



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

CONSEJERO PONENTE: JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto 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
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)¹ y municipio de Dosquebradas (Risaralda)

Tema: Avoca conocimiento para proferir sentencia de unificación en torno a la aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 en el régimen de docentes oficiales.

AUTO QUE AVOCA PARA UNIFICACIÓN

Asunto

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado decide la solicitud de unificación de jurisprudencia formulada por el Ministerio Público y coadyuvada por el FOMAG, que fue remitida por el Tribunal Administrativo de Risaralda por medio de auto del 30 de agosto de 2022².

1. Antecedentes

La demanda

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 Administrativo³, Julián David Quintero Agudelo presentó demanda en orden a que se declare la nulidad del oficio del 17 de agosto de 2021 expedido por el coordinador de prestaciones sociales de la secretaría de educación municipal de Dosquebradas, por el cual se le negó la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 por la falta consignación de las cesantías y la indemnización prevista en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías del mismo año.

¹ En lo sucesivo FOMAG.

² Samai, archivo digital 003, que puede ser consultado en el link: https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=66001333300120220016016600123

³ En adelante CPACA.



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

Fundamentos fácticos

3. Como hechos relevantes se señalaron los siguientes:

- Julián David Quintero Agudelo fue nombrado en propiedad y se posesionó como docente del municipio de Dosquebradas desde el 15 de marzo de 2006, fecha en la que también fue afiliado al FOMAG.

- El 16 de julio de 2021 solicitó ante la secretaría de educación municipal de Dosquebradas el reconocimiento de la sanción derivada de la mora en la consignación de las cesantías del 2020 y la indemnización ocasionada por el pago tardío de los intereses a las cesantías de ese año.

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

- 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 213 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 Decretos 1176 de 1991 y 1582 de 1998.



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 razones⁴:

- 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. Esto 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.
- En varios pronunciamientos, la Corte Constitucional⁵ y el Consejo de Estado⁶ reconocieron la sanción contenida 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 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 los afiliados.
- 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.
- 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:
 - i) 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 [...]», conforme al artículo 53 de la Constitución Política, esto es, aquella que reconoce que este grupo tiene derecho a la sanción por mora.

⁴ Folios 6 a 43 del índice 1 de Samai.

⁵ 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.

⁶ 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)



- ii) El artículo 1 del Decreto 1252 del 2000⁷ extendió el ámbito de aplicación de las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 a todos los empleados públicos, puesto que tienen derecho a gozar del «[...] pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de la protección que deriva de esa prestación [...]».
- iii) 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.
- 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 pago de intereses a sus beneficiarios⁸.
 - De acuerdo con el literal b) del 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 lamentablemente mi representado»; sin embargo, resulta ilógico reclamar la señalada penalidad por los años anteriores al 2009, en razón a la prescripción.
 - En el proceso se demuestra que la suma pagada en la cuenta de nómina del demandante corresponde a los intereses a las cesantías del 2020, ocurrida además en forma extemporánea, es decir después del 31 de enero de 2021, de modo que también da lugar a la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975⁹, a cargo de las entidades demandadas.

⁷ «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública».

⁸ 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).

⁹ «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.



- 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. Así las cosas y en concordancia con la Ley 50 de 1990, la consignación debe hacerse antes del 15 de febrero (cesantías) y de el 31 de enero del siguiente año (intereses a las cesantías), respectivamente, en la cuenta individual dispuesta para el docente en el FOMAG.
- En los últimos 10 años, el citado fondo se ha visto afectado debido a la presentación de más de 60.000 demandas en Colombia por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los educadores, pues, en la medida en que no se consignan, tampoco hay disposición de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuando se reclaman por los titulares.

La sentencia apelada

6. El Juzgado Primero Administrativo de Pereira profirió sentencia el 29 de junio del 2022¹⁰ 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.

7. Como consecuencia de lo anterior, condenó al FOMAG al reconocimiento de la sanción por mora prevista en la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías de 2020 (desde el 15 de febrero de 2021 hasta la fecha en que se haga efectivo el cumplimiento de esta obligación) y en el pago de los intereses a las cesantías (40 días). Igualmente, 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.

