



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B**

Bogotá D.C., 27 de mayo de 2022

**Expediente:** 11001-03-25-000-2016-00992-00  
**Demandante:** Luis Alonso Aristizábal Marín  
**Demandada:** Nación, Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
**Asunto:** Salvamento de Voto

---

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, a continuación manifiesto las razones por las cuales salvo el voto al auto de la Sección Segunda, Subsección B, proferido el 15 de febrero de 2022, por medio del cual se negó el Incidente de Impacto Fiscal propuesto por la Nación, Ministerio de Educación Nacional y, por ende, se abstuvo de modular los efectos de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, emitida dentro del proceso de Nulidad número 11001-03-25-000-2016-00992-00.

## **I.- ANTECEDENTES**

### **1.- La sentencia objeto de la solicitud de incidente de impacto fiscal**

Se trata de la sentencia proferida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, por medio de la cual se anuló el inciso 1º del artículo 5º del Acuerdo Nro. 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, «*por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*», que al reglamentar el retiro de cesantías parciales, lo condicionó temporalmente a que solo podía hacerse cada tres (3) años, contados a partir de la fecha de pago anterior.

La nulidad de la aludida norma se ordenó con base en la falta de competencia del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, para expedir la disposición reglamentaria acusada, toda vez que la Ley 91 de 1989<sup>1</sup>, que dio origen a ese fondo, no previó dentro de sus funciones, la potestad reglamentaria en torno a la regulación de las peticiones atinentes a las cesantías de los docentes oficiales, sino aquellas relacionadas con la administración de sus recursos, razón por la cual, invadió un asunto sometido a reserva de ley, en tanto el legislador es el único llamado a reglamentar el derecho fundamental de petición.

---

<sup>1</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## 2.- De la sustentación de la solicitud de incidente de impacto fiscal

El Ministerio de Educación Nacional mediante escrito del 14 de julio de 2020, sustentó la solicitud de incidente de impacto fiscal. Para ello, el incidentante esbozó los siguientes argumentos:

En primer lugar, se hizo referencia al principio de la sostenibilidad fiscal consagrada en el artículo 334 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 03 de 2011, como un instrumento para cumplir de manera progresiva la cláusula social del Estado de derecho, en tanto asegura las condiciones económicas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones prestacionales a cargo de la Administración Pública, a fin de materializar los derechos constitucionales de todos los colombianos, bajo un criterio orientador del poder público en pro del equilibrio fiscal. El Ministerio alegó, que la norma constitucional consagra un mecanismo de protección denominado incidente de impacto fiscal, dirigido a que se modulen, modifiquen o difieran los efectos de las sentencias de las máximas corporaciones judiciales del país, que conlleven consecuencias para las finanzas públicas, bajo la previsión expresa de que la sostenibilidad fiscal no puede ser invocada para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En segundo lugar, hizo referencia al objeto y la naturaleza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, para señalar que fue creado por la Ley 91 de 1989<sup>2</sup> como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos, por disposición de la citada ley, son manejados por la Fiduprevisora S.A., entidad fiduciaria de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa. Precisó en este punto, que según lo dispuesto en el literal b) del numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989,<sup>3</sup> es con cargo a los recursos del citado fondo que se pagan las pensiones, cesantías e intereses de cesantías de sus afiliados, así como los servicios médico-asistenciales de los afiliados y sus beneficiarios. En ese sentido, consideró que el FOMAG «no es una sociedad administradora de fondos de cesantías o de pensiones, y, por ende, tiene una naturaleza jurídica distinta a éstas», en tanto fue creado para la afiliación exclusiva de los docentes vinculados al servicio público de educación preescolar, básica y media estatal en virtud de su Sistema Especial de Carrera Docente, en razón a que su régimen es especial y sus recursos están destinados a pagar todas las prestaciones sociales de los docentes (pensión, salud y cesantías), en virtud de lo previsto en las leyes 91 de 1989<sup>4</sup> y 115 de 1994<sup>5</sup> y, en los decretos 2277 de 1979<sup>6</sup> y 1278 de 2002.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>3</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>4</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>5</sup> Por la cual se expide la ley general de educación.

<sup>6</sup> Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

En lo concerniente a las cesantías, sostuvo que tal como lo señaló la Corte Constitucional mediante la sentencia C-928 de 2006,<sup>8</sup> los docentes cuentan con un régimen especial, el cual no resulta comparable con la manera cómo se administran, liquidan y cancelan las de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990.<sup>9</sup>

En tercer lugar, adujo que el aporte patronal de las cesantías del 8%, equivalente a 1/12 parte de los factores salariales anuales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes y directivos (numeral 4º, artículo 8º Ley 91 de 1989<sup>10</sup>), es financiado a través de: **(i) los recursos del Sistema General de Participaciones** (numeral 4º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989<sup>11</sup> en concordancia con el numeral 15.1 del artículo 15 de la Ley 715 de 2001<sup>12</sup>), y **(ii) los aportes de la Nación** (artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>13</sup>) para que puedan cumplir con su obligación patronal en cada vigencia fiscal.

