/19 Cumple orden de tutela
	Δ Sub A (0324-16) del 10/07/20 Cumple orden de tutela
	Δ Sub B (3104-17) del 27/08/20
	Δ Sub B (2874-17) del 27/08/20
	Δ Sub B (1824-16) del 27/08/20
	Δ Sub B (4966-17) del 27/08/20
	Δ Sub B (2734-17) del 27/08/20
	Δ Sub B (2253-17) del 27/08/20
	Δ Sub A (2286-18) del 29/10/20
	Δ Sub A (1938-17) del 29/10/20
	Δ Sub A (3110-17) del 29/10/20
	Δ Sub A (4434-19) del 29/10/20
	Δ Sub A (3402-15) del 30/10/20
	Δ Sub A (2864-17) del 05/11/20
	Δ Sub A (1689-18) del 12/11/20
	Δ Sub B (5156-16) del 13/11/20
	Δ Sub B (0041-18) del 13/11/20
	Δ Sub A (4505-17) del 03/12/20
	Δ Sub A (2881-17) del 03/12/20
	Δ Sub A (0247-17) del 03/12/20
	Δ Sub A (2475-17) del 03/12/20
	Δ Sub A (0197-17) del 03/12/20
	Δ Sub A (4979-17) del 17/06/21
	Δ Sub B (5865-19) del 17/06/21
	Δ Sub A (3157-19) del 19/08/21
	Δ Sub A (2660-20) del 03/03/22



△ Sub A (0231-20) del 03/11/22

△ Sub B (0727-21) del 19/01/23

Accede parcialmente

△ Sub A (4470-21) del 19/01/23. Condenó al pago de la sanción moratoria por los años 2006 a 2009. Declaró prescripción frente al 2004 y 2005

29. En suma, hasta el 2018 la jurisprudencia del Consejo de Estado mantuvo la posición de negar la aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FOMAG (tesis 1), pero como efecto de la sentencia SU-098 de 2018 surgió un cambio jurisprudencial que definió su extensión en razón a su calidad de empleados públicos y, en esa medida, exigirle al fondo la afiliación y consignación oportuna, ya que esta última es la que garantiza el acceso a la prestación social -auxilio de cesantías-. (tesis 2).

30. Sin embargo, tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia SU-573 de 2019, la regla jurisprudencial fijada en la sentencia SU-098 de 2018 constituye precedente en el evento en que se omita la afiliación del docente al FOMAG, de modo que en aquellos casos en que se pretende la sanción por la falta de consignación de las cesantías a los beneficiarios del señalado fondo, no existe una providencia de unificación con efectos vinculantes que pueda aplicarse a las situaciones con similitud fáctica y jurídica.

2.3. Los problemas jurídicos

31. Se circunscriben a resolver los siguientes interrogantes:

¿Los docentes al servicio del Estado son destinatarios de la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías anualizadas prevista en el artículo 99 (numeral 3) de la Ley 50 de 1990?

32. Con fundamento en lo anterior, se debe resolver si

¿Julián David Quintero Agudelo tiene derecho a la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la falta de consignación de las cesantías causadas en el 2020?

¿El demandante tiene derecho a una indemnización moratoria en relación con los intereses a las cesantías pagados en marzo de 2021?

33. Para resolver los planteamientos propuestos, se abordarán las siguientes temáticas: i) generalidades de las cesantías; ii) regímenes de liquidación de la prestación social y los sistemas de administración de cada uno de ellos; iii) sistema



de la Ley 91 de 1989; iv) sistema de la Ley 50 de 1990; v) comparación del sistema de la Ley 50 de 1990 y el de los docentes oficiales previsto en la Ley 91 de 1989; vi) compatibilidad de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con el sistema administrado por el FOMAG; vii) regla jurisprudencial; viii) el caso concreto; y ix) los efectos en el tiempo de esta providencia.

2.4. Generalidades de las cesantías

34. El 4 de junio de 1934 la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por medio del Convenio 44 «sobre el desempleo» estableció la obligación atinente a la determinación de «un sistema que garanti[zara] a los desempleados involuntarios» una **indemnización** equivalente a una cantidad devengada con motivo de las cotizaciones abonadas en virtud del empleo del beneficiario afiliado a un sistema obligatorio/voluntario o, un **subsidio** -no un socorro- en la medida en que no dependía del estado de necesidad del solicitante, constituido por una remuneración que se otorgaría en las condiciones fijadas por la legislación nacional, siempre que la pérdida del empleo no se hubiera generado como consecuencia de la suspensión del trabajo causada por un conflicto de trabajo, por su propia culpa o por abandono, y con el fin de obtenerla de forma fraudulenta.

35. El Convenio 44 de la OIT y los expedidos con posterioridad, sobre la protección contra el desempleo no fueron ratificados por Colombia y en ese sentido no integran el bloque de constitucionalidad⁵¹. Sin embargo, el 20 de noviembre de 1934, se expidió la Ley 10⁵² que previó una **indemnización** originada por la terminación del contrato de trabajo, de acuerdo con el fin de protección al desempleo señalado por esa organización internacional. En aquella se estableció por primera vez la obligación de «extender por escrito» el contrato de trabajo en el sector privado⁵³, y en el artículo 14 señaló las concesiones y auxilios para los trabajadores particulares, dentro de los cuales incluyó el de cesantía, equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que prestaran y proporcional por las fracciones de año. Este pago tenía un carácter indemnizatorio en caso de despido sin justa causa o de

⁵¹ También se encuentran otros convenios de la OIT orientados a que los sistemas de seguridad social brinden una ayuda al empleo y un apoyo económico a las personas desempleadas por razones involuntarias, entre ellos, el 102 «sobre la seguridad social (norma mínima)» de 1952, que fijó un nivel de protección conocido como «régimen de indemnización de desempleo» destinado a cubrir la contingencia derivada de la suspensión de las ganancias ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida apta y disponible para trabajar, según el período de cotización o las prestaciones recibidas durante la relación laboral (parte IV, arts. 19 – 24).

Con base en este, la OIT adoptó el Convenio 168 de 1988 «sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo» de una persona apta y disponible para trabajar efectivamente, cuyo ámbito se amplió no solo a la pérdida de las ganancias (total), sino también a la reducción de aquellas (parcial), inclusive sin terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos y en función de los recursos del beneficiario y de su familia para garantizar condiciones vida saludables y dignas, según lo dispuesto en las normas nacionales (arts. 10, 12, 16).

⁵² «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados».

⁵³ Artículo 13 de la Ley 10 de 1934.



terminación del contrato por vencimiento del plazo. Con esta misma naturaleza, las leyes 95 de 1941, 56 de 1942 y 3 de 1943 ampliaron el pago a algunos obreros y trabajadores dedicados a obras públicas.

36. La Ley 6 de 1945⁵⁴, en el artículo 12, literal f), previó las cesantías como una prestación a cargo del patrono y, adicional a ello, les otorgó la posibilidad a los trabajadores de adquirir las sumas acumuladas por ese concepto cada tres años de labor continua o discontinua. El beneficio se extendió con la expedición de la Ley 65 de 1946⁵⁵ a los empleados públicos tanto del nivel nacional como del territorial y a los trabajadores particulares, con independencia de la causa del retiro, a partir del 1 de enero de 1942⁵⁶. Para su liquidación se computaría no solo el salario fijo sino «[...] lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios». De este modo, el legislador le sustrajo el carácter sancionatorio frente al empleador e indemnizatorio para el trabajador.

37. Con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo⁵⁷, a través del Decreto 2663 de 1950, se buscó la justicia en las relaciones laborales en el marco de la coordinación económica y equilibrio social. Este estatuto definió varios de los principios que aún en la actualidad inspiran la interpretación de las fuentes del derecho laboral, entre ellos, la garantía de un mínimo de derechos irrenunciables en favor de los trabajadores. En este contexto, el auxilio de cesantía fue previsto dentro del título de prestaciones patronales comunes, entendido como un ahorro forzoso destinado a cubrir el riesgo o contingencia derivada de la finalización del contrato de trabajo, a fin de que atendiera sus necesidades mientras se encontrara cesante⁵⁸.

38. El ámbito de protección de esta prestación se amplió y se admitió su pago no solo para contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva (cesantías definitivas), sino también para satisfacer ciertos requerimientos de educación y vivienda, así como las de su núcleo familiar⁵⁹ (retiros parciales de cesantías). De ahí se deriva para el empleador la obligación de liquidar las cesantías de forma oportuna y en la cuantía legal debida.

39. Si bien el artículo 249 del CST ya contaba con una prestación social a cargo del empleador denominada auxilio de cesantías, cuyo propósito es que los cesantes

⁵⁴ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo».

⁵⁵ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»

⁵⁶ Artículo 1 de la Ley 65 de 1946.

⁵⁷ En adelante CST.

⁵⁸ «Artículo 249. Regla General. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año».

⁵⁹ En el régimen del Derecho laboral individual, el artículo 102 de la Ley 50 de 1990 permite al trabajador retirar las sumas abonadas en su cuenta por concepto de cesantías; y en Derecho laboral administrativo, la posibilidad de retiros parciales fue prevista en la Ley 1071 de 2006.



cuenten con unos recursos que les permitan asegurar la subsistencia durante el periodo de desempleo, con la Constitución Política de 1991, se estableció el principio de dignidad humana y una política social y económica justa perseguida por el Estado social de derecho. Una de sus manifestaciones, es que todas las personas tengan derecho a condiciones mínimas para subsistir entendidas como mínimo vital.

40. En el ámbito laboral también se especificaron unos principios mínimos irrenunciables, entre ellos, la igualdad de oportunidades para los trabajadores, la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la estabilidad en el empleo, la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, así como la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

41. En relación con el fundamento normativo Superior de las cesantías, la Corte Constitucional⁶⁰ ha señalado que se encuentra soportado en los artículos 42 y 48 de la Constitución Política y que se trata de una figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador.

42. Asimismo, se ha reconocido que el auxilio de cesantías es una de las prestaciones sociales más importantes para los trabajadores y sus familias, por haberse instituido como un respaldo económico para que sus titulares accedan a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de su calidad de vida. En la sentencia C-823 de 2006⁶¹, luego de reseñar el paso de indemnización a prestación social, resaltó su connotación de apoyo para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población trabajadora y su núcleo familiar.

43. De conformidad con lo establecido por el máximo tribunal constitucional y los instrumentos internacionales⁶², el auxilio de cesantías es una prestación de la seguridad social que de manera conjunta -durante la vigencia del vínculo laboral y al momento del retiro-, responde a un beneficio mínimo establecido en la normativa laboral, el cual adquirió la condición de irrenunciable por mandato del artículo 53 constitucional.

2.5. Regímenes de liquidación y sistemas de administración de las cesantías

⁶⁰ Sentencia C-171 de 2020.

⁶¹ En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal b) del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo, que establecía la exclusión de los trabajadores ocasionales del pago del auxilio de cesantía, pues vulneraba la especial protección constitucional al trabajador.

⁶² Convenios de la OIT 44 de 1934, 102 de 1952 y 168 de 1988.



44. Como se expuso, una vez se concedió al auxilio de cesantías el carácter de prestación exigible a la terminación de la relación laboral, su liquidación se efectuaba bajo un régimen denominado retroactivo, «a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio»⁶³, tal como fue previsto en las leyes 6 de 1945, 65 de 1946 y en el artículo 249 del CST. Los servidores públicos y trabajadores particulares que accedieron a este conservaron la posibilidad de mantenerlo, salvo manifestación escrita de traslado a los regímenes creados más adelante⁶⁴.

45. Los miembros de la fuerza pública también se encontraban sometidos a la liquidación retroactiva establecida en los artículos 162 del Decreto 1211 de 1990⁶⁵, 143 del Decreto 1212 de 1990⁶⁶, 103 del Decreto 1213 de 1990⁶⁷ y 96 del 1214 de 1990⁶⁸, según el caso. Esto debido a que el pago de esta prestación ocurre por una sola vez al momento del retiro del servicio activo por cualquier causa y es equivalente a un mes de los haberes correspondientes al grado por cada año de servicio o fracción de seis meses.

46. Este régimen tradicional de liquidación de cesantías acogió a los empleados del sector público y privado de manera uniforme hasta la expedición del Decreto 3118 de 1968, cuando se creó el Fondo Nacional del Ahorro⁶⁹ como un establecimiento público al cual debían afiliarse de forma obligatoria los empleados públicos y trabajadores oficiales de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, así como de las empresas industriales y comerciales del estado del orden nacional. La excepción a esta regla estaba constituida por los miembros de las cámaras legislativas y sus empleados, los miembros de la fuerza pública, así como el personal civil del ramo de la Defensa Nacional (artículos 3 y 4 del Decreto 3118 de 1968). Para los afiliados obligatorios del FNA, el Decreto 3118 de 1968 introdujo un sistema de liquidación anualizado del auxilio de cesantías. Sin embargo, la norma no impuso la misma condición para los trabajadores que se vincularan a dicha entidad de forma voluntaria.

47. Más adelante, la Ley 33 de 1985 dispuso que, quienes ingresaran a la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, a partir del 1.º de enero de ese mismo año, se registrarían por el Decreto 3118 de 1968 y las normas que lo adicionaran y reglamentaran, en lo relacionado con la liquidación y pago de las cesantías.

⁶³ De conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 de la Ley 10 de 1934, 1 del Decreto 2767 de 1945; 45, literal a), de la Ley 6 de 1945; 1 de la Ley 65 de 1946; y 1, 2, 5 y 6 del Decreto 1160 de 1947.

⁶⁴ Según lo dispuesto en los artículos 98 de la Ley 50 de 1990, 5 de la Ley 432 de 1998, 2 del Decreto 1252 de 2000 y 3 del Decreto 1919 de 2002, entre otros.

⁶⁵ «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares»

⁶⁶ «Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional»

⁶⁷ «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional»

⁶⁸ «Por el cual se reforma el Estatuto y el Régimen Prestacional del Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional»

⁶⁹ En lo que sigue FNA.



48. Dentro de este régimen anualizado, que en esencia se mantiene a pesar de la transformación de naturaleza jurídica del FNA a la de empresa industrial y comercial del Estado, ordenada por la Ley 432 de 1998⁷⁰, el señalado fondo tiene como objeto la administración de los recursos de las cesantías de determinados empleados públicos y trabajadores oficiales, así como su protección contra la depreciación monetaria y el reconocimiento de intereses. Todo ello, en aras de contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado. La viabilidad de este último propósito se garantizó al otorgarle la posibilidad de conceder préstamos con garantía hipotecaria y educativos para los afiliados, su cónyuge, compañero (a) permanente e hijos mediante convenios interadministrativos con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y de Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex)⁷¹.

49. El 29 de diciembre de 1989, se profirió la Ley 91 que dio origen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y determinó un sistema anualizado para los docentes estatales, que impuso la liquidación del auxilio a 31 de diciembre de cada año, aplicable a quienes se vincularan a partir del 1 de enero de 1990 y los nacionales que ingresaron con anterioridad, pero solo con respecto de las cesantías que se causaran desde esa fecha.

50. Asimismo, dentro del enfoque de apertura económica iniciado por el gobierno nacional en 1990⁷², con el fin de incrementar la productividad de capital y la inversión colombiana en la competencia internacional, la Ley 50 de 1990 implantó un nuevo sistema en materia del derecho individual y colectivo. Su intención fue la de crear nuevas unidades de producción, entre ellas, las cesantías administradas bajo otro sistema por medio de instituciones financieras de carácter especializado con el objeto de capitalizar sus rendimientos.