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

- Los docentes están regulados por una norma especial y, en principio, no son destinatarios de la Ley 50 de 1990. Esta última normativa fue extendida en forma exclusiva 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.

2. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a 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.»

¹⁰ Samai, archivo digital 21.



- No obstante, el Consejo de Estado acogió el criterio de favorabilidad¹¹ expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias SU-098 de 2018 y SU-332 de 2019. Por ende, es posible aplicar a los docentes oficiales la Ley 50 de 1990 en lo concerniente a la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de modo que a aquellos también se les debe depositar la suma reconocida por ese concepto con corte a 31 de diciembre de cada año en el FOMAG, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, so pena de la configuración de tal penalidad.

- En el *sub lite* se encuentra probado que Julián David Quintero Agudelo se vinculó al servicio docente oficial a partir del 15 de marzo de 2006 en el municipio de Dosquebradas, por consiguiente, se encuentra cobijado por el régimen anualizado de cesantías regulado en el literal b), numeral 3, artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

- Según el reporte del FOMAG, no se ha efectuado la consignación de las cesantías causadas en 2020 y el giro de los intereses se realizó el 27 de marzo de 2021, razón por la cual es acreedor de la sanción por mora reclamada, así:

- i) Por el retardo en el pago de los intereses a las cesantías, entre el 15 de febrero del 2021 y el 30 de marzo de ese año (40 días).
- ii) Por la falta de consignación de las cesantías, desde el 15 de febrero de 2021 y hasta la fecha en que se registre el depósito en el FOMAG.

- La mora es atribuible al FOMAG por cuanto el docente fue afiliado a aquel fondo desde su posesión en el cargo. Además, el parágrafo 1, artículo 1 del Decreto reglamentario 3752 de 2003¹², solo prevé la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales correspondientes, cuando omite realizar la mencionada afiliación.

- No se configuró la prescripción, en la medida en que entre la exigibilidad del derecho (15 de febrero de 2021) y la reclamación administrativa (16 de julio de 2021) no se excedió el término de tres años¹³.

¹¹ Al respecto, señaló que en 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).

¹² «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».

¹³ Previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, aplicable según lo expuesto en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020.



Los recursos de apelación

9. El **Ministerio Público** interpuso recurso de apelación¹⁴, en el cual señaló que la decisión de primera instancia es respetuosa del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado expuesto en las sentencias invocadas como fundamento. Sin embargo, este debe ser modificado o precisado, en tanto las circunstancias fácticas del *sub judice* son diferentes a las analizadas por los órganos de cierre en las providencias referenciadas.

10. **FOMAG** manifestó su desacuerdo frente a la sentencia de primera instancia¹⁵ y expuso como argumento para su revocatoria 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:

- 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 cuentas individuales, conformadas por una subcuenta de corto y largo plazo. | Se creó bajo el principio de unidad de caja, por lo que las cesantías de sus beneficiarios no se administran en cuentas individuales. Los recursos se administran conforme a la Ley 91/89, las cláusulas del contrato fiduciario y las determinaciones que apruebe el Consejo Directivo del FOMAG. |
| Fuentes de financiación | a) Las sumas que por concepto de auxilio de cesantías consigne el empleador; b) los aportes voluntarios de los afiliados independientes (Dec. 1063/91, arts. 12, literal b) y 31). c) los aportes de las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado | a) El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado; b) las cuotas personales de inscripción equivalentes a 1/3 parte del primer sueldo mensual devengado, y 1/3 parte de sus posteriores aumentos; b) el aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los |

¹⁴ Archivo digital 23 de Samai.

¹⁵ Archivo digital 24 de Samai.