51. Este modelo se extendió al sector público con ocasión del artículo 13 de la Ley 344 de 1996⁷³, expedida para la racionalización del gasto público, el cual determinó que «[s]in perjuicio de»⁷⁴ los derechos convencionales y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, las personas que se vincularan al Estado a partir de su entrada en vigor⁷⁵ tendrían un régimen de cesantías de liquidación anual y definitiva cada 31 de diciembre, en armonía con las demás normas legales vigentes sobre esa prestación del correspondiente órgano estatal.

⁷⁰ «Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.»

⁷¹ Según lo dispuesto en la Ley 432 de 1998, por la cual se transformó la naturaleza del FNA a Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

⁷² Ver: «La Revolución Pacífica. Plan de Desarrollo Económico y Social 1990 – 1994». Prólogo recuperado de https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/pnd/gaviria_prologo.pdf

⁷³ Reglamentado por el Decreto 1582 de 1998.

⁷⁴ Según el Diccionario de la Real Academia Española la locución adverbial *sin perjuicio de* significa «dejando a salvo» o «sin ir en detrimento o en contra de». El Diccionario de uso del español dice que es una «expresión concesiva de sentido semejante a aunque», y el Gran diccionario de uso del español actual le asigna como sentido «sin ir en detrimento o en contra de».

⁷⁵ 31 de diciembre de 1996.



52. De acuerdo con lo anterior, esta última norma no afectó ni contrarió en modo alguno las reglas que gobernaban a los docentes oficiales, quienes ya eran beneficiarios de la liquidación anualizada del auxilio, por disposición de la citada Ley 91 de 1989.

53. Más adelante, el Decreto reglamentario 1582 de 1998⁷⁶ fijó como regla general para los empleados públicos del nivel territorial la liquidación anual y la aplicación del régimen previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 si se afiliaban a los fondos privados; o el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998, en caso de afiliación al FNA.

54. Luego, el Decreto 1252 de 2000⁷⁷, expedido en desarrollo de los principios generales establecidos en la Ley 4 de 1992, previó que los empleados públicos, trabajadores oficiales y miembros de la fuerza pública que se vincularan al servicio del Estado a partir del 30 de junio de 2000⁷⁸ «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», incluso si en la entidad u organismo existía un régimen especial sobre tal prestación social, con excepción de quienes disfrutaban de la retroactividad de las cesantías antes del 25 de mayo de 2000.

55. En concordancia con lo anterior, el Decreto 1919 de 2002⁷⁹ extendió el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional a los servidores del orden territorial, con la salvedad de que los beneficiarios del régimen retroactivo continuarían disfrutándolo⁸⁰.

56. De acuerdo con lo expuesto, el auxilio de cesantías como prestación social inicialmente se liquidó de forma retroactiva y las sumas reconocidas por ese concepto eran entregadas al trabajador particular o servidor público al momento de la finalización de la relación laboral. Sin embargo, en aras de saldar el déficit habitacional a nivel nacional, con la creación del FNA en 1968, se transformó de manera progresiva a una modalidad anualizada, proceso que se continuó, con la expedición de la Ley 91 de 1989, para los docentes estatales. Un año después la Ley 50 de 1990 dispuso lo propio para los trabajadores del sector privado, que luego fue extendida a los servidores públicos del nivel territorial, con la Ley 344 de 1996, y nacional, con el Decreto 1252 de 2000.

⁷⁶ «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».

⁷⁷ «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública».

⁷⁸ Fecha de entrada en vigor del Decreto 1252 del 2000.

⁷⁹ «Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial».

⁸⁰ Artículo 3 del Decreto 1919 de 2002.



57. Estas dos formas de liquidación del auxilio, retroactiva y anualizada, son las que delimitan el concepto del *régimen de cesantías*. De aquí que el artículo 98 de la Ley 50 de 1990 los identificó así:

«Artículo 98.- El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.
2. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.
[...]

58. Conviene precisar que, si bien en algunas oportunidades la jurisprudencia ha partido del concepto de *régimen* entendido como el «conjunto de normas por las que se rige una institución, una entidad o una actividad»⁸¹, también es cierto que esta no es la única acepción posible del término⁸². Esta aclaración resulta necesaria en materia de cesantías, teniendo en cuenta que, dentro del conjunto de trabajadores sometidos a una misma forma de liquidación de la prestación, algunos reciben un trato diferenciado por las normas que los regulan a partir de criterios tales como la naturaleza de la vinculación laboral, el tipo de actividades a las que se dedican y la entidad que administra sus recursos. Esta situación en muchas oportunidades lleva a afirmar que están cobijados por un *régimen especial* de cesantías con liquidación anualizada.

59. En general, la mencionada denominación tiene como referente el ente administrador, pues por lo regular, cada uno está sometido a las disposiciones particulares, es este precisamente el caso del FOMAG y el FNA. Incluso, la misma Ley 50 de 1990, en el numeral 2 del citado artículo 98, prescribe que en dicha norma se creó un *régimen especial*, aunque la referencia es al anualizado, que en otras oportunidades también se le ha denominado como el *régimen general* porque comprende a la mayoría de los servidores. Así las cosas, la especialidad no se predica del régimen sino del *sistema de administración de cesantías*, determinado por el conjunto de reglas que les son aplicables a cada uno de ellos.

⁸¹ En este sentido, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de octubre de 2019, radicación: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015)

⁸² En efecto, la RAE contiene las siguientes definiciones de *régimen*:

- «1. m. Sistema político por el que se rige una nación.
2. m. Conjunto de normas por las que se rige una institución, una entidad o una actividad.
3. m. Conjunto de normas que regulan la cantidad, el tipo y la distribución de los alimentos que debe tomar una persona, generalmente por motivos de salud.
4. m. Conjunto de características regulares o habituales en el desarrollo de algo. El régimen de lluvias no ha cambiado en los últimos años.
5. m. Gram. rección.
6. m. Gram. Término regido por otro. El régimen del verbo confiar es la preposición en.
7. m. Technol. Estado de una máquina o dispositivo cuando funciona de un modo regular y permanente.»



60. En ese orden de ideas, la delimitación de un régimen de cesantías parte de un elemento en común e imprescindible en todos los casos, esto es la *forma de liquidación*. De ello se desprende que, en el caso colombiano existen dos regímenes, el retroactivo y el anualizado. En cuanto a las particularidades que llevan a un tratamiento normativo especial, es posible determinar que aquellas están definidas en función del sistema de administración al que están sometidos los recursos y su relación con el régimen es la de especie a género.

61. Según lo expuesto, se plantea el siguiente esquema de los regímenes de cesantías:

Régimen	Normas	Afiliados
RETROACTIVO	Ley 10 de 1934	Servidores públicos y trabajadores particulares en general
	Ley 6 de 1945	
	Ley 65 de 1946	
	Decreto 2663 de 1950 (Ley 52 de 1975)	Trabajadores particulares
	Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990	Policía Nacional y Fuerzas Militares, incluido el personal civil

Régimen	Sistemas de administración	Afiliados	
ANUALIZADO	FNA	(establecimiento público) - Decreto 3118 de 1968	<u>Obligatorios:</u> servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. <u>Excepciones:</u> miembros de las cámaras legislativas y sus empleados, los miembros de la fuerza pública y el personal civil del sector defensa
		(E.I.C.E.) - Ley 432 de 1998	<u>Obligatorios:</u> servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. <u>En forma voluntaria:</u> los demás servidores públicos y particulares. <u>Excepciones:</u> miembros de la fuerza pública, el personal civil del sector defensa y los afiliados al FOMAG.
	FOMAG (patrimonio autónomo de la Nación) - Ley 91 de 1989	Docentes estatales	
	Fondos administradores de cesantías (sociedad anónima) - Ley 50 de 1990	Trabajadores particulares con contrato de trabajo vigente desde 1/1/91 y en el sector público, quienes se vinculen a los órganos y entidades del Estado desde el 28/12/1996 (Ley 344/96)	

62. De igual manera, las características de cada uno de los sistemas dentro del régimen de liquidación anual permiten identificar los aspectos disímiles entre ellos. En primer lugar, todos comparten elementos tales como una entidad administradora, la cuantía y fecha en la que se debe liquidar el auxilio, así como una regulación sobre el traslado de los recursos al fondo administrador, esta información se sintetiza de la siguiente manera:



RÉGIMEN ANUALIZADO				
SISTEMA	Entidad administradora de cesantías	Cuantía para su liquidación	Fecha de liquidación	Traslado de los recursos al administrador
Ley 91 de 1989	FOMAG (art. 4)	Un mes de salario por cada año de servicio o proporcional (art. 19-3)	31 de diciembre (art. 19-3)	Transferencia mensual de recursos sin situación de fondos
Ley 50 de 1990	Fondos de cesantía (artículos 99-6 Ley 50/90 y 35 de la Ley 1328/98)	Un mes de salario por cada año de servicio o proporcional (art. 99-1)	31 de diciembre (art. 99-1)	Antes del 15 de febrero del año siguiente a la liquidación, en la cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija (art. 99-3)
Ley 432 de 1998 Servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional	FNA (art. 5 de la Ley 432/98)	Un mes de salario por cada año de servicio o proporcional (art. 29 Dec. 3118/68)	31 de diciembre (art. 27 Dec. 3118/68)	Transferencias - mensuales del valor total de los factores salariales base para liquidar las cesantías; y - anual: del valor liquidado en febrero, de acuerdo con los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago (arts. 34, 49 del Dec. 3118/68 y 6 de la Ley 432/98)
Ley 432 de 1998 Servidores públicos del orden territorial y trabajadores particulares	FNA (arts. 5, 6 - parág. y 8 de la Ley 432 de/98)	Les aplica el régimen del art. 99 de la Ley 50/90, en lo relacionado con las fechas de transferencia de cesantías y demás normas reglamentarias, que modifiquen o sustituyan (Ley 432/98, art. 6 - parág.)	31 de diciembre (Ley 50/90, art. 99-1)	Los empleadores del sector privado deberán liquidar y consignar las cesantías de sus trabajadores afiliados al FNA, antes del 15 de febrero del año siguiente, de acuerdo con lo establecido en el art. 99 de la Ley 50 de 1990 (art. 9 Ley 432/98)

63. En segundo lugar, además del valor del auxilio de las cesantías, cada sistema prevé sumas adicionales por concepto de intereses, rendimientos o protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, intereses sobre las cesantías, así:

RÉGIMEN ANUALIZADO				
SISTEMA	Tope de Rentabilidad mínima	Protección contra la pérdida del valor adquisitivo	Intereses sobre cesantías	Pago de los intereses sobre las cesantías
Ley 91 de 1989	N/A	N/A	FOMAG reconoce y paga un interés anual sobre el <u>saldo</u> de las cesantías al 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de	En el mes de marzo del año siguiente (Acuerdo 39 de 1998, art. 4)



RÉGIMEN ANUALIZADO				
SISTEMA	Tope de Rentabilidad mínima	Protección contra la pérdida del valor adquisitivo	Intereses sobre cesantías	Pago de los intereses sobre las cesantías
			interés que, según la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período (art. 19-3)	
Ley 50 de 1990	AFP abonarán cada trimestre y a prorrata de sus aportes individuales, los rendimientos en las cuentas de sus afiliados. Esta no podrá ser inferior a una rentabilidad mínima determinada por la Superintendencia Financiera en cada uno de los portafolios de inversión administrados (largo y corto plazo), y por cada período (arts. 101 de la Ley 50/90 y 52 de la Ley 1328/09)	N/A	El empleador paga 12% sobre el valor anual o proporcional liquidado (art. 99-2)	En el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron (Ley 52/75, art. 2)
Ley 432 de 1998 Servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional	N/A	FNA reconoce y abona en la cuenta del afiliado como mínimo un interés equivalente a la variación anual de la Unidad de Valor Real -UVR certificada por el Banco de la República, sobre su <u>saldo</u> acumulado de cesantías a 31 de diciembre inmediatamente anterior (art. 11 modif. por 224 de la Ley 1955/2019)	FNA reconoce y abona en cuenta el equivalente a la variación anual de la Unidad de Valor Real-UVR, certificada por el Banco de la República, sobre las cesantías liquidadas por el empleador correspondientes al año inmediatamente anterior. Para su cálculo tendrá en cuenta las fechas en las que fue consignada cada fracción (art. 12 modif. por el 225 de la Ley 1955/2019)	N/A Se abona en la cuenta de cesantías de cada afiliado.
Ley 432 de 1998 Servidores públicos del orden territorial y trabajadores particulares	N/A	FNA reconocerá y abonará en cuenta mínimo un interés equivalente a la variación anual de la Unidad de Valor Real -UVR certificada por el Banco de la	El empleador paga 12% sobre el valor anual o proporcional liquidado (Ley 50/90, art. 99-2)	En el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron (Ley 52/75, art. 2)



RÉGIMEN ANUALIZADO				
SISTEMA	Tope de Rentabilidad mínima	Protección contra la pérdida del valor adquisitivo	Intereses sobre cesantías	Pago de los intereses sobre las cesantías
		República, sobre su saldo acumulado de cesantías a 31 de diciembre inmediatamente anterior (art. 11)		

64. En tercer lugar, se observa que en cada caso están reguladas las condiciones y oportunidades de pago de la prestación, los mecanismos dispuestos para asegurar los recursos, así como las consecuencias del incumplimiento de los plazos legales, y su efectividad, así se muestra en el siguiente cuadro:



RÉGIMEN ANUALIZADO			
SISTEMA	Mecanismo para garantizar la disponibilidad de los recursos	Pago de cesantías (retiros parciales y definitivo)	Sanción por pago tardío (cesantías parciales y definitivas)
Ley 91 de 1989	La disponibilidad de los recursos está asegurada desde la etapa de planeación del presupuesto, en la que se incorporan los recursos necesarios para el pago de las obligaciones del FOMAG, durante el respectivo período incluso por el concepto de cesantías y el traslado de los recursos a cargo del SGP y los entes territoriales.	- Parcial: para vivienda y educación - Definitivo: por retiro del servicio (Ley 1071/06 art. 3)	Sí, según lo previsto en la Ley 1071/06 artículo 5 Sentencias SU-336 de 2017 y CE-SUJ2-SII-012-2018 (4961-2015)
Ley 50 de 1990	Sanción moratoria a cargo del empleador que incumpla el plazo del art. 99-2. Deberá pagar un día de salario por cada día de retardo	<u>Trabajadores regulados por el CST:</u> arts. 65 (definitivo) y 102 de Ley 50/90 (parcial) <u>Servidores públicos:</u> - Parcial: para vivienda y educación - Definitivo: por retiro del servicio (Ley 1071/06 art. 3)	Trabajadores regulados por el CST: art. 65 respecto del empleador. Servidores públicos: según la Ley 1071 de 2006, art. 5
Ley 432 de 1998 Servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional	Se genera en favor del FNA el derecho para exigir las sumas respectivas por la vía ejecutiva y para cobrar sobre ellas intereses 2% mensual por el tiempo de la mora (art. 51 del Decreto 3118/68)	- Parcial: para vivienda y educación (Ley 1071/98) - Definitivo: por retiro del servicio (arts. 37 - 39 del Dec. 3118/68)	Cuando se trate de solicitudes presentadas ante el FNA, se aplicarán los términos fijados en los arts. 4 y siguientes de la Ley 1071 de 2006 (Dec. 1562 de 2019, arts. 1 y 2)
Ley 432 de 1998 Servidores públicos del orden territorial y trabajadores particulares	Le da derecho al FNA para cobrar a su favor los intereses moratorios (art. 9 Ley 432/98)	Trabajadores regulados por el CST: art. 65 si es definitivo y parcial, solo para vivienda (art. 8 parág. Ley 432/98)	<u>Trabajadores regulados por el CST:</u> Ley 1071/06, art. 2) <u>Servidores públicos:</u> Cuando se trate de solicitudes presentadas ante el FNA, se aplicarán los términos fijados en los arts. 4 y siguientes de la Ley 1071 de 2006 (Dec. 1562 de 2019, arts. 1 y 2)

65. Preciado lo anterior, se analizarán de manera más detallada los sistemas regulados por las leyes 91 de 1989 y 50 de 1990.