Radicado: 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022)
 Demandante: Julián David Quintero Agudelo

| | | |
|---|---|--|
| | (Ley. 79/88, art. 59 y Decs. 468/90 y 4855/06). d) los aportes de las entidades públicas del sector salud, de la rama judicial o del nivel territorial (Dec. 1582/98). e) las sumas entregadas por la nación a través del Sistema General de Participaciones; f) las sumas entregadas por la Nación y las entidades territoriales por concepto de los contratos de concurrencia; g) los rendimientos generados por los activos que integran los portafolios del fondo; h) el producto de las operaciones de venta de activos; e i) cualquier otro ingreso que resulte a favor de los portafolios del fondo. | factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes. c) 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; d) el 5% de cada mesada pensional que pague el fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados; e) 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) |
| Sujetos beneficiarios | Trabajadores particulares y empleados públicos | El personal docente al servicio del Estado |
| Afiliación | Es voluntaria | Es obligatoria conforme al art. 1 del Dec. 3752/03 |
| Régimen de liquidación de cesantías de sus afiliados | Añualizado, previsto en la Ley 50/90, art. 99 | Añualizado, regulado en la Ley 91/89, art. 15, b). |
| Los 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. |

- En virtud del artículo 5 del Decreto 3752 del 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 y se compone de las siguientes etapas:

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



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

iv) En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

- 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 descrito, ente ellas las cesantías y los intereses¹⁶. En lugar de ello, los educadores están facultados para retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley¹⁷.

- En relación con las cesantías del 2020, período respecto del que se alega el incumplimiento en la consignación, la Fiduprevisora emitió el comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019, por el cual se determinó que el término 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.

- Tampoco hay lugar a acceder a la pretendida indemnización frente a 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 beneficiarios del FOMAG se realiza en marzo, según lo descrito en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998¹⁸. En el caso concreto del demandante, el correspondiente a la vigencia reclamada se efectuó el 31 de marzo de 2021, de modo que no se originó el derecho a

¹⁶ De acuerdo con los artículos 8 de la Ley 91/89; 8 y 36 de la Ley 715/01.

Ley 91 de 1989, artículo 8; Ley 715 de 2001, artículo 8 y 36; Decreto 196, artículos 12 y 13

¹⁷ 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.

¹⁸ «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».



indemnización alguna.

- El *a quo* realizó una indebida interpretación de la jurisprudencia citada en el libelo de la demanda. Es así, en atención a que, en la sentencia SU-098 de 2018, el municipio demandado no había efectuado la afiliación del 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.

- Frente al asunto concreto, se tiene que i) Julián David Quintero Agudelo fue afiliado al FOMAG desde el 15 de marzo de 2006, cuando se efectuó su nombramiento al servicio del municipio de Dosquebradas; y ii) 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.

11. **Julián David Quintero Agudelo** apeló la decisión de primera instancia¹⁹, en cuanto se condenó al FOMAG por considerarlo el responsable de la falta de consignación de las cesantías, son sustento en lo siguiente:

- Los recursos para el pago de las cesantías de los docentes le llegan en forma tardía al FOMAG. En esas condiciones, no le es posible cumplir con el pago oportuno de los intereses anuales de sus afiliados, al estar desfinanciado.

- La entidad responsable del pago de las acreencias reclamadas es el patrono o empleador, es decir, la Nación – Ministerio de Educación Nacional, por virtud de lo dispuesto en las leyes 91 de 1989 y 715 de 2001.

- Debido al proceso de nacionalización de la educación ocurrido con ocasión de la Ley 43 de 1975, el FOMAG «recogió los recursos que tenía el Fondo Nacional del Ahorro de los docentes nacionales por concepto de cesantías y en las cajas de previsión territoriales de los docentes de esos niveles, y las de aquellos nacionalizados (entes territoriales y nación), con base en los que sustentó su nacimiento y primera financiación».

- Las competencias para el giro de los recursos y el pago de las prestaciones sociales de los docentes a cargo del FOMAG se distribuyeron así:

i) La Nación y las entidades territoriales deberán trasladarle las sumas que, de acuerdo con la liquidación de cuentas ordenadas por la ley resulten adeudadas por causa de las prestaciones generadas y no exigibles con anterioridad al 31 de diciembre de 1989;

¹⁹ Archivo digital 25 de Samai.



ii) La Nación como empleadora es la responsable de girar las partidas para cubrir las prestaciones sociales del personal docente causadas a partir del 1 de enero de 1990, por disposición del artículo 9 del Decreto 2563 de 1990. Para ello, está obligada a realizar los descuentos mensuales de las nóminas del Sistema General de Participaciones (SGP)²⁰, para trasladarlo al fondo a más tardar el 30 de diciembre de cada año.

iii) Al FOMAG le corresponde velar para que la Nación cumpla con los aportes destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes por mandato de los ordinales 4 y 5 del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, entre ellos, el equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de dichos servidores públicos.

- La Nación se ha aprovechado de su posición dominante, no solo frente al «trabajador», sino ante el FOMAG mismo, por cuanto no gira los recursos correspondientes al valor de las prestaciones sociales, como lo son las cesantías, desencadenando entonces que el administrador de los recursos esté insolvente y no pueda cubrir las necesidades de sus afiliados en forma oportuna.

La solicitud de unificación de jurisprudencia

12. Mediante auto del 30 de agosto de 2022²¹, el Tribunal Administrativo de Risaralda dispuso la remisión del expediente a la Sección Segunda de esta Corporación²², para que resolviera la solicitud de unificación de la jurisprudencia presentada por el procurador 157 judicial II para asuntos de conciliación administrativa y coadyuvada por el FOMAG, de conformidad con lo regulado en el artículo 271 del CPACA.

13. El agente del Ministerio Público solicitó que por razones de importancia jurídica se 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 omisión frente a la afiliación del educador al FOMAG por parte del ente territorial o retardo en el traslado de los recursos al fondo, como sucedió en los casos

²⁰ Ley 715 de 2001 artículo 18 parágrafo 1

²¹ Samai, archivo digital 003

²² El 8 septiembre de 2022, visible en el índice 7 de Samai.



analizados por la jurisprudencia de las altas cortes²³. Para sustentar su solicitud, expuso lo siguiente:

- 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 prevé la sanción moratoria 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. |

- Por su parte, la Corte Constitucional ha emitido los siguientes pronunciamientos:

- i) En la sentencia C-928 de 2006, expuso que la diferencia en el tratamiento de los rendimientos sobre las cesantías de los beneficiarios del FOMAG no vulnera el principio de igualdad, sino que dicho trato diferenciado busca protegerlos, pues gozan de un sistema especial acorde con la forma de ingreso y la labor que desarrollan al servicio del Estado.
- ii) En la sentencia SU-098 de 2018, indicó que a los docentes oficiales no se les puede excluir de la aplicación de la sanción moratoria estipulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

- La interpretación de la Corte en la última de las providencias señaladas, se hizo alrededor de un marco fáctico distinto al analizado en el proceso de la referencia. Por esa razón debe reevaluarse la aplicación *in genere* de dicho criterio, pues

²³ Al respecto citó las siguientes: de la Corte Constitucional, sentencias C-928/06, SU098/18 y SU332/19.

Del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, fallo del 24 de enero de 2019, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, No. Interno:4854-2014, Actor: Álvaro Bonilla Guerrero, Demandado: municipio de Santiago de Cali – secretaria de educación municipal.- Asunto: Cumplimiento de la sentencia de tutela SU098/18 del 17 de octubre de 2018, mediante la cual ordenó proferir nuevo fallo dentro del proceso.



conlleva desconocer la naturaleza del fondo expuesta 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 del 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 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. |

- Tampoco es 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 demanda. 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 endilgaba el incumplimiento del municipio en el traslado de las cesantías al momento de afiliar al docente al FOMAG.

- En suma, es necesario que, a partir de las diferencias entre ambos regímenes de cesantías, 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 citadas en precedencia.

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

3. Consideraciones

3.1 Competencia

15. Corresponde a esta Sección decidir sobre la solicitud de unificación de la jurisprudencia presentada por el Ministerio Público y el FOMAG con fundamento en



los artículos 14 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019²⁴ y 125²⁵ (numeral 2, letra a) y 271 del CPACA.