2.5.1. El sistema de liquidación previsto en la Ley 91 de 1989

66. En el pasado, el sector docente oficial estuvo marcado por condiciones diferenciales en materia salarial y prestacional, derivadas del nivel de la entidad con la que se iniciara el vínculo jurídico o la relación legal y reglamentaria. Ciertamente, este aspecto determinaba el origen de los recursos para la remuneración de estos servidores, pues mientras la Nación asumía los gastos del personal del orden



nacional, los respectivos entes territoriales eran responsables de proveer los recursos necesarios para el pago de sus empleados dedicados a la labor educativa. Esta situación conllevaba un trato que, hasta esta época, se ha juzgado como inequitativo para estos últimos educadores, cuyas prestaciones económicas eran inferiores, pese a que todos ejecutaban la misma labor.

67. Lo anterior llevó al legislador a adoptar medidas tendientes a equiparar las condiciones salariales y prestacionales de todos los docentes oficiales, dentro de las cuales se pueden destacar entre otras, el reconocimiento de la pensión gracia, implementada por medio de la Ley 114 de ese año y ampliada con las leyes 116 de 1928⁸³ y 37 de 1933⁸⁴, así como el proceso de la nacionalización de la educación, ordenada por la Ley 43 de 1975. Finalmente, con la Ley 91 de 1989 se logró la unificación de los distintos regímenes del magisterio, en aras de garantizar condiciones de igualdad y el pago oportuno de todas las prestaciones sociales de este personal docente estatal.

68. Como se anunció, esta última norma dio origen al FOMAG, como una cuenta especial de la nación destinada a atender las prestaciones sociales de los docentes y, a su vez, velar porque todas las entidades territoriales cumplieran en forma oportuna con sus correspondientes obligaciones. Dentro de sus funciones no solo se encuentra la administración de las cesantías, sino que también tiene la de otras prestaciones sociales a su cargo como las pensiones de jubilación, invalidez y *post mortem*⁸⁵; asimismo, le compete garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los educadores estatales.

69. El Ministerio de Educación es la entidad del orden nacional que, en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, órgano al que le corresponde determinar las políticas generales de inversión de recursos velando por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento (artículos 6 y 7 *ibidem*). Su administración se realiza por intermedio de una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En 1990 el presidente de la República y el ministro de educación suscribieron el contrato de fiducia mercantil 83 con la Fiduprevisora S.A. que, como vocera de los recursos del FOMAG, realiza la contratación para el funcionamiento del fondo en su nombre y representación.

70. Las fuentes de financiación del FOMAG se pueden identificar en cuatro grupos, a saber: i) de la Nación, con cargo al SGP discriminados como aportes patronales:

⁸³ «Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927».

⁸⁴ «Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados».

⁸⁵ Se encuentran a su cargo las pensiones de jubilación, invalidez y *post mortem*; las cesantías e intereses; los auxilios por maternidad, enfermedad profesional, enfermedad no profesional y accidentes de trabajo; el seguro por muerte; y las indemnizaciones por enfermedad profesional o accidentes de trabajo.

Están excluidas de su competencia las primas de navidad, de servicios y de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte o movilización y las vacaciones, pues estas continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora (Parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 91 de 1989).



el 8% mensual y una doceava anual liquidadas sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por «servicios personales»⁸⁶ de los docentes; ii) de los docentes, en su calidad de empleados públicos: el 5% del sueldo básico mensual o de cada mesada pensional del personal afiliado, según corresponda, las cuotas personales de inscripción⁸⁷ y el 5 por mil de toda nómina por servicios personales⁸⁸; iii) del porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del magisterio; y iv) de las utilidades provenientes de las inversiones que haga el fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.

71. La citada Ley 91 de 1989 también fue expedida para finiquitar las divergencias interpretativas derivadas del proceso gradual de traslado de los costos de las entidades territoriales a la Nación que había ordenado la Ley 43 de 1975 que, en últimas, afectaba las condiciones laborales del magisterio. Para ello, distribuyó las obligaciones prestacionales de los docentes (artículos 1 y 2), según se resume a continuación:

Personal docente	Tipo de vinculación	Prestaciones sociales a cargo	Entidad responsable
Nacional	Vinculados por nombramiento del gobierno nacional	Las causadas hasta 29/12/1989 y en adelante, los reajustes y la sustitución de pensiones	La extinta Cajanal y el Fondo Nacional del Ahorro o las que hicieren sus veces.
		Las causadas a partir del 29/12/1989	La Nación y pagadas por el FOMAG
Nacionalizado	Vinculados por nombramiento de entidad territorial antes y después del 1/1/1976 (Ley 43/75)	Las causadas hasta el 31/12/1975 y en adelante, los reajustes y la sustitución de pensiones	Las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal
		Las causadas en el período de nacionalización (1/1/1976 – 31/12/1980), los reajustes y la sustitución de pensiones	La Nación o las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces (estas entidades deben contribuir en los porcentajes establecidos en el art. 3 de la Ley 43/75).
		Las causadas y no pagadas entre el 1/1/1981 y el 29/12/1989	Las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal. La Nación debe hacer los aportes correspondientes, en virtud de lo pactado en los convenios respectivos.

⁸⁶ Artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

⁸⁷ Equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

⁸⁸ De conformidad con las leyes 4 de 1966 y 33 de 1985.



		Las causadas a partir del 29/12/1989	La Nación y pagadas por el FOMAG
--	--	--------------------------------------	----------------------------------

72. Uno de los componentes que regula la Ley 91 de 1989 es el régimen prestacional con el ánimo de lograr cierta unidad e igualdad frente a la disparidad anterior, por lo que el artículo 15 *ibidem* prevé que a partir de su entrada en vigor, los docentes nacionales y aquellos que ingresen del 1 de enero de 1990 en adelante, estarán regulados por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, entre ellas, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, verbigracia, la Ley 344 de 1996.

73. En materia de cesantías, el citado artículo 15, numeral 3, literal a), dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 tendrán derecho al pago de un mes de salario por cada año de servicio o proporcional por fracción de año laborado respecto de los saldos acumulados que pasaron al FOMAG⁸⁹ y continuarán sometidos a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

74. En el literal b) *ejusdem*, prevé un sistema anualizado obligatorio para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990 y los nacionales que ingresaron con anterioridad, pero solo respecto de las cesantías que se causen desde esa fecha. Su liquidación se realiza cada 31 de diciembre y la cuantía es de un mes de salario por cada año de servicio o proporcional, por fracción del periodo laborado sobre el último salario devengado, si no varía en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año.

75. Liquidado el auxilio, la entidad territorial certificada expide un «reporte de cesantías», el cual puede ser consultado por cada docente titular a través del software «sistema humano en línea»⁹⁰. Este constituye el insumo para que el FOMAG realice el cálculo aritmético del interés anual sobre el **saldo total** de la prestación existente al 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante cada período.

2.5.1.1. Los recursos del FOMAG y su administración

76. Como se expuso en precedencia, gran parte de los recursos del FOMAG para la atención de las prestaciones sociales provienen de la Nación, en concreto de aquellos dispuestos en el presupuesto general para cubrir el servicio educativo, el

⁸⁹ Con base en el último salario devengado, siempre que no se hubiere modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año.

⁹⁰ Recuperado de: <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2021/01/Manual-Operativo-Prestaciones-Económicas-Secretarías-Educación-Certificadas-V8.pdf>



cual, a su vez ha evolucionado, siempre encaminado a la afiliación de todos los docentes a este fondo a fin de continuar con ese proceso de igualdad y garantía de mejores condiciones para sus destinatarios.

77. La financiación de estas prestaciones está íntimamente relacionada con el *ciclo presupuestal*, proceso en el cual interactúan varias autoridades encaminadas a asegurar que exista disponibilidad de recursos financieros para atender el pago de tales obligaciones. En el siguiente recuento, se encuentran algunos conceptos relevantes tales como los de *unidad de caja y sin situación de fondos*, relacionados con los principios generales del presupuesto general de la Nación que, al mismo tiempo, se constituyen en garantía de cumplimiento para los afiliados al fondo.

78. Para comenzar, conviene tener presente que de conformidad con el artículo 356 de la Constitución Política el legislador es competente para fijar cuáles servicios están a cargo de la Nación y cuáles de las entidades territoriales. En su versión original, definió que el situado fiscal era el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación cedido a los departamentos, el distrito capital y los especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, para financiar la educación, en los niveles preescolar, primaria, secundaria y media, así como la salud.

79. En efecto, la Ley 60 de 1993⁹¹ asignó la administración de los servicios educativos estatales a los municipios, financiados con recursos propios y con los provenientes de su participación del situado fiscal, en conjunto con los departamentos. En el artículo 6 *ibidem* dispuso la incorporación del personal docente de los órdenes departamental, distrital y municipal al FOMAG, así como la conservación del régimen prestacional anterior, mientras que a las nuevas vinculaciones se les aplicaría la Ley 91 de 1989. En consecuencia, las prestaciones sociales causadas antes de la afiliación al señalado fondo y sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serían cubiertas por la respectiva entidad territorial o el ente de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes; a diferencia de las que se hicieran exigibles con posterioridad, que estarán a cargo del señalado fondo.

80. La Ley 60 de 1993 también determinó que, para la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial debían manejar en su presupuesto una

⁹¹ «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 9. El situado fiscal, establecido en el artículo 356 de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 67 y 365 de la Constitución Política. El Situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política».



cuenta especial independiente⁹² con lo cual no afectaría la unidad de caja⁹³, lo que se traduce en que los recursos para educación no se integrarían con los que el ente territorial ya administraba. Lo anterior llevó a que los Fondos Educativos Regionales (FER), creados por el Decreto 3157 de 1968⁹⁴, encargados del sostenimiento de los servicios educativos, fueran incorporados a la estructura de los departamentos y distritos⁹⁵ y, más adelante, a las secretarías de educación, según la Ley 115 de 1994⁹⁶ (artículo 179, literal d).

81. Sin embargo, las sumas destinadas al pago de prestaciones sociales del personal docente serían giradas directamente al FOMAG, tanto las que provenían del situado fiscal como las que debía trasladar el respectivo ente territorial por las prestaciones causadas y no pagadas.

82. La obligación de afiliar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al FOMAG se reglamentó con el Decreto 196 de 1995⁹⁷, a través del cual se identificaron las fuentes de financiación según los tipos de vinculación docente, clasificación señalada por la Ley 91 de 1989, así:

82.1. Nacionales y nacionalizados: financiados con recursos de la Nación y luego del situado fiscal. Sus prestaciones quedaron a cargo del FOMAG, luego de su afiliación.

82.2. Departamentales, distritales y municipales: este personal se consideró en dos grupos, a saber:

82.2.1. Por una parte, el personal que venía pagado con recursos propios del ente territorial, al cual se le respetaría el régimen territorial que lo venía cobijando. En este caso, **las prestaciones causadas** antes de su incorporación al FOMAG, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad directa de las entidades territoriales o de las cajas de previsión, en las que se hayan efectuado los correspondientes aportes.

82.2.2. Por otra parte, los docentes que eran financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional mediante convenios y vinculados a plazas del nivel territorial. Para ellos, las prestaciones sociales serían de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su pago se regirían por el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Vencidos los

⁹² Artículo 19 de la Ley 60 de 1993.

⁹³ Para la época, se encontraba definido en el artículo 12 de la Ley 38 de 1989 así: «Unidad de Caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá la situación de fondos a los organismos y entidades para el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación.»

⁹⁴ «Por el cual se reorganiza el Ministerio de Educación Nacional y se estructura el sector educativo de la Nación»

⁹⁵ Ley 60 de 1993, artículos 3, numeral 5; y 4, numeral 1.

⁹⁶ «Por la cual se expide la ley general de educación»

⁹⁷ «Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994»



términos de los respectivos convenios, los derechos salariales y prestacionales se pagarían con cargo al situado fiscal.

82.3. Para los docentes de establecimientos públicos oficiales que eran pagados con recursos del establecimiento, sus prestaciones serían asumidas por el FOMAG.

83. Las prestaciones sociales del personal docente causadas a partir de su afiliación se realizan por medio del FOMAG, con independencia de la fuente de financiación, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones (artículo 8 del Decreto 196 de 1995).

84. En este punto conviene precisar que, en sentencia CE-SUJ-11-S2 del 21 de junio de 2018⁹⁸, la Sección Segunda definió que la fuente de financiación de los recursos transferidos del sector central al descentralizado no es el referente para definir si un educador estatal es nacional o nacionalizado, sino que ello obedece a la naturaleza de la plaza a ocupar señalada en el acto administrativo de nombramiento o en la correspondiente certificación de la autoridad nominadora, en consideración a que los recursos girados por la Nación, una vez se incorporaban a los presupuestos locales pasaban a ser de propiedad exclusiva de los entes territoriales.

85. En tal sentido, la naturaleza de la vinculación de los docentes estatales no se encuentra determinada por el origen de los recursos para su financiación, tampoco incide en la forma en la que el FOMAG administra y paga sus prestaciones, a partir de su creación en la Ley 91 de 1989. Para aquellos que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivo, el mayor valor que se cause está a cargo del respectivo ente territorial.

86. Más adelante, el situado fiscal fue reemplazado por el Sistema General de Participaciones (SGP) a través del Acto Legislativo 01 de 2001⁹⁹ y para desarrollarlo se expidió la Ley 715 de 2001¹⁰⁰, que comprende un porcentaje de recursos de la Nación para cada uno de los sectores que posteriormente se repartiría entre los municipios, distritos y departamentos¹⁰¹ como «titulares directos» o propietarios, por cuanto son asignados como destinatarios directos por los artículos 356 y 357

⁹⁸ Dentro del proceso con radicado 250002342000201304683 01 (3805-2014).

⁹⁹ «Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política.

[...]

Artículo 2. El artículo 356 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios. [...]

¹⁰⁰ «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.»

¹⁰¹ «Artículo 4. Distribución Sectorial de los Recursos. Modificado por el art. 2, Ley 1176 de 2007, Modificado transitoriamente por el art. 4, Decreto Nacional 017 de 2011. El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el párrafo 2° del artículo 2°, se distribuirá las participaciones mencionadas en el artículo anterior así: la participación para el sector educativo corresponderá al 58.5%, la participación para el sector salud corresponderá al 24.5 la participación de propósito general corresponderá al 17.0.»



Superiores¹⁰², entre los que se encuentra aquel cuya destinación específica para educación está dirigido a financiar la prestación de este servicio público esencial.

87. Dentro del procedimiento para la distribución de los recursos del SGP, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público determina el monto estimado que por concepto de educación se distribuirá en cada año, el cual se asigna en el ingreso del Ministerio de Educación Nacional -MEN- en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (artículo 85 *ibidem*).

88. Para su traslado al sector descentralizado, el artículo 17 *ejusdem* prevé que en la ley anual de presupuesto se determinará el programa anual de caja (PAC) que especifica los giros mensuales a los departamentos, distritos o municipios hasta por el monto de cada vigencia fiscal. Se administran en cuentas especiales e independientes que «no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial», de conformidad con el artículo 18 de la citada Ley 715. Ahora, los recursos de aportes patronales y de los afiliados se descuentan de la participación del SGP por los entes territoriales y se presupuestan *sin situación de fondos*, es decir, que estos no se trasladan, incorporan, comprometen ni ejecutan en su presupuesto.