3.2 Problema Jurídico

16. Se circunscribe a resolver el siguiente interrogante:

¿En el presente caso se cumplen los presupuestos regulados en el artículo 271 del CPACA para avocar su conocimiento y proferir sentencia de unificación en relación con la aplicación de la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales?

3.3. Presupuestos para que el Consejo de Estado asuma la competencia para proferir una sentencia de unificación

17. La Ley 1437 de 2011 asignó la misión unificadora al Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo. Con ello, el legislador concedió un nuevo alcance a las sentencias de unificación, como fuente formal del derecho y como parámetro del ejercicio de la función administrativa, así lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011, al sostener:

«[...] corresponde a ese alto tribunal la facultad constitucional de delimitar, con fuerza de autoridad, el contenido y alcance de los preceptos legales que guían y delimitan la actividad de los servidores públicos que ejercen función administrativa. Esto, a su vez, redundará en el cumplimiento de los propósitos previstos por el legislador, consistentes en (i) reconocer a la jurisprudencia que emiten las altas cortes como fuente formal de derecho; (ii) propiciar, a partir de ese reconocimiento, el uso de las reglas de origen judicial por parte de las autoridades administrativas, de modo que se uniformen la aplicación del derecho y se evite la nociva práctica de diferir el reconocimiento de derechos y otras posiciones jurídicas, suficientemente definidas en las sentencias mencionadas, al escrutinio judicial.»

18. Para dar cumplimiento a lo anterior, el artículo 271¹⁴ de la Ley 1437 de 2011 dispuso que el Consejo de Estado puede asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o decisión interlocutoria, de oficio o a solicitud de parte, por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales o a petición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público, que

²⁴ Por el cual se expide el reglamento interno del Consejo de Estado.

²⁵ «Artículo 125. De la expedición de providencias. La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

A) las que decidan si se avoca conocimiento o no de un asunto de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 111 y con el artículo 271 de este código;

[...]»



ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, 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.

19. Igualmente, la norma previó que, para asumir el trámite a solicitud de parte o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la petición debe formularse hasta antes de que se registre ponencia de fallo, con la exposición de las circunstancias que *imponen el conocimiento del proceso* y las razones por las cuales se considera necesario que se emita una sentencia de unificación. Si la solicitud proviene de un consejero de Estado, del tribunal administrativo o del Ministerio Público no se aplica la limitación referida.

3.3.1. Los presupuestos para tramitar la solicitud de unificación

20. En el presente asunto, se cumplen los presupuestos procesales que permiten a la Sección Segunda efectuar el estudio de las razones que, en criterio del solicitante, ameritan un pronunciamiento a través de una sentencia de unificación. Ciertamente, el proceso se tramita en segunda instancia en el Tribunal Administrativo de Risaralda, se encuentra pendiente de fallo²⁶ y la solicitud del Ministerio Público se encuentra debidamente sustentada.

3.3.2. Postura jurisprudencial en lo atinente a la aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 frente a los docentes al servicio del Estado

21. Revisados los antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional relacionados con el reconocimiento de la sanción moratoria para los docentes por la falta de consignación oportuna del auxilio de cesantías anualizado establecida en la Ley 50 de 1990, se identificaron las siguientes:

Sentencias proferidas respecto de docentes no afiliados al FOMAG

22. La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado por medio de sentencia proferida el **27 de julio del 2017**²⁷ confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de un docente que había sido nombrado en provisionalidad por el secretario de educación del municipio de Santiago de Cali y nunca fue afiliado al FOMAG u otro fondo administrador, por error interno de la

²⁶ Según el sistema informático SAMAI, no se ha registrado ponencia de fallo en el proceso que se tramita en el Tribunal Administrativo de Risaralda.

²⁷ Dentro del proceso con radicación 76001-23-31-000-2009-00867-01 (4854-2014).



administración porque el Decreto reglamentario 1582 de 1998 solo lo extendió a servidores públicos del orden territorial vinculados a fondos privados de cesantías.

23. Contra la anterior providencia judicial, se interpuso acción de tutela que concluyó por medio de fallo de segunda instancia en el que se denegó el amparo²⁸. El asunto fue objeto de revisión por la Corte Constitucional que en Sala Plena profirió la **sentencia SU-098 del 2018**, por la cual dejó sin efectos la sentencia proferida en el medio de control contencioso subjetivo y ordenó proferir una nueva providencia en la que se tuviera en cuenta el principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución.

24. En cumplimiento de esta orden judicial, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, emitió la sentencia del **24 de enero de 2019**²⁹, en la que aplicó lo dispuesto en la sentencia SU-098 de 2018 y, en tal virtud, condenó al ente territorial al pago de la sanción moratoria por falta de consignación del auxilio cesantías en 2006 y 2007, por encontrarse configurada la prescripción extintiva respecto de los años 2003 a 2005³⁰.

25. De acuerdo con lo expuesto, el precedente de la Corte Constitucional determina que los docentes que no fueron afiliados al FOMAG son destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y su pago es responsabilidad del ente territorial.

Sentencias de docentes afiliados al FOMAG

26. Entre junio y octubre del 2018, se profirieron varias sentencias en las que se denegó el reconocimiento de la sanción por mora de la Ley 50 de 1990³¹, al considerarse no tienen la calidad de servidores del orden territorial y las cesantías

²⁸ La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de marzo de 2018 revocó la del 8 de febrero de 2018 de la Sección Cuarta, por la cual se había amparado el derecho a la igualdad del accionante y se había dejado sin efectos la providencia objeto de tutela. En su lugar, negó la solicitud de amparo al considerar que no se configuraron los defectos sustantivo y de desconocimiento del precedente constitucional que invocó el actor.

²⁹ Dentro del proceso identificado con radicación 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14).

³⁰ De conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, de la Subsección B, sentencias del 14 de junio de 2018, rad. 08001-23-33-000-2013-00831-01(3583-15) y 08001-23-33-000-2013-00762-01(3472-15); del 19 de julio de 2018, rad. 08001-23-33-000-2014-00061-01(0406-16); del 8 de agosto de 2018, rad. 08001-23-33-000-2014-00228-01(2092-16); del 13 de agosto de 2018, rad. 08001-23-33-000-2013-00787-01(5172-16); del 24 de agosto de 2018, rad. 08001-23-33-000-2014-00174-01(1653-16); del 5 de septiembre de 2018, rad. 08001-23-33-000-2013-00817-01(0228-16) y 08001-23-33-000-2014-00079-01(0345-16); y del 7 de septiembre de 2018, rad. 08001-23-33-000-2014-00208-01(0324-16). De la Subsección A, sentencia del 25 de octubre de 2018, rad. 08001-23-33-000-2014-00060-01(0375-16).



son administradas por un patrimonio autónomo con recursos provenientes de la Nación como lo es el FOMAG, de modo que no se cumplen los supuestos del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, para extenderles el reconocimiento de la aludida penalidad.

27. El 27 de noviembre del 2019, la Corte Constitucional dictó la sentencia SU-573, por la cual declaró improcedentes las acciones de tutela interpuestas contra fallos del Consejo de Estado sobre este asunto³², al advertir la carencia de evidente relevancia constitucional, pues se trata de una cuestión meramente legal de contenido patrimonial.

28. En esta oportunidad, el máximo tribunal constitucional indicó que la sentencia SU-098 de 2018 no constituía precedente judicial aplicable ni tenía efectos vinculantes frente a los casos sometidos a su conocimiento. Al respecto precisó, que, en el asunto resuelto en la citada providencia de 2018, el accionante era un docente vinculado en provisionalidad que nunca fue afiliado al FOMAG por error interno de la administración y a la terminación de la relación laboral reclamó las cesantías y la sanción por mora; a diferencia del caso objeto de análisis, en el que los docentes fueron afiliados al FOMAG y sustentaron sus pretensiones en la falta de consignación del auxilio de cesantías por algunos años (2001 a 2003).