89. Acto seguido, el FOMAG establece el Plan Anual Mensualizado de Caja (PAC)¹⁰³ requerido para atender sus compromisos correspondientes a los aportes patronales y los del afiliado, de seguridad social y parafiscales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales (salud, pensión y cesantías)¹⁰⁴. Por su parte, el MEN tiene la obligación de girar de manera directa al FOMAG los recursos de esa distribución del SGP por doceavas, dentro de los últimos 10 días de cada mes, según lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 1176 de 2007¹⁰⁵.

¹⁰² En el Consejo de Estado existe consenso respecto de la naturaleza jurídica de los recursos que conforman el sistema general de participaciones, régimen jurídico que reemplazó el antiguo situado fiscal, tal como lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto de 27 de agosto de 2015.

En la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Subsección A de la Sección segunda, se pueden consultar entre otras: sentencias del 2 de junio de 2016, expediente 25000-23-42-000-2013-00827-01(2748- 14); del 16 de junio de 2016, radicado 73001-23-33-000-2013-00529-01 (3533-14); y del 7 de diciembre de 2016, radicado 25000-2325-000-2012- 01579-01 (3721-2014). De la Subsección B, sentencias del 2 de febrero de 2017, radicación 52001-23-33-000-2012-00119-01 (3561-2014); y 17 de febrero de 2017, expediente 11001-03-25-000-2013-00127-00 (282-2013).

¹⁰³ El Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC) es un instrumento de manejo financiero de ejecución presupuestal, el cual contiene la totalidad de los ingresos que se esperan recaudar desagregados por meses y fuente; igualmente, contiene la desagregación mensual de los pagos que se realizará por funcionamiento, servicio de la deuda e inversión. Este instrumento tiene como finalidad regular los pagos mensuales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones con cargo a la vigencia fiscal y los compromisos adquiridos de la vigencia anterior que hacen parte de las reservas presupuestales. Consultado en el link: https://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos-357704_foto_portada.pdf

¹⁰⁴ De conformidad con lo señalado en el parágrafo 1 artículo 18 de la Ley 715 de 2001.

¹⁰⁵ «Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 29. El giro de las transferencias establecido en el último inciso del artículo 17 de la Ley 715 del 21 de diciembre de 2001, deberá efectuarse en los diez (10) últimos días del mes al que



90. Lo anterior puede conllevar un desajuste en el monto apropiado, toda vez que dentro del mismo término -10 últimos días de cada mes-, las entidades territoriales certificadas de manera simultánea liquidan la nómina mensual de los docentes oficiales con cargo al SGP. En ese evento, los recursos girados en exceso se ajustan en forma progresiva por cada mes, a través de la coordinación entre las entidades territoriales y la Fiduprevisora. Si esta circunstancia persiste al finalizar la vigencia, aquellos se reúnen para suscribir un acta de conciliación de aportes que se deducirán de la asignación del año siguiente (artículo 86 de la Ley 715 de 2001).

91. Además de los recursos transferidos del sector central -SGP-, también forman parte de las fuentes de financiación del FOMAG, con cargo a los recursos propios de los entes territoriales, aquellos girados por concepto de deuda causados en virtud de convenios suscritos antes del 2002 con el fondo, es decir, antes de la creación del SGP, correspondientes al pasivo prestacional, los aportes periódicos, cuotas partes, cuotas personales de inscripción salarial y de ascenso en el escalafón, entre otros.

92. Por ello, en el sistema de los docentes oficiales, los recursos del FOMAG que provienen de la Nación, Ministerio de Educación con cargo al SGP para el sector educativo¹⁰⁶ son destinados bajo el *principio de unidad de caja*¹⁰⁷ a cubrir todas las prestaciones económicas que se hagan exigibles cada mes, entre ellas, las cesantías parciales y definitivas del personal afiliado. Es decir, los giros que recibe para el pago de sus obligaciones se *integran en un solo fondo*, sin que para ese efecto existan cuentas individuales por cada empleado en el que se consignen los valores liquidados anualmente por concepto del auxilio, debido al origen de los recursos y su administración por parte del FOMAG.

93. El artículo 18 de la Ley 715 de 2001 citado en precedencia, fue reglamentado por el Decreto 3752 de 2003¹⁰⁸ y compilado en el Decreto 1075 de 2015¹⁰⁹. Los

corresponde la transferencia, y las entidades territoriales pagarán dentro de los dos (2) días siguientes a la transferencia de la Nación.»

¹⁰⁶ Valga decir que los recursos con destinación específica, como es el caso de los recursos del Sistema General de Participaciones, por su destinación social constitucional, no harán unidad de caja con los demás recursos del presupuesto y su administración deberá realizarse en cuentas separadas de los recursos de la entidad y por sectores. (artículo 91 de la Ley 715 de 2001 reglamentado por el Decreto 1101 de 2007).

¹⁰⁷ Principio del sistema presupuestal por el cual se debe atender el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la entidad territorial con el recaudo de todas las rentas y los recursos de capital. El Decreto 111 de 1996 «[p]or el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto», señala en el artículo 16 que con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto correspondiente, en este caso de cada entidad territorial.

Dentro del principio presupuestal de unidad de caja, implica que «[...] todos los ingresos públicos ingresan, sin previa destinación, a un fondo común donde se asignan a financiar» los gastos derivados de la prestación del servicio docente. Corte Constitucional en la sentencia C-478 de 1992.

¹⁰⁸ «Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones».

¹⁰⁹ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación».



artículos 1 y 2.4.4.2.1.1. de los respectivos decretos, prevén el deber de afiliación de los docentes del servicio público educativo vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales -inclusive los de vinculación provisional-, pues su incumplimiento conlleva la responsabilidad por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar (parágrafo 1).

94. En ese sentido, las prestaciones sociales causadas antes de la afiliación al FOMAG y sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán cubiertas por la respectiva entidad territorial o la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes; a diferencia de las que se hicieran exigibles con posterioridad, que estarán a cargo de ese fondo-cuenta especial de la Nación.

2.5.2. El sistema de liquidación anualizado de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990

95. Con la expedición de la Ley 50 de 1990 se modificó sustancialmente el régimen de cesantía de los trabajadores del sector privado. De acuerdo con esta nueva regulación, subsistieron tres escenarios de liquidación del auxilio:

(i) El tradicional, previsto en el Código Sustantivo del Trabajo (art. 249), el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1 de enero de 1991.

(ii) El de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por esta ley, que rige de manera exclusiva para los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1 de enero de 1991 y los antiguos que se acojan voluntariamente al nuevo sistema.

(iii) El de salario integral aplicable a los trabajadores antiguos y los nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida las cesantías a que tenga derecho el trabajador.

96. El régimen de liquidación anual, dirigido en principio al sector privado, quedó a cargo de las sociedades administradoras de fondos de cesantías. Su creación fue autorizada por la Ley 50 de 1990 y, luego, el Decreto Ley 663 de 1993¹¹⁰ las clasificó como sociedades de servicios financieros¹¹¹ habilitadas para realizar las operaciones de inversión necesarias para asegurar la adecuada rentabilidad,

¹¹⁰ «Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración».

¹¹¹ Artículo 3 del Decreto Ley 663 de 1993



seguridad y liquidez de los recursos a su cargo¹¹². Este último decreto también las facultó para administrar los fondos de pensiones, en el régimen de ahorro individual¹¹³.

97. Para este último propósito, deben constituirse como personas jurídicas, en forma de sociedad anónima o entidad cooperativa¹¹⁴ en las que puede participar «[t]oda persona que tenga capacidad para invertir en el capital de personas jurídicas» y tendrán la garantía del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (artículos 3, 30 y 161 del Decreto 663 de 1993 e inciso final del artículo 1.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010¹¹⁵).

98. Sin embargo, los fondos individuales de cesantías se constituyen en patrimonios autónomos integrados con el aporte del auxilio de cesantía de cada afiliado e independientes de las sociedades administradoras, que por mandato de la Ley 50 de 1990, están encaminadas a garantizar que la mayor parte de los recursos captados pueda orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas. (numerales 1 y 2, artículo 159, Decreto 663 de 1993).

99. Las reglas de liquidación de las cesantías están descritas en los artículos 99 a 106 de la Ley 50 de 1990, al prever que se efectúa cada 31 de diciembre por la anualidad o por la fracción correspondiente¹¹⁶. Su cuantía deberá informarse por medio de un certificado del empleador y se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente en la cuenta individual a nombre del trabajador del fondo que este seleccione (artículos 99 numeral 1 y 104).

100. El incumplimiento de dicho plazo genera una sanción moratoria a cargo del empleador equivalente a un día de salario por cada uno de retardo (artículo 99 numeral 3). Además, en estos casos, la sociedad administradora está autorizada para adelantar las acciones de cobro respectivas derivadas de la omisión de consignación del auxilio de cesantía liquidado anualmente ante las autoridades competentes, cuando así lo solicite el trabajador (artículo 165 del Decreto 663 de 1993).

101. Para ese efecto, el empleador debe entregarle a la AFP una «declaración de no pago» que prestará mérito ejecutivo, dentro de los 10 días siguientes y sometido al riesgo de una multa por su incumplimiento. Igualmente, le asisten las obligaciones de informar acerca de la terminación o suspensión de la relación laboral dentro de

¹¹² Artículo 31, literal d) modificado por el artículo 58 de la Ley 1328 de 2009 «El nuevo texto es el siguiente: Invertir los recursos de los fondos en valores de adecuada rentabilidad, seguridad y liquidez, en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional, para lo cual podrá establecer dos (2) tipos de portafolios de inversión, uno de corto y otro de largo plazo»

¹¹³ Artículos 30 y 116 del Decreto Ley 663 de 1993.

¹¹⁴ Artículo del Decreto 656 de 1994.

¹¹⁵ «Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones».

¹¹⁶ Esta difiere de la que debe realizarse por la terminación del contrato de trabajo.



los tres días siguientes a su ocurrencia y solicitar la autorización a la administradora para retener la cesantía y abonar a gravámenes o préstamos.

102. Los beneficiarios de este sistema además tienen derecho a los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción sobre la suma causada en ese período de liquidación. Al respecto, conviene señalar que este beneficio ya lo había previsto la Ley 52 de 1975 para el régimen tradicional de cesantías que regló el CST en el artículo 249. El desconocimiento de este deber por parte del empleador generaba en su contra el pago de una «suma adicional igual a dichos intereses» a título de indemnización por cada vez que incumpliera. El artículo 99, numeral 2, lo mantuvo para el régimen anualizado para ser pagado directamente al trabajador dentro del mes de enero del año siguiente a la liquidación del auxilio¹¹⁷.

103. En el evento en que existan saldos de cesantía a favor del trabajador cuya entrega se hubiera omitido por parte del empleador, será pagado en forma directa a aquel (artículo 99 numerales 2 y 4). Su finalidad es la de compensar la pérdida de valor del dinero por el tiempo transcurrido entre la liquidación de la prestación y la entrega de la suma de dinero al trabajador.

104. Dentro de las obligaciones de las AFP, se encuentran las relativas a mantener los activos y pasivos de los fondos de cesantía separados de aquellos que son de su propiedad, enviar periódicamente extractos de cuenta de los movimientos de los fondos, así como ofrecer a sus afiliados dos portafolios de inversión, de corto y largo plazo, en las condiciones previstas por el gobierno nacional (artículo 31 del Decreto 663 de 1993).

105. En cuanto a las fuentes de financiación el numeral 1 del artículo 161 del Decreto ley 663 de 1993 previó las siguientes: i) las sumas aportadas por concepto de auxilio de cesantía; ii) los aportes voluntarios de los afiliados independientes; iii) los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que integran el fondo; iv) el producto de las operaciones de venta de activos y los créditos que puedan obtenerse; y v) cualquier otro ingreso que resulte en favor del fondo.

106. El régimen de inversión de los recursos de los fondos de cesantía fue unificado¹¹⁸ para establecer que los portafolios de corto y largo plazo se pueden invertir en activos, a saber: i) los títulos, valores o participaciones de emisores nacionales o del exterior; ii) los depósitos a la vista en establecimientos de crédito del mismo orden y en el Banco de la República; iii) las operaciones con instrumentos financieros derivados con fines de cobertura y de inversión; iv) los productos estructurados en los que se garantice el 100% del capital invertido; y v) las operaciones de transferencia temporal de valores, entre otros.

¹¹⁷ Artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, compilado en el artículo 2.2.1.3.4.1. del Decreto 1072 de 2015.

¹¹⁸ Decreto 857 de 2011 «Por el cual se modifican los regímenes de inversión de los recursos de los fondos de cesantía y los de los fondos de pensiones obligatorias, bajo el Título 12 del Libro 6 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010 y se modifica el artículo 2.6.11.1.17 del Título 11 del Libro 6, de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010». Arts. 2.6.12.1.2. y 2.6.12.1.3.



107. Lo anterior depende del nivel de riesgo del fondo, el cual se divide en retiro programado o fondos moderado, conservador y de mayor riesgo, según la edad y el perfil de riesgo del empleado¹¹⁹. Las inversiones descritas, solo podrán realizarse cuando cuenten con una calificación de grado de inversión otorgada por sociedades calificadoras de riesgos autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia si es nacional, o en caso de que se trate de títulos emitidos y colocados en el exterior por ellas, solo es útil la efectuada por una reconocida a nivel internacional¹²⁰.

108. Asimismo, se les restringió la realización de las operaciones con recursos de los fondos de cesantía para: i) conceder créditos a cualquier título; ii) establecer cualquier gravamen que comprometa dichos activos¹²¹; iii) celebrar operaciones de reporte en un porcentaje superior al establecido por la Superintendencia Financiera¹²²; iv) actuar como contraparte del fondo que administran, en desarrollo de los negocios que constituyen el giro ordinario de estos; v) utilizar agentes, mandatarios u otro tipo de intermediarios o delegar la realización de las operaciones propias, funciones y responsabilidades de la administración del fondo¹²³; vi) ejercer prácticas inequitativas o discriminatorias en detrimento de los intereses de los aportantes; vii) invertir en títulos de la propia administradora; viii) rechazar los dineros correspondientes al auxilio de cesantía que consignen los empleadores y aportantes independientes; y ix) realizar operaciones entre los fondos que administran¹²⁴.

109. En suma, la administración del auxilio se efectúa por medio de los fondos de cesantía creados por la citada ley para el financiamiento de actividades productivas con el fin de garantizar su rentabilidad y liquidez, en las condiciones y con sujeción a los límites establecidos por la Comisión Nacional de Valores¹²⁵.

110. En este sistema existe un tope de rentabilidad mínima que no podrá ser inferior a la determinada por la Superintendencia Financiera en cada uno de los portafolios de inversión administrados -largo y corto plazo- y por cada período de inversión administrado. En el evento en que sea inferior, debe responder con su propio

¹¹⁹ Decreto 2555 de 2010, artículo 2.6.12.1.1. Características del régimen de inversión de los tipos de fondos de pensiones obligatorias.

Fondo conservador: persigue el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes con baja exposición al riesgo.

Fondo moderado: procura el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes con moderada exposición al riesgo.

Fondo de mayor riesgo: pretende el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes con mayor exposición al riesgo.

Fondo especial de retiro programado: busca una administración orientada al pago de las pensiones.

¹²⁰ Artículos 2.6.12.1.3, 2.1.1.3.7 y 2.6.12.1.25 del Decreto 2555 de 2010 del Decreto 2555 de 2010. El primero de ellos modificado por el artículo 2 del Decreto 1393 de 2020.

¹²¹ Salvo cuando se trate de actos destinados a garantizar créditos obtenidos para la adquisición de aquellos activos permitidos.

¹²² Estas operaciones solo podrán realizarse cuando tengan por objeto dotar de liquidez a los fondos.

¹²³ Con excepción de los comisionistas de bolsa y de valores.

¹²⁴ Artículo 163 del Decreto ley 663 de 1993.

¹²⁵ Artículo 101 del Decreto ley 663 de 1993.



patrimonio o con la reserva de estabilización de rendimientos¹²⁶ y se le impondrá una multa equivalente al 3.5% del valor del defecto mensual que presenten. En cambio, si es superior, puede cobrar una comisión de manejo. La totalidad de los rendimientos obtenidos por el respectivo fondo deben ser abonados trimestralmente a cada trabajador afiliado y a prorrata de sus aportes individuales¹²⁷.

111. Valga precisar que la denominada «rentabilidad mínima» representa un rendimiento que, en estricto sentido, no hace parte de la prestación social de cesantías, sino que constituye un instrumento encaminado a promover la gestión eficiente de los fondos privados dentro del régimen de inversión financiera que los gobierna. Según el artículo 2.6.9.1.7 del Decreto 2555 de 2010, la Superintendencia Financiera es la responsable del cálculo y divulgación del porcentaje de rentabilidad mínima, el cual se realiza de acuerdo con la regulación que el gobierno expida a partir de distintos referentes económicos¹²⁸, que pueden variar según el portafolio de inversión seleccionado por el afiliado, la información más reciente está contenida en la Carta Circular 49 del 9 de agosto de 2023¹²⁹ de la Superintendencia Financiera.

112. En todo caso, el procedimiento para el cálculo de la rentabilidad mínima obligatoria para el portafolio de corto plazo está señalado en el artículo 2.6.9.1.1 y para el portafolio de largo plazo en el artículo 2.6.9.1.2 del Decreto 2999 de 2010. Además, el promedio de las rentabilidades ponderadas por el promedio histórico del valor de los fondos puede ser inferior a un porcentaje de cero (0%), con la consecuencia de impactar de manera negativa a sus afiliados quienes comparten el riesgo en las operaciones de inversión que realiza el administrador. Por ejemplo, esto ocurrió en el período 2021-2022¹³⁰, en el que la rentabilidad mínima nominal fue -1,09% en el fondo conservador¹³¹, pese a que el riesgo de inversión es mínimo, con el fin de proteger el ahorro acumulado en periodos de varios años.

113. Por otra parte, este sistema también prevé la posibilidad de traslado a otra administradora, pues la permanencia de un trabajador en un fondo de cesantía será voluntaria, por ende, todo afiliado puede transferir el valor de sus unidades a otra administradora, previo aviso a aquella y a su empleador¹³². Igualmente es posible la cesión de fondos administrados, comoquiera que las AFP podrán ceder los fondos por ellas administrados a otra entidad de igual naturaleza por decisión de su junta directiva u orden de la Superintendencia Financiera. Al efecto, informará a todos sus afiliados, mediante la publicación del aviso en un diario de amplia circulación

¹²⁶ Establecida por la Superintendencia Financiera.

¹²⁷ Artículos 101 de la Ley 50 de 90 y 52 de la Ley 1328 de 2009.

¹²⁸ Al respecto, se puede consultar el documento «Memoria justificativa. Actualización de la metodología para el cálculo de la rentabilidad mínima de cesantías de corto plazo» de la Unidad de Regulación Financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, recuperado de: <https://acortar.link/vhRkyb>

¹²⁹ https://www.superfinanciera.gov.co/descargas/institucional/pubFile1067444/cc49_23.docx

¹³⁰ <https://acortar.link/hbMF2I>

¹³¹ Según la rentabilidad certificada por la Superintendencia Financiera. Tomado del link: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/9122>

¹³² Numeral 3 del artículo 166 del Decreto Ley 663 de 1993.



nacional¹³³ sin que puedan oponerse a aquella, lo cual no obsta para solicitar el traslado del valor de sus unidades a otro fondo de cesantía (artículo 167 *ibidem*).

2.5.3 Comparación entre los sistemas anualizados de liquidación de la Ley 50 de 1990 y el de los docentes oficiales previsto en la Ley 91 de 1989

114. En lo relativo a los sistemas administrados por FOMAG y las AFP, es evidente la cercanía temporal en la expedición de las leyes 91 de 1989 y 50 de 1990, época para la cual, como ya se mencionó, en el país se impuso una política de apertura económica. En ese contexto, se observa una tendencia normativa a la creación de los sistemas de administración dinámica de las sumas obtenidas de liquidación anual de cesantías. De manera general, en cada uno de ellos, se concibieron mecanismos tendientes a garantizar la disponibilidad de dichos recursos, con el propósito de poder trasladarlos a sus titulares cuando estos los reclamaran, además del pago de intereses.

115. A continuación, se compilan las principales características, de las cuales surgen las diferencias más relevantes entre estos *sistemas de administración*:

1. LOS FONDOS ADMINISTRADORES		
	Sociedades administradoras de fondos de cesantías – Dec. Ley 663/93	FOMAG – Ley 91 de 1989 y decretos reglamentarios
Naturaleza	Institución de servicio financiero (arts. 3 modificado por art. 35 de la Ley 1328/09 y 1.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010). Están integrados por los fondos de cesantía que, a su vez se componen de las cuentas de los afiliados constituidos como patrimonios autónomos (art. 159, numeral 1 D. 663/93)	Cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica. Sus recursos son administrados por una sociedad de economía mixta en la cual el Estado tiene más del 90% del capital. - Prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial a través de mecanismos regionales, sin afectar el «principio de unidad» (art. 3). Las cesantías se financian con cargo al SGP para educación, deben ser presupuestados por la entidad territorial <i>sin situación de fondos</i> y se manejan bajo el <i>principio de unidad de caja</i> , pues no existen cuentas individuales por cada afiliado.
Objeto	Administrar y manejar los fondos de cesantía que se constituyan en desarrollo de lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (art. 30, numeral 1)	Atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes y después de la promulgación de la Ley 91 de 1989, entre otras (art. 4).
Disposiciones aplicables	La dirección, administración y control se sujetará a las disposiciones generales contenidas sobre el particular en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (DD 663/93 y 656/94)	- Los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstos en los arts. 209 y 267 de la Constitución Política - Ley 91 de 1989 y decretos reglamentarios - Ley 715 de 2001 - Estatuto Orgánico de Presupuesto

¹³³ En el cual se indique, por lo menos, la sociedad a la cual se efectuará la cesión, la fecha prevista para la cesión o de la orden impartida por la Supe financiera, cuando sea del caso.
El aviso será publicado en dos ocasiones, con un intervalo no inferior a 5 días hábiles ni superior a 15. La primera publicación deberá efectuarse dentro de los 3 días hábiles inmediatamente siguientes a la sesión de la junta directiva en la cual se haya aprobado la cesión o siguientes a la recepción de la orden de cesión impartida por la autoridad competente.

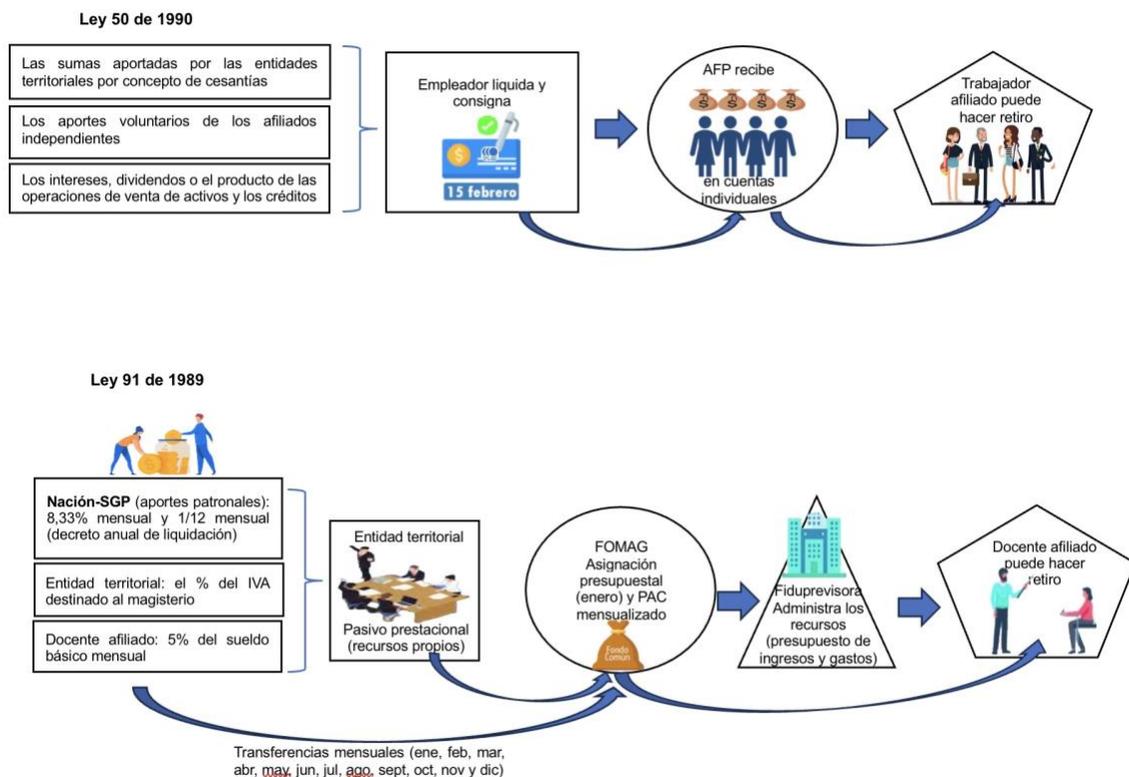


Afiliados	<ul style="list-style-type: none"> - trabajadores particulares dependientes vinculados mediante contrato de trabajo celebrado a partir del 1/1/1990 o antes, si desean acogerse al régimen anualizado por escrito. - trabajadores independientes - servidores públicos del orden territorial vinculados a partir del 31/12/96 que se afilien a los fondos privados de cesantías <p>El afiliado puede elegir de manera libre y voluntaria el fondo administrador de cesantías, siempre que no se afilie a más de un fondo de cesantía por cada contrato de trabajo y con un mismo empleador (art. 164 del Decreto ley 663 de 1993).</p>	<p>Es obligatoria para todos los docentes estatales nombrados en provisionalidad, en periodo de prueba y/o en propiedad (Decretos 196 de 1995 y 3752/2003).</p> <p>La falta de afiliación del personal docente al FOMAG implica la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales correspondientes.</p>
Fuentes de financiación	<ul style="list-style-type: none"> - las sumas aportadas por los empleadores por concepto de auxilio de cesantía; - los aportes voluntarios de los afiliados independientes; - los intereses, dividendos o el producto de las operaciones de venta de activos y los créditos que puedan obtenerse, y - cualquier otro ingreso que resulte a favor del fondo (art. 161, numeral 1). 	<p>Se pueden agrupar en 4 grupos (art. 8), a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) de la Nación los aportes patronales que provienen del SGP; ii) de los docentes, en su calidad de empleados públicos; iii) del porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio; y iv) de las utilidades provenientes de las inversiones que haga el fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.
Tope de rentabilidad mínima	<p>Que no podrá ser inferior a una rentabilidad mínima determinada por la Superintendencia Financiera en cada uno de los portafolios de inversión administrados (largo y corto plazo), y por cada período de inversión (arts. 101 de la Ley 50/90 y 52 de la Ley 1328/09)</p>	N/A
Inversiones autorizadas	<p>Están facultadas para invertir los portafolios de corto y largo plazo en títulos, depósitos e instrumentos financieros que les generen rentabilidad - no puede ser inferior a la tasa de interés certificado para cada período por el Banco de la República-. Puede ser en deuda pública, capital privado, renta fija, variable local, renta fija externa, entre otros. (arts. 162 y 163).</p> <p>Se les prohíbe invertir en títulos propios de la AFP, conceder créditos y rechazar los dineros correspondientes a las cesantías.</p>	<p>Prohibición de acometer obras y emprender inversiones que comprometan la liquidez del mismo o impidan que con los recursos que este maneje se puedan atender las solicitudes laborales a su cargo en forma oportuna (art. 14).</p>
Obligaciones frente al empleador	<p>Adelantar las acciones de cobro con ocasión del incumplimiento en la entrega del auxilio, a petición del trabajador (art. 164).</p>	<p>Velar para que la Nación y todas las entidades territoriales cumplan en forma oportuna con sus obligaciones correspondientes. Para ese efecto, debe llevar registros contables y estadísticos que le permitan determinar el estado actual de los aportes.</p>
2. LIQUIDACIÓN Y MANEJO DE LAS CESANTÍAS		
Fecha de liquidación	Régimen anualizado Ley 50/90	Régimen anualizado Ley 91/89
	31 de diciembre de cada año	31 de diciembre de cada año
Cuantía	Un mes de salario por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado	Un mes de salario por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado
Consignación	- Consignación antes del 15 febrero del año siguiente	- Se liquida, pero <i>NO</i> se consigna porque no existen cuentas individuales en el FOMAG, pues se maneja con base en el <i>principio de unidad de caja</i>



3. LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS		
	Régimen anualizado Ley 50/90	Régimen anualizado Ley 91/89
Cuantía	Del 12% anual o proporcional por fracción	Anual, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo Superfinanciera haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período
Suma sobre la cual se liquida	Sobre aquella causada en ese período (Ley 50/90, art. 99, numeral 2)	Sobre el <i>saldo total</i> de la prestación existente al 31 de diciembre de cada año (Ley 91/89, art. 15, numeral 3)
Fecha de pago	Mes de enero del año siguiente a la causación del auxilio (art. 2 de la Ley 52 de 1975; art. 99-2 de la Ley 50 de 1990 y art. 3 del Decreto 1176 de 1991)	Mes de marzo del año siguiente a la causación del auxilio (Art. 4 del Acuerdo 39 de 1998 FOMAG)

116. Antes se identificaron los aspectos característicos de los diferentes sistemas de administración del régimen anualizado de cesantías, entre ellos, los que están a cargo del FOMAG y las sociedades administradoras de los fondos de cesantías. Los aspectos diferenciales en cuanto al traslado de recursos pueden resumirse así¹³⁴:



¹³⁴ En estos esquemas, las flechas curvas ↪, representan el flujo de los recursos o dineros desde su origen hasta su destinación como cesantías, y las flechas rectas ➡, el trámite de liquidación anual y su administración.



117. En suma, se destacan las siguientes diferencias relevantes entre los sistemas objeto de análisis:

118. **Los fondos administradores de cada sistema de administración.** La Ley 50 de 1990 prevé un mecanismo para administrar las cesantías de los trabajadores por medio de instituciones financieras con el fin de promover una racional y amplia distribución de portafolios de inversiones a corto y largo plazo. Su objeto es asegurar una rentabilidad mínima determinada por la Superintendencia Financiera con base en el comportamiento del mercado público de valores.

119. Por el contrario, el sistema especial de administración y pago de las cesantías docentes desde 1989 se constituyó por la Ley 91 con la creación del FOMAG como la entidad encargada de pagar el auxilio a sus afiliados, dentro de un sistema en el que se incentiva el ahorro por medio del cálculo de los intereses sobre el *saldo anual o histórico de las cesantías* con el fin de proveer los recursos para atender las prestaciones sociales que se causen en cada mes.

120. En ese orden, los fondos de cesantía y el FOMAG son disímiles en cuanto a la naturaleza, el objeto, las disposiciones aplicables, los afiliados, las fuentes de financiación, las inversiones autorizadas y prohibiciones, así como las obligaciones frente al empleador, tal como se expuso en el cuadro anterior.

121. **Liquidación y manejo de las cesantías.** En el modelo previsto por la Ley 50 de 1990, el valor correspondiente a la liquidación definitiva que se efectúe a 31 de diciembre de la respectiva anualidad o fracción deberá ser consignado por el empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este.