29. A partir del 2020, las subsecciones A y B de la Sección Segunda han acatado la tesis de la Corte Constitucional expuesta en la sentencia SU-098 de 2018, sin lugar a la imposición de condena alguna por la ocurrencia del fenómeno extintivo de la prescripción³³, salvo en la sentencia proferida el 19 de enero del 2023 dentro del

³² En los que la Sección Segunda, Subsección B profirió las sentencias del 16 de agosto de 2018 rad. 2092-2016, del 24 de agosto 2018 con rad. 1653-2016 y del 7 de septiembre de 2018 radicación 0345-2016.

³³ De la Subsección A, sentencias del 29 de octubre de 2020, en los procesos identificados con los números de radicación 08001-23-33-000-2014-00760-01(2286-18), 08001-23-33-000-2014-00777-01(1938-17), 08001-23-33-000-2014-01142-01(3110-17), 08001-23-33-000-2015-00050-01(4434-19); del 5 de noviembre de 2020, radicación 08001-23-33-000-2014-00123-01(2864-17); del 12 de noviembre de 2020, radicación 08001-23-33-000-2014-00132-01(1689-18); del 3 de diciembre de 2020, radicación 08001-23-33-000-2014-00190-01(4505-17), 08001-23-33-000-2014-00237-01(2881-17), 08001-23-33-000-2014-00402-01(0247-17), 08001-23-33-000-2014-01058-01(2475-17) y 08001-23-33-000-2014-90002-01(0197-17); del 17 de junio de 2021, radicación 08001-23-31-000-2014-00815-01(4979-17); del 19 de agosto de 2021, radicación 08001-23-33-000-2015-90109-01(3157-19); del 3 de marzo de 2022 radicación 08001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020); del 3 de noviembre de 2022, radicación: 08001 23 33 000 2017 00074 01(0231-2020); y del del 19 de enero de 2023, radicación 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021).

De la Subsección B, sentencias del 27 de agosto de 2020, en los procesos con radicación 08001-23-31-000-2014-00312-01(3104-17), 08001-23-31-000-2014-00349-01(2874-17), 08001-23-33-000-2014-00075-01(1824-16), 08001-23-33-000-2014-00137-01(4966-17), 08001-23-33-000-2014-00322-01(2734-17), 08001-23-33-000-2014-00437-01(2253-17); del 30 de octubre de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00861-01(3402-15); del 13 de noviembre de 2020, radicación



Radicado: 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022)
Demandante: Julián David Quintero Agudelo

proceso con radicado interno 4470-21, en donde el medio exceptivo operó frente a algunos años, por lo que sí hubo lugar a la condena que fue impuesta a la entidad territorial.

30. 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). Sin embargo, como efecto de la sentencia SU-098 de 2018, surgió un cambio jurisprudencial que definió su extensión con base en el principio de favorabilidad (tesis 2).

31. Con todo, se advierte que la misma Corte Constitucional en la sentencia SU-573 de 2019 sostuvo que la regla jurisprudencial fijada por medio de la sentencia SU-098 de 2018 constituye precedente en el evento en que se omita la afiliación del docente al FOMAG. En esas condiciones, 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.

32. **Conclusión:** se cumplen los supuestos para que el Consejo de Estado avoque conocimiento del asunto y emita una sentencia de unificación conforme al artículo 271 del CPACA. Ello por cuanto la solicitud del Ministerio Público y el FOMAG está fundada en razones de necesidad de unificar jurisprudencia 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.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda

RESUELVE:

Primero: Avocar el conocimiento del presente asunto para proferir sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Con el objeto de asegurar la aplicación de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, comuníquese la presente decisión a los

08001-23-33-000-2013-00394-01(5156-16) y 08001-23-33-000-2015-01571-01(0041-18); del 17 de junio de 2021, radicación 08001-23-33-000-2015-00331-01(5865-19); y del 19 de enero de 2023, radicación 080012333000201700124 01 (0727-2021).



Radicado: 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022)
Demandante: Julián David Quintero Agudelo

tribunales administrativos y a los coordinadores de los juzgados administrativos del país, para los efectos que consideren pertinentes.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, ingrese el expediente al despacho para lo de su cargo.

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.