122. Por otra parte, los recursos que administra el FOMAG, por concepto de cesantías de sus afiliados, se financia con cargo a los recursos del SGP con destinación específica de educación. Estos se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen por doceavas para la prestación del servicio¹³⁵ y pueden hacer uso del *principio de unidad de caja* con el fin de cubrir las prestaciones que se causen en cada período.

¹³⁵ Ley 715 de 2001 «por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

[...]

Parágrafo 1º del artículo 18. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.» (Subrayas fuera del texto original).



123. Así, los recursos que gira el Ministerio de Educación (SGP) y la entidad territorial (con recursos propios por concepto de deuda¹³⁶) ingresan al FOMAG a cubrir todas las obligaciones exigibles de conformidad con el principio de unidad de caja. Ello significa que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos consolidados en un único instrumento o documento y, a su vez, se desagregan en una única caja o tesorería y así los pagos se realizan con los fondos de aquella. En suma, no existen cuentas individuales para la consignación del auxilio de cada docente.

124. **Los intereses a las cesantías.** El numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador debe pagar por concepto de intereses legales «el 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente».

125. Ahora, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual equivalente a la tasa «comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período» sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, en los términos del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

126. Así las cosas, entre mayor sea el ahorro que el docente oficial tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que la teleología de la norma está dirigida a que exista una reciprocidad financiera, esto es desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**. Esto propende al equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y Congreso en el proyecto de ley 159 de 1989¹³⁷.

127. Con el fin de constatar con claridad la diferencia real entre la liquidación de intereses anuales de las cesantías en cada *sistema de administración* e incluso teniendo en cuenta la variación porcentual de la inflación y el DTF efectivo anual, se realiza una comparación entre aquellas, por los años reclamados por el demandante (2006 – 2020), así:

Año	Inflación	IPC (FNA hasta el 2000)	UVR (FNA a partir del 2000 - Ley 1955/19)	DTF promedio	FOMAG
2006	4,7%	4,48%	4,25%	6,27%	6,56%
2007	6,3%	5,69%	5,3%	8,01%	8,26%
2008	7,9%	7,67%	7,83%	9,74%	10,04%
2009	7,2%	2%	2,52%	6,14%	6,24%
2010	3,17%	3,17%	2,44%	3,66%	3,88%
2011	4%	3,73%	3,99%	4,21%	4,61%
2012	3,6%	2,44%	2,9%	5,35%	5,85%

¹³⁶ Entre ellos, el pasivo prestacional, aportes periódicos, cuotas partes pensionales, padres cotizantes dependientes y cuotas personales de inscripción incremento salarial, ascenso en el escalafón, sanción por mora y pasivo corriente.

¹³⁷ Anales del Congreso de la República. Gaceta 164 de 1989, página 6.



2013	2,3%	1,94%	1,78%	4,24%	4,44%
2014	3,7%	3,66%	3,46%	4,07%	4,46%
2015	6,8%	6,77%	6,15%	4,58%	5,13%
2016	9%	5,75%	6,21%	6,78%	7,52%
2017	5,5%	4,09%	4,09%	5,99%	6,37%
2018	3,7%	3,18%	3,28%	4,71%	5,05%
2019	3,9%	3,8%	3,85%	4,50%	4,98%
2020	3,9%	1,61%	1,61%	3,38%	3,64%

128. Expuesto lo anterior, se hará la comparación de la situación fáctica de Julián David Quintero Agudelo frente al régimen anualizado de la Ley 50 de 1990 - pretendido por el demandante-, con el propósito de verificar si el sistema creado para el personal del magisterio es menos ventajoso respecto del administrado por las AFP. Para ese efecto, se confrontarán los escenarios que surgen en ambos con la información del docente demandante, quien es beneficiario del FOMAG, y luego se definirán los intereses de las cesantías anuales desde la perspectiva de un servidor público territorial afiliado a un fondo privado, así:

Período de vinculación: 2006 - 2020					
Servidor público beneficiario de la Ley 50/1990: 12% anual			Docente estatal afiliado al FOMAG cobijado por la Ley 91/89: tasa anual o comercial promedio de captación del Sistema Financiero certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. ¹³⁸ sobre el saldo de cesantías a 31 de dic de cada año		
Año	Cesantías ANUALES	Intereses	Cesantías ANUALES	Saldo acumulado	Intereses
2006	\$754.820	\$90.578	\$754.820	\$745.820	(6.56%) \$48.926
2007	\$1.038.751	\$124.650	\$1.038.751	\$1.784.571	(8.26%) \$147.406
2008	\$1.202.532	\$144.304	\$1.202.532	\$2.987.103	(10.04%) \$299.905
2009	\$1.363.230	\$163.588	\$1.363.230	\$4.350.333	(6.24%) \$271.461
2010	\$1.429.208	\$171.505	\$1.429.208	\$5.779.541 (retiro parcial)	(3.88%) \$224.246
2011	\$1.473.039	\$176.765	\$1.473.039	\$1.473.039	(4.61%) \$67.907
2012	\$1.546.692	\$187.763	\$1.546.692	\$3.019.731	(5.85%) \$176.654
2013	\$1.599.899	\$191.988	\$1.599.899	\$4.619.630	(4.44%) \$205.112
2014	\$1.709.324	\$205.119	\$1.709.324	\$6.328.954	(4.46%) \$282.271
2015	\$1.845.347	\$221.442	\$1.845.347	\$8.174.301	(5.13%) \$419.342
2016	\$2.010.838	\$241.301	\$2.010.838	\$10.185.139	(7.52%) \$765.922
2017	\$2.745.146	\$329.418	\$2.745.146	12.930.285 (retiro parcial)	(6,37%) \$823.659

¹³⁸ Consultado en el link: <https://www.fomag.gov.co/intereses-a-las-cesantias/>



2018	\$3.440.789	\$412.895	\$3.440.789	3.440.789	(5,05%) \$173.760
2019	\$4.305.235	\$516.628	\$4.305.235	7.746.024	(4,98%) \$385.752
2020	\$6.073.732	\$728.848	\$6.073.732	13.819.756	(3,64%) \$503.039
TOTAL INTERESES		\$3.906.792	TOTAL INTERESES		\$4.795.362

129. Como se observa, una afiliación al FOMAG le reporta un total de \$4.795.362 por concepto de intereses sobre las cesantías, aun cuando realizó retiros por concepto de cesantías parciales acumuladas hasta 2010 y 2017. Por otro lado, en el escenario en que ostentara la calidad de servidor público del nivel territorial habría devengado la suma de \$3.906.792, es decir, con una diferencia de \$888.570, respecto del anterior. Esto sin calcular el valor de la comisión por anticipos que descuentan los fondos privados por ese movimiento.

130. Los resultados se deben a que en este último escenario los intereses se calculan sobre el valor anual de cesantías, a diferencia del FOMAG, en el que se aplica la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificada por la Superintendencia Financiera sobre *todo el saldo acumulado* por causa de la prestación social. Por lo tanto, este componente conlleva un mayor beneficio del segundo sistema, pues también se constata el beneficio frente a la tasa que se ha reconocido por el FOMAG, respecto de los demás indicadores económicos confrontados.

131. Esto obedece además a que los empleos al servicio del Estado por regla general son de carrera administrativa según el artículo 125 Superior, de tal forma que el ingreso a los cargos docentes, así como el ascenso se realiza a través de la selección objetiva de un concurso de méritos, que a su vez le garantiza al empleado público la permanencia en el servicio docente. Esa estabilidad laboral es acorde con la administración de sus cesantías encaminada a incentivar el ahorro a cambio del beneficio señalado con respecto al cálculo de sus intereses.

132. Con el propósito de ilustrar el panorama global de un afiliado a una AFP, se realizará además un estimativo aproximado de los rendimientos obtenidos con base en la rentabilidad mínima certificada en la Superintendencia Financiera para el portafolio de largo plazo¹³⁹, que sería aquel orientado a las personas que tienen una expectativa de permanencia mayor a un año, como lo serían los docentes afiliados al FOMAG¹⁴⁰. El cálculo se hará entre los años 2011 a 2016, durante los que el

¹³⁹ Que puede ser consultado en el link: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/38581>

¹⁴⁰ Decreto 2555 de 2010 «Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

[...]

artículo 2.6.7.1.1 portafolios de inversión de los fondos de cesantía. Las sociedades administradoras de fondos de cesantía deberán ofrecer dos (2) tipos de portafolios de inversión:

1. Uno de corto plazo, orientado a administrar recursos del auxilio de cesantía con horizontes esperados de permanencia cortos, cuyo régimen de inversión propenderá por mitigar el riesgo generados por la concentración de los flujos de retiros.



demandante no realizó retiros de cesantías, de modo que permita identificar las ventajas de cada régimen, así:

Año	Cesantías	Saldo acumulado	Promedio de rentabilidad mínima en el portafolio de largo plazo	Valor de los rendimientos obtenidos en dinero
2011	\$ 1.473.039	\$1.473.039	6,69 %	\$ 98.554
2012	\$ 1.546.692	\$3.019.731	2,64 %	\$ 79.720
2013	\$ 1.599.899	\$4.619.630	2,38 %	\$109.947
2014	\$ 1.709.324	\$6.328.954	1,05 %	\$ 66.454
2015	\$ 1.845.347	\$8.174.301	0,13 %	\$ 10.627
2016	\$ 2.010.838	\$10.185.139	1,65 %	\$168.055
Total rendimientos del período				\$ 533.357

133. Ahora, si se adicionan los rendimientos así obtenidos en una AFP al interés anual del 12% sobre las cesantías y se compara con la suma reconocida por el FOMAG por concepto de intereses durante el mismo período, es posible verificar una ventaja en este último fondo, al menos en tal escenario estimativo:

Año	FOMAG (intereses sobre cesantías)	Rentabilidad mínima + intereses del 12%
2011	\$ 67.907	\$ 275.319
2012	\$ 176.654	\$ 267.483
2013	\$ 205.112	\$ 301.935
2014	\$ 282.271	\$ 271.573
2015	\$ 419.342	\$ 232.069
2016	\$ 765.922	\$ 409.356
TOTAL	\$1.917.208	\$ 1.757.735

134. A partir de la comparación de ambos escenarios, es posible concluir que la ventaja del sistema regulado por la Ley 91 de 1989 se deriva esencialmente de la forma en la que se liquidan y pagan los intereses. Ciertamente, la tasa certificada por la Superintendencia Financiera aplicada al saldo acumulado por el docente oficial reporta a mediano y largo plazo un mayor beneficio sin el riesgo y comisiones por administración que deben asumir los afiliados a una AFP (Ley 50 de 1990).

135. En relación con los rendimientos financieros, se observa que se obtienen tanto en el sistema de la Ley 50 de 1990 como en el de la Ley 91 de 1989. La diferencia radica en su destino final, pues el FOMAG reinvierte los rendimientos y utilidades

2. Uno de largo plazo, orientado a la administración de los recursos del auxilio de cesantía con horizontes esperados de permanencia mayores a un año, cuyo régimen de inversión propenderá por obtener la mayor rentabilidad para el plazo relevante de dichos recursos.» (Resaltado fuera del texto original).



como una fuente de financiación del fondo común, según el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, como una expresión del principio de solidaridad, con el fin de cubrir las obligaciones que deba atender en cada vigencia, entre ellas, los retiros parciales de cesantías o las que se causen con ocasión del retiro del servicio.

136. A diferencia de ello, la rentabilidad de los portafolios de corto o largo plazo en el sistema de la Ley 50 de 1990, como se expuso, afecta los respectivos patrimonios autónomos constituidos por las cuentas individuales de las AFP a cambio de una comisión pagada por cada afiliado cuando esta sea superior a la prevista por la Superintendencia Financiera. Por lo tanto, se trata de un riesgo controlado únicamente por la rentabilidad mínima exigida por la mencionada superintendencia que, como se expuso, puede ser positiva o incluso negativa¹⁴¹, de acuerdo con la volatilidad financiera en cada período, de modo que aun cuando existe una obligación de resultado frente a sus afiliados, esta no siempre es óptima a sus intereses en términos de rendimientos.

137. Sobre el particular, es oportuno señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006 resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión «[...] equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia [Financiera], haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», del numeral 3, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, porque no son susceptibles de los rendimientos de la rentabilidad mínima que obtienen las cesantías al consignarse en un fondo privado, según lo estipulado en la Ley 50 de 1990. Esto, en criterio del demandante conllevaba una vulneración de los derechos a la igualdad y al trabajo.

138. Al respecto, la Corte consideró que las sociedades administradoras de cesantías fueron creadas con el fin de asegurar una rentabilidad mínima a sus afiliados determinada por el gobierno nacional con base en el comportamiento del mercado público de valores, en aras de mantener su poder adquisitivo. En cambio, en el FOMAG sí se requiere de la disponibilidad de recursos para el pago de las prestaciones sociales exigibles en cada vigencia, por lo que el fondo sí reconoce y paga intereses sobre las cesantías, solo que la forma de realizar dicho cálculo y el plazo no es igual al establecido en la Ley 50 de 1990.

2.5.4. Incompatibilidad de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con el sistema de liquidación de cesantías administrado por el FOMAG

139. Antes se identificaron los mecanismos con los que cuenta cada sistema para asegurar la disponibilidad de los recursos para el pago de las cesantías de los afiliados. Así, en el caso del FOMAG, está asegurada desde la etapa de *planeación del presupuesto*, en la que se incorporan los gastos que representa el pago de sus

¹⁴¹ La rentabilidad mínima de las AFP fue inferior a 0% en 2007 (noviembre – diciembre), 2008 (enero – abril) y 2015 (enero – abril), según lo certificado por la Superintendencia Financiera y puede ser consultado en el link: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/9121>



obligaciones durante el respectivo período, y se garantiza la disponibilidad permanente para el pago de las cesantías que se reclamen, así como de las demás prestaciones económicas que se hagan exigibles en cada anualidad, bajo el principio de unidad de caja.

140. En efecto, en este caso, los recursos destinados a la prestación del servicio educativo y, dentro de estos, los gastos del personal docente (nómina y prestaciones sociales) son transferidos sin situación de fondos para atender el pago de las prestaciones sociales que se hagan exigibles cada mes, según disponibilidad de caja. En este sistema se incentiva a los afiliados a mantener las sumas abonadas por concepto de cesantías y a cambio de ello, los intereses se liquidarán anualmente sobre el saldo total de la prestación social.

141. Este elemento se garantiza de otra forma en la Ley 50 de 1990. Desde un principio, era necesario asegurar que los empleadores del sector privado cumplieran con la consignación en el respectivo fondo «antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija». De ahí que la desatención a dicho plazo le genera al empleador responsable del depósito la consecuencia descrita en el numeral 3 del artículo 99 *ibidem* por lo que «deberá pagar un día de salario por cada retardo».

142. Ahora bien, en el 2003 el presidente de la República expidió el Decreto 3752¹⁴², el cual prevé en el artículo 1 el deber de afiliación de los docentes del servicio público educativo vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales, pues su incumplimiento conlleva la responsabilidad por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar (parágrafo 1).

143. En consecuencia, la entidad territorial es responsable de las prestaciones de los docentes en el evento en que las respectivas secretarías de educación no los hubiese afiliado al FOMAG. En este caso se cumpliría el presupuesto señalado en el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, atinente a que el régimen de liquidación de los servidores públicos de este nivel -territorial-, que se afilien a fondos privados, será el señalado en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990 o el del artículo 5 de la Ley 432 de 1998, en caso de que su afiliación haya ocurrido ante el FNA.

144. Asimismo, la omisión de afiliación a cualquier fondo no puede conllevar el desconocimiento de las garantías mínimas fundamentales del servidor. Por ende, en ese caso, es necesaria la protección que ofrece el régimen del que gozan la generalidad de los servidores públicos, que, en materia de cesantías, es el contenido en la Ley 50 de 1990. Tal aplicación implica la observancia del *principio*

¹⁴² «Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones».



de *inescindibilidad*, de manera que se deben conceder todos los componentes de dicha normativa, dentro de los cuales se incluye la sanción moratoria, si el auxilio no se consigna en la oportunidad legal. Esta interpretación se aproxima al fin perseguido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018, según la cual:

«[...] 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 párrafo del artículo 1° del Decreto 1252 de 2000 determina 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 párrafo precitado.

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 y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda.» [Subrayas fuera del texto original].

145. De acuerdo con lo anterior, se observa que la Corte Constitucional determinó que la consignación es la manera de garantizar el pago oportuno del auxilio de cesantías y la protección de los riesgos cubiertos por esta prestación social, ya sea por desempleo o durante la vigencia del vínculo laboral para el acceso a vivienda y educación, entre otros.

146. Ahora bien, por medio de la sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional declaró improcedente las acciones de tutela interpuestas contra fallos del Consejo de Estado sobre este asunto¹⁴³ e indicó que la regla jurisprudencial fijada por medio de la sentencia SU-098 de 2018, citada en precedencia, solo constituye precedente en el evento en que se omita la afiliación del docente al FOMAG, de modo que en aquellos casos en que se pretende la sanción por la falta de consignación de las cesantías a los beneficiarios del señalado fondo, no existe una providencia de

¹⁴³ En los que la Sección Segunda, Subsección B profirió las sentencias del 16 de agosto de 2018, radicación interna: 2092-2016; del 24 de agosto 2018, radicación interna: 1653-2016; y del 7 de septiembre de 2018, radicación interna: 0345-2016.



unificación con efectos vinculantes que pueda aplicarse a las situaciones con similitud fáctica y jurídica.

147. Según las anteriores precisiones, el sistema especial de administración de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG es incompatible con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En este sentido, se advierte que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 amplió la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad, de que ello es «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989». Esto se traduce en que lo allí dispuesto no incluyó al personal docente, a esta misma conclusión llegó la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006, en la cual estudió la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

148. Asimismo, el Decreto 1582 de 1998 no extendió la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, como tampoco lo hizo el Decreto 1252 de 2000 al disponer que los empleados públicos tienen derecho «al pago de las cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso [...]», aun cuando exista un «régimen especial» que los regule. Lo anterior, por cuanto este último contiene la precisa referencia al **pago** de la prestación, que es tan solo uno de los elementos que integran el régimen anualizado, lo cual, en efecto se cumple, pues los eventos en los que hay lugar a aquel son comunes en cada uno de los sistemas especiales cuyo rigor se mantiene, de acuerdo con el inciso señalado.

149. Además, del contenido normativo previsto en el mencionado Decreto 1252 de 2000, se deduce que su intención fue la de precisar que todos los empleados públicos quedarán sometidos al régimen anualizado de cesantías, que por regla general es el regulado por la Ley 50 de 1990, sin que ello implicara que todos quedarán cobijados por dicho sistema de administración. Esta conclusión es coherente con la mención de la Ley 432 de 1998, cuyos destinatarios conservaron las reglas a las que se encontraban sometidos y no a la Ley 50 de 1990. En consecuencia, la falta de precisión frente a la Ley 91 de 1989 en modo alguno podía conllevar la modificación de la normativa que los gobernaba, sino que se acompasa con la disposición del 2000, puesto que el personal docente ya estaba regulado por un régimen anualizado de cesantías.

150. Ciertamente, en relación con la oportunidad en la cual los docentes oficiales pueden solicitar retiros parciales, es oportuno señalar que el Consejo Directivo del FOMAG expidió el Acuerdo 34 de 1998 en el que reglamentó el límite temporal de retiro de cesantías parciales a tres (3) años (inciso 1, artículo 5). Esta disposición fue anulada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por medio de la sentencia del 24 de octubre de 2019¹⁴⁴, al encontrar probado que se expidió con falta de competencia. Tal decisión conllevó a que los docentes pudieran disponer de sus cesantías en los casos previstos en la ley, esto es para la

¹⁴⁴ Dentro del proceso con radicación: 11001-03-25-000-2016-00992-00.



adquisición o liberación de gravámenes de vivienda y educación¹⁴⁵, así como para brindar protección ante la eventualidad de desempleo¹⁴⁶.

151. Pues bien, frente **al pago** de las cesantías parciales y definitivas, ambos regímenes sí están amparados por la misma garantía que representa la sanción moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Esta penalidad aplica tanto para los destinatarios de la Ley 50 de 1990 como para el personal afiliado al FOMAG, tal y como se constata con la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación SU CE-SUJ2-012-18 proferida por esta Corporación.

152. En esta última providencia, el Consejo de Estado también sentó jurisprudencia en cuanto al cómputo de los términos para la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y definitivas¹⁴⁷, en consecuencia, inaplicó por ilegal el Decreto 2831 de 2005, e instó a los entes territoriales y al FOMAG a que las solicitudes de reconocimiento de cesantías promovidas por los docentes fueran tramitadas en atención a esas disposiciones legales.

153. En tal virtud, se dispuso la simplificación y optimización del procedimiento para el reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas a través del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Según el artículo 3 de la Ley 1071 del 2006, los servidores públicos podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

«[...] 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos. [...]».

¹⁴⁶ De conformidad con la Ley 244 de 1995.

¹⁴⁷ «[...]

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

[...]».

¹⁴⁸ Se eliminó la doble revisión que establecía el Decreto 2831 de 2005 frente a la resolución de reconocimiento del auxilio de cesantías por parte de la Fidupervisora S.A. Al igual que en el procedimiento anterior, el interesado debe radicar su petición ante la secretaría de educación certificada, la cual deberá estudiarla en un término no mayor a 15 días hábiles, resolver si se reconoce o no la prestación y expedir el acto administrativo definitivo sin solicitar revisión o autorización de la fiduciaria. Una vez surtida la notificación y la ejecutoria de dicho acto administrativo de reconocimiento de la prestación, la secretaría de educación deberá subirla al sistema y remitirla a la Fidupervisora S.A. El pago de la suma reconocida por parte de la fiduciaria no podrá sobrepasar los 45 días hábiles siguientes a la notificación del acto y a su ejecutoria.



154. A continuación, se presenta el resumen de los elementos abordados en este acápite:

SISTEMA	Mecanismo para garantizar la disponibilidad de los recursos	Pago de cesantías (retiros parciales y definitivo)	Sanción por pago tardío (cesantías parciales y definitivas)
Ley 91 de 1989	Está asegurada desde la etapa de planeación del presupuesto del FOMAG	-Parcial: para vivienda y educación -Definitivo: por retiro del servicio (Ley 1071/06 art. 3)	Sí, según lo previsto en la Ley 1071/06 artículo 5 Sentencias SU-336 de 2017 y CE-SUJ2-SII-012-2018 (4961-2015)
Ley 50 de 1990	Sanción moratoria a cargo del empleador que incumpla el plazo del art. 99-2. Deberá pagar un día de salario por cada día de retardo	<u>Trabajadores regulados por el CST:</u> arts. 65 (definitivo) y 102 de Ley 50/90 (parcial) <u>Servidores públicos:</u> -Parcial: para vivienda y educación -Definitivo: por retiro del servicio (Ley 1071/06 art. 3)	Sí Trabajadores regulados por el CST: art. 65 Servidores públicos: según la Ley 1071 de 2006, art. 5

155. En este punto, se destaca que la sanción moratoria hace parte del sistema de administración de cesantías y no del régimen anualizado. Se trata de un instrumento dentro de uno de sus componentes que tiene el propósito de asegurar que se trasladen los recursos necesarios para garantizar la disponibilidad el pago del auxilio de cesantías, en los eventos que la ley lo autoriza.

2.4.4. Regla jurisprudencial

156. De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento.

157. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador.

158. En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,



comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

159. En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica.

160. Con todo, es conveniente aclarar que es cierto que algunos de los integrantes de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a partir del 2019, suscribieron providencias en las que se adoptaron tesis distintas sustentadas en el precedente contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, en relación con el derecho de los docentes afiliados al FOMAG a ser beneficiarios de la sanción moratoria regulada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías, tal y como se expuso en el auto del 24 de agosto de 2023, por el cual la Sección avocó conocimiento del asunto.

161. Sin embargo, el nuevo pronunciamiento de la Corte emitido en la sentencia SU-573 de 2019 y la revisión de los supuestos jurídicos relevantes en la materia llevan a la Sala a unificar su criterio en la presente sentencia y a acoger la regla de interpretación aquí definida. Es así, por cuanto el análisis detallado, lógico y razonado de los sistemas administrados por FOMAG y por las AFP permite concluir que el primero resulta incompatible con la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna de las cesantías.

2.7. Caso concreto

2.7.1. Del derecho a la sanción moratoria

162. En el expediente se encuentra acreditado que Julián David Quintero Agudelo fue nombrado en propiedad como docente de Dosquebradas desde el 15 de marzo de 2006, fecha a partir de la cual también fue afiliado al FOMAG, por ende, es beneficiario del régimen anualizado de liquidación de cesantías, según el certificado de afiliación de la Fiduprevisora S.A.¹⁴⁹, en el que indicó:

«[...] Que consultada la base de datos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio establecido en la Ley 715 de 2001, se informa que la Secretaría de Educación en calidad de ente nominador reporta la siguiente información [...]:

Secretaría de Educación	Tipo de Nombramiento	Tipo de Vinculación	Régimen Pensional	Régimen de cesantías
Dosquebradas	En propiedad	Municipal	Ley 812 de 2003	Anualizado

¹⁴⁹ Folio 29 del índice 17 de Samai.



Número Acto Administrativo	Fecha Acto Administrativo	Fecha de Posesión	Fecha de Afiliación Nombramiento	Estado de Afiliación
181	2006-03-15	2006-03-15	2006-03-15	ACTIVO

[...]»

163. De acuerdo con el extracto de intereses a las cesantías allegado con la demanda¹⁵⁰, al demandante le fueron pagados dos anticipos por concepto de cesantías parciales a cargo del SGP, así:

Fuente recursos	Prestación	Valor	Número resolución	Fecha de pago
Sistema General de Participación	CP	5,779,541	531	2011-11-28
Sistema General de Participación	CP	12,930,285	803	2018-07-27

164. El mismo documento indica que se le pagaron los siguientes intereses:

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2006	6.56%	754,820	745,820	48,926	11/03/2008	Reprogramación
2007	8.26%	1,038,751	1,784,571	147,406	10/03/2008	Presente pago
2008	10.04%	1,202,532	2,987,103	299,905	06/04/2009	Presente pago
2009	6.24%	1,363,230	4,350,333	271,461	30/03/2010	Presente pago
2010	3.88%	1,429,208	5,779,541	224,246	10/03/2011	Presente pago
2011	4.61%	1,473,039	1,473,039	67,907	21/03/2012	Presente pago
2012	5.85%	1,546,692	3,019,731	176,654	27/03/2013	Presente pago
2013	4.44%	1,599,899	4,619,630	205,112	22/03/2014	Presente pago
2014	4.46%	1,709,324	6,328,954	282,271	18/03/2015	Presente pago
2015	5.13%	1,845,347	8,174,301	419,342	12/03/2016	Presente pago
2016	7.52%	2,010,838	10,185,139	765,922	17/03/2017	Presente pago
2017	6.37%	2,745,146	12,930,285	823,659	16/03/2018	Presente pago
2018	5.05%	3,440,789	3,440,789	173,760	19/03/2019	Presente pago
2019	4.98%	4,305,235	7,746,024	385,752	24/03/2020	Presente pago
2020	3.64%	6,073,732	13,819,756	503,039	27/03/2021	Presente pago

¹⁵⁰ Folios 66 y 67 del índice 1 de Samai.



PAGOS REALIZADOS			
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Pago neto
220803310148919	2008-03-31	Banco Agrario de Colombia	196,332
200904170165778	2009-04-17	Banco Agrario de Colombia	299,905
201004120202084	2010-04-12	Banco Agrario de Colombia	271,461
201103180179374	2011-03-18	Banco Agrario de Colombia	224,246
201205090216181	2012-05-09	Banco Agrario de Colombia	67,907
201304080009629	2013-04-08	BBVA Colombia	176,654
201403280009083	2014-03-28	BBVA Colombia	205,112
201503270009694	2015-03-27	Davivienda (Bancafé)	282,271
201603310009747	2016-03-31	Banco Davivienda	419,342
201703310009541	2017-03-31	Banco Davivienda	765,922
201803280009550	2018-03-28	Banco Davivienda	823,659
201903290009493	2019-03-29	Banco Davivienda	173,760
202003310009289	2020-03-31	Banco Davivienda	385,752
202103310009052	2021-03-31	Banco Davivienda	503,039

165. El 15 de julio de 2021¹⁵¹, el docente le solicitó al municipio de Dosquebradas, Secretaría de Educación lo siguiente: la indicación de la fecha de consignación al FOMAG de las cesantías del 2020; la expedición de la respectiva copia de la planilla y el certificado de disponibilidad presupuestal utilizados para ese efecto; que le informara si se había efectuado un reporte de no consignación o pago a la Fiduprevisora S.A. o al FOMAG; y que le expidiera la copia del acto administrativo de reconocimiento de la prestación social correspondiente a ese año.

166. La petición fue resuelta con la certificación del 30 de julio de 2021¹⁵², en la cual la líder administrativa y financiera de la Secretaría de Educación de Dosquebradas, le informó:

«[...] Que a través del acuerdo 39 de 1998 se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

Conforme a las instrucciones dadas por la citada entidad a través del comunicado 008 del 11 de diciembre del 2020, radicado 20200170161153, la Secretaría de Educación realizó el proceso de liquidación de cesantías y dispuso el envío de un informe consolidado con el número de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo (Humano) con el valor total de las cesantías causadas a 31 de diciembre del año 2020.

Dicha información fue remitida por medio magnético al correo interesescesantias@fiduprevisora.com.co y de forma física como soporte documental, firmados por la autoridad nominadora y el pagador de la entidad territorial certificada, el 29 de enero de 2021.

De igual manera, esa misma información fue enviada por medio de correo certificado. Empresa de mensajería Servientrega, Guía No. 9129033774, siendo el cargue exitoso de la información el 03 de febrero de 2021, según la comunicación del FOMAG vía correo electrónico.

¹⁵¹ Folios 56 y 57 del expediente que obra en el índice 1 de Samai.

¹⁵² Folio 59 del expediente que obra en el índice 1 de Samai.



Según el citado comunicado la fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, fue hasta el 05 de febrero de 2021.

Se adjunta copia de la guía y confirmación del FOMAG [...]» (Subrayas fuera del texto original).

167. El 16 de julio de 2021¹⁵³, el solicitante radicó petición ante el municipio de Dosquebradas, Secretaría de Educación, FOMAG, para reclamar lo siguiente:

«[...] 1. Se le reconozca y pague al docente que actúa como solicitante en esta petición, la SANCIÓN POR MORA, por la no consignación de las cesantías establecida en Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que la entidad territorial acredite el pago en la Fiduciaria La Previsora S.A., entidad encargada de administrar los recursos de la cuenta especial de la Nación – FOMAG, que a la fecha de presentación de esta petición no ha sido cancelada.

2. Se le reconozca y pague al docente que actúa como solicitante en esta petición, la sanción por mora – indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de las sanciones moratorias referidas en los numerales anteriores [...]»

168. Por medio del oficio del 17 de agosto de 2021, acto acusado¹⁵⁴, el coordinador de prestaciones sociales SEM negó la anterior reclamación, con base en los siguientes argumentos:

i) No le es aplicable la sanción por mora prevista en la Ley 50 de 1990 por la falta de consignación del auxilio de cesantías del 2020, por ser beneficiario de un régimen excepcional regulado por la Ley 91 de 1989, modificado por el Decreto 2831 de 2005 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019. En este sistema, las cesantías se reconocen y pagan, previa solicitud del docente oficial.

ii) La indemnización moratoria por la falta de pago de los intereses a las cesantías del 2020 antes del 31 de enero de 2021 es improcedente, toda vez que de conformidad con el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1989, el FOMAG «[...] realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información ha sido remitida a la entidad fiduciaria que administra los recursos del fondo a más tardar el 5 de febrero de cada año [...]»;

¹⁵³ Folios 50 y 51 del expediente que obra en el índice 1 de Samai.

¹⁵⁴ Folios 53 a 56 del expediente que obra en el índice 1 de Samai.



En consecuencia, no hay lugar a aplicar las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares en forma directa o por analogía, como lo consideró el Consejo de Estado¹⁵⁵.

iii) Frente a la indexación de ambas sanciones pretendidas, «[...] el reclamo tampoco tiene asidero jurídico [...]».

169. La vicepresidencia del FOMAG, mediante oficio 20210173268781 del 19 de octubre de 2021¹⁵⁶, también se pronunció frente a las solicitudes del demandante en los siguientes términos:

- i) En relación con la del 15 de julio de 2021, expuso el procedimiento para el pago de las cesantías de sus afiliados y concluyó que a ese fondo no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en tanto su naturaleza difiere de una sociedad administradora de naturaleza privada.
- ii) Sobre la fecha de pago de los intereses a las cesantías del 2020, señaló que se efectuó el 31 de marzo de 2021, por la suma de \$503.039.
- iii) La petición del 16 de julio de 2021 fue denegada con base en los mismos razonamientos de la secretaría de educación municipal a través del oficio del 17 de agosto de 2021 (acto acusado).

170. En el presente caso, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pereira en sentencia del 29 de junio del 2022 declaró la nulidad del acto acusado y condenó al FOMAG al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por falta de consignación de las cesantías. Consideró que aun cuando los docentes oficiales en principio no están cobijados por dicha norma, se les debe aplicar como a los demás servidores públicos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional -sentencia SU-098 de 2018- y del Consejo de Estado a partir del 2020¹⁵⁷.

171. En la apelación, el Ministerio Público señaló que, si bien la decisión de primera instancia es respetuosa del precedente de las altas cortes, las circunstancias fácticas del *sub judice* son diferentes de las analizadas por los órganos de cierre en las providencias referenciadas. Por su parte, el FOMAG alegó que la Ley 50 de 1990 no le es aplicable a los docentes del sector público y, el demandante, que la condena debe imponerse al empleador, esto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional por el retardo en el giro de los recursos correspondientes.

172. En virtud de los elementos de prueba allegados al proceso, se encuentra demostrado que Julián David Quintero Agudelo es docente en propiedad del municipio de Dosquebradas desde el 15 de marzo de 2006. Desde su vinculación

¹⁵⁵ En sentencia del 24 de enero de 2019, con radicado 76001233100020090086701 (4854-2014).

¹⁵⁶ Folios 68 a 72 del expediente que obra en el índice 1 de Samai.

¹⁵⁷ Citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2020, radicación 08001-23-31-000-2014-00254-01(4960-17).



fue afiliado al FOMAG y efectuó retiros parciales de cesantías en 2011 y 2018, con cargo a los recursos del fondo provenientes, entre otros, del Sistema General de Participaciones.

173. Al hacer el ejercicio de comparación en el caso concreto del demandante, se advierte que tal como lo alega el FOMAG, el sistema de administración anual del que es beneficiario le resultó de mayor provecho frente al previsto en la Ley 50 de 1990. Es así por cuanto en el primero devengó \$4.795.362 por concepto de intereses, incluso con los retiros parciales que efectuó en el 2011 y 2018, mientras que, en el segundo, habría recibido una suma inferior por el mismo concepto, esto es \$3.906.792. Además, contrario a lo señalado en la apelación, el docente sí dispuso de los recursos en el momento en que lo requirió, con lo que se cumplió la finalidad constitucional y legal de la prestación social.

174. Así las cosas, de acuerdo con la regla jurisprudencial fijada en precedencia, la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 cuya aplicación pretende el demandante, es incompatible con el sistema especial que lo beneficia en su condición de docente afiliado al FOMAG. En consecuencia, no tiene derecho al pago de la penalidad.

2.7.2. El derecho a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías

175. En el escrito inicial, el actor pidió el reconocimiento de la indemnización prevista en la Ley 52 de 1975, por el pago tardío de los intereses sobre las cesantías.

176. La sentencia de primera instancia accedió a la pretensión y ordenó al FOMAG que reconociera al docente la indemnización equivalente un día de salario por cada día de mora, por 40 días, pues el *a quo* consideró que el fondo debía cancelar los intereses el 14 de febrero de 2021 pero solo giró la suma hasta el 27 de marzo del mismo año.

177. El FOMAG apeló la anterior decisión y adujo que tal indemnización no se encuentra regulada en la Ley 50 de 1990, sino en el ordinal 3, artículo 1 de la Ley 52 de 1975, de la que son destinatarios los trabajadores particulares y no los docentes estatales.

178. Para analizar el planteamiento propuesto, se pone de presente que, la Ley 91 de 1989¹⁵⁸ dispone que el FOMAG reconoce y paga un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año a los docentes oficiales afiliados. Este procedimiento se encuentra regulado en el Acuerdo 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del fondo¹⁵⁹, así:

¹⁵⁸ Artículo 15, numeral 3, literal b).

¹⁵⁹ Artículos 2 a 4.



	Ente a cargo	Trámite	Plazo
1	Entidad territorial / establecimiento educativo oficial	Remitir a la Oficina Regional del FOMAG a cargo de la secretaría de educación departamental o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías	Dentro de los primeros 20 días de enero de cada año ¹⁶⁰
2	La Oficina Regional del FOMAG	Remitir la información debidamente verificada a la Fiduprevisora S.A. o devolverla en caso de inconsistencias	10 días hábiles siguientes
3	FOMAG	Pago de los intereses a los docentes afiliados	- En marzo, si la información fue enviada a la fiduciaria antes del 5 de febrero - En mayo, si se remitió entre el 6 de febrero y el 15 de marzo - Si excede lo anterior, se programarán pagos en nóminas posteriores (mayo, agosto y diciembre) y se informará al Consejo Directivo del FOMAG.

179. De acuerdo con lo expuesto, el término para el pago oportuno de los intereses a las cesantías es en el mes de marzo del año siguiente a su liquidación, en la cuenta de nómina reportada por la secretaría de educación a la cual se encuentre adscrito el docente y en caso de que no se haya registrado ninguna, se programa su entrega por ventanilla¹⁶¹. De igual forma, el parágrafo 2 del artículo 4 *ibidem*, prevé que es responsabilidad del ente territorial reportar oportunamente la información requerida para el pago de los intereses a las cesantías. Con todo, pese a que la Ley 91 de 1989 no prevé una sanción moratoria por el pago tardío de intereses, el fondo de cesantías no puede evadir las fechas dispuestas en la norma que regulan el respectivo sistema de administración.

180. Por otra parte, es necesario señalar que para 1975, se encontraba vigente el Código Sustantivo del Trabajo adoptado por medio del Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, que preveía en el artículo 249 la liquidación de la prestación con destino a los trabajadores particulares y oficiales, gobernados por el Código Sustantivo del Trabajo¹⁶².

¹⁶⁰ «[...]»

En el evento en que con posterioridad al 20 de enero de cada año la entidad territorial o el establecimiento público educativo oficial, presenten novedades tales como inconsistencias de la información, cesantías dejadas de reportar, reprogramación por no cobro y otros, deberá informarlo a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio, responsable de canalizar la información, quien deberá recibirla, depurarla y remitirla dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de su recibo, a la entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su liquidación, programación y pago de los respectivos intereses.»

¹⁶¹ Información obtenida del FOMAG, la cual puede ser consultada en el siguiente link: <https://www.fomag.gov.co/intereses-a-las-cesantias/#:~:text=El%20pago%20de%20intereses%20en,pago%20se%20programa%20por%20ventanilla>.

¹⁶² El beneficio de los intereses legales del 12% también se estableció en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1999, aplicable a los empleados públicos que se hubieran acogido al sistema anualizado de cesantías.



181. Así, la Ley 52 de 1975 integrada por tres artículos, estipuló el reconocimiento de intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares a partir del 1 de enero de 1976¹⁶³. Su cuantía es del 12% anual sobre los saldos que tenga a su favor a 31 de diciembre de cada año, o a la fecha de retiro de aquel o de la liquidación parcial de dicha prestación social (artículo 1, numeral 1). Este porcentaje fue el mismo que acogió el artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990 para sus beneficiarios, así como el plazo para su pago, según el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, que reglamentó la anterior.

182. La consecuencia derivada del incumplimiento de esta obligación por parte del empleador es la de pagar una «suma adicional igual a dichos intereses» a título de indemnización por cada vez que incumpla, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes (artículo 5 del Decreto 116 de 1976).

183. Sobre la sanción en mención y su extensión al sector público, el Consejo de Estado sostuvo que «[...] por expreso mandato del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, solo son beneficiarios los trabajadores a quienes se apliquen las normas del Código Sustantivo de Trabajo relacionadas con el auxilio de cesantías»¹⁶⁴.

184. Ahora bien, en el caso específico de los docentes oficiales, la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006 determinó que la divergencia en cuanto al manejo de los intereses a las cesantías y específicamente, el que no se haya señalado esa consecuencia pecuniaria, se ajusta a la Constitución Política, en atención a que el sistema de cesantías del sector privado es diferente del de los educadores estatales regulado por la Ley 91 de 1989.

185. Posteriormente, se demandó en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad la expresión «particulares», contenida en el título de la Ley 52 de 1975. En aquella oportunidad, el accionante sostuvo que aquella vulneraba el derecho a la igualdad de los docentes al servicio del Estado respecto de los trabajadores particulares, al establecer términos diferentes para el pago de los intereses a las cesantías y pese a que existan retrasos no se genera la indemnización que sí prevé el otro sistema.

186. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-393 del 2011 declaró exequible la expresión demandada, al considerar que la Ley 52 de 1975 tenía la finalidad de permitir que las sumas de cesantías pudieran ser utilizadas como capital de trabajo por los fondos administradores privados a cambio de un rendimiento razonable de los trabajadores. Por otra parte, la Ley 91 de 1989 pretendió corregir el desorden que el magisterio padecía en materia salarial y prestacional, replantear

¹⁶³ Según lo dispuesto en el Decreto 116 de 1976, reglamentario de la Ley 52 de 1975, artículo 2.

¹⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 5 de mayo de 2005, radicación: 44001-23-31-000-2002-00632-01(1713-04); del 9 de mayo de 2005, radicación: 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04); del 9 de mayo de 2005, radicación: 44001-23-31-000-2002-00713-01(1659-04); y del 21 de junio de 2018, radicación: 47001 23 33 000 2012 00052-01 (3643-14).



los mecanismos financieros y administrativos vigentes para el pago de las obligaciones existentes y futuras, así como distribuir claramente las responsabilidades entre el sector central y el descentralizado.

187. En definitiva, concluyó que no es posible comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial que comprende asuntos prestacionales y de seguridad social, basado en sus propias reglas, principios e instituciones.

188. En esas condiciones, es razonable concluir que a los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho al reconocimiento de la indemnización estipulada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías.

189. Ahora bien, en la sentencia de primera instancia se condenó al FOMAG al pago de la sanción de un día de salario por cada día de retardo, en los términos de la Ley 50 de 1990, que corresponde a la que se genera por el incumplimiento de la consignación oportuna del auxilio. Es decir, tampoco se refirió a la penalidad de la Ley 52 de 1975 pretendida por el demandante equivalente al doble del valor de los intereses. Sin embargo, no existe fundamento jurídico alguno que sustente esa condena, de manera que tampoco es procedente.

190. En todo caso, la liquidación de la prestación social de los docentes del municipio de Dosquebradas con corte al 31 de diciembre de 2020 fue enviada por la correspondiente secretaría de educación el 29 de enero de 2021 y esta, a su vez, remitida al fondo el 3 de febrero siguiente. En consecuencia, el FOMAG pagó los intereses a las cesantías del 2020 el 31 de marzo de 2021 a través de la entidad bancaria Davivienda, según el comprobante 202103310009052, por una suma equivalente a \$503.039, es decir, dentro del término previsto en el Acuerdo 39 de 1998.

2.7.3. Conclusión

191. Con fundamento en lo expuesto, se concluye que Julián David Quintero Agudelo no tiene derecho a la sanción moratoria prevista en el artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990, puesto que es incompatible con el sistema de liquidación anualizada de cesantía que administra el FOMAG, al cual se encuentra afiliado y tampoco al reconocimiento de la indemnización estipulada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses del 12%, comoquiera que no está prevista por la Ley 91 de 1989.

192. En esas condiciones, se revocará la sentencia proferida el 29 de junio del 2022 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pereira mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda para, en su lugar, negarlas.

2.7.4. Costas



193. No se impondrá condena en costas. Lo anterior, en línea con el criterio acogido por esta Sección¹⁶⁵ en anteriores oportunidades, en las cuales consideró que, en los casos resueltos a través de una sentencia de unificación, en aplicación de las reglas allí definidas no hay lugar a ello, al amparo de los principios de buena fe y confianza legítima.

2.8. Efectos en el tiempo de la presente decisión

194. Por regla general, esta corporación¹⁶⁶ ha conferido efectos de aplicación inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación. Lo anterior se sustenta en el acatamiento de los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales¹⁶⁷.

195. La Sala no pasa por alto que en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se han emitido distintos pronunciamientos en los que se han definido litigios relativos a las reclamaciones de docentes afiliados al FOMAG, para obtener el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en los cuales se interpretó que el precedente vinculante para estos casos era el contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional. En relación con tales providencias, se considera que se debe dar prevalencia a la institución jurídica de la cosa juzgada, en atención a las garantías de estabilidad, razonabilidad y seguridad jurídica que aquella representa.

196. Por lo anterior, en esta oportunidad, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos¹⁶⁸ a la presente decisión, toda vez que no restringe el acceso a la administración de justicia ni afecta los derechos adquiridos o fundamentales de las partes y se adopta el mismo criterio de aplicación retrospectiva. En ese orden, la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la

¹⁶⁵ Entre otras, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de junio de 2021, radicación: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018) SUJ-024-CE-S2-202; sentencia del 9 de septiembre de 2021, radicación: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) SUJ-025-CE-S2-2021; sentencia del 28 de julio de 2022, radicación: 25000234200020130238001 (2656-2014) SUJ-028-CE-S2-2022.

¹⁶⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

¹⁶⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01.

¹⁶⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación: 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ). De la Sección Segunda, sentencia del 18 de julio de 2018, radicación: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) SUJ-012-S2. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 25 de septiembre de 2017, radicación 08001233300020130044-01.



salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. – Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

Segundo. – Revocar la sentencia proferida el 29 de junio del 2022 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pereira que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por Julián David Quintero Agudelo, contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, FOMAG y el municipio de Dosquebradas (Risaralda) y, en su lugar, denegarlas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. – Sin condena en costas.

Cuarto. – Advertir a la comunidad en general que la presente decisión es de aplicación inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación, de manera que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial.

Quinto. – Precisar que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.



Sexto. – Efectuar las anotaciones correspondientes en Samai y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al juzgado de origen.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Firmada electrónicamente

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
Firmada electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Firmada electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmada electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmada electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