En cuarto orden, afirmó que en el período comprendido entre los años 2001 a 2020 la Nación aportó al FOMAG la suma de \$68.724.514 para cubrir los conceptos prestacionales aludidos, aun cuando el pasivo para el pago de cesantías de los docentes con corte a 31 de diciembre de 2019 es de \$10.8 billones. Por tal razón, a través de la Ley 1955 de 2019 «*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*», artículo 57, parágrafo transitorio, se previó que «*[p]ara efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas*». Sostuvo que en virtud de la anterior disposición, el Presidente de la República por medio del Decreto 2020 del 06 de noviembre de 2019,<sup>14</sup> ordenó la emisión de Títulos de Tesorería -TES- Clase B, destinados a financiar el pago de las sanciones por mora de las cesantías a cargo del FOMAG, correspondiente a **\$440 mil millones** por la anualidad de 2019 y **\$660 mil millones** por la de 2020, con el fin de sanear las difíciles circunstancias fiscales del FOMAG a través de la Fiduprevisora S.A. Agregó, que una vez revisado el comportamiento de las solicitudes de cesantías parciales de los docentes oficiales, se observó que entre las vigencias fiscales de 2018 y 2019, el

---

<sup>7</sup> Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

<sup>8</sup> Que declaró exequible la expresión «equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», del literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>9</sup> Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

<sup>10</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>11</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>12</sup> 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 para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

<sup>13</sup> Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario.

<sup>14</sup> Por el cual se ordena la emisión de Títulos de Tesorería -TES- Clase B destinados a financiar el pago de las sanciones por mora en el pago de las cesantías a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG y se define la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos.

incremento fue del 33%, el cual corresponde a 48.964 solicitudes de docentes en servicio activo, que tienen un impacto negativo en las dos fuentes de financiación del FOMAG, esto es, el Presupuesto General de la Nación y el Sistema General de Participaciones.

En quinto lugar, en cuanto a las posibles causas de dicho incremento, señaló: **(i)** la entrada en vigencia del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 - *Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*-, que estableció que «[l]a entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías»; y **(ii)** la sentencia del proceso de la referencia proferida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, por la cual se declaró la nulidad del inciso primero, artículo 5, del Acuerdo 34 de 1998 que preveía el retiro parcial de cesantías cada tres (3) años contados a partir de la fecha de pago de la anterior.

En sexto lugar, señaló que para el anteproyecto de presupuesto (radicado en marzo de 2019) y el presupuesto aprobado para el 2020 (Ley 2008 de 2019<sup>15</sup>), estaba vigente la condición de periodicidad establecidas por el Consejo Directivo del FOMAG en el Acuerdo 34 de 1998, de manera que los recursos presupuestados para dicha vigencia corresponden a la proyección del comportamiento histórico de las solicitudes.

Ahora bien, en las condiciones generadas con ocasión de la sentencia que anuló esa norma reglamentaria, la población potencial para radicar solicitud de pago de cesantías parciales aumentaría, tal como se planteó en los siguientes cuatro escenarios:

TABLA 9: PROYECCIONES DE IMPACTO FISCAL DE LA SENTENCIA PARA EL AÑO 2020					
Valor es constantes	Promedio de pago estimado por docente			\$23.600.000	
	Apropiación presupuestal disponible para pago de cesantías parciales			\$1.178.342.911.700	
	Salario promedio base de liquidación cesantías por docente (sin incluir el % adicional de la ABM del directivo docente)			\$3.660.813	
ESCENARIOS DE IMPACTO FISCAL CON: Docentes no han retirado cesantías y los que han tramitado un (1) retiro durante el tiempo de servicio	ESCENARIO DE IMPACTO FISCAL 1		ESCENARIO DE IMPACTO FISCAL 2		Número de educadores que podrían solicitar anticipo de cesantías en estos escenarios = 197.908
	Manteniendo el porcentaje de aumento de solicitudes radicadas en 2019 respecto de 2018 en 33%		Aumentando el porcentaje de solicitudes radicadas al 50%		
	Número de solicitudes estimadas para 2020:	65.310	Número de solicitudes estimadas para 2020:	98.954	
	Monto de cesantías parciales a cancelar en 2020:	\$1.541.316.000.000	Monto de cesantías parciales a cancelar en 2020:	\$2.335.314.400.000	
	Déficit proyectado para 2020:	<b>- \$362.973.088.300</b>	Déficit proyectado para 2020:	<b>- \$1.156.971.488.300</b>	
	<i>Estimación costo de mora escenario 1</i>		<i>Estimación costo de mora escenario 2</i>		
	Número de solicitudes no atendidas:	15.380	Número de solicitudes no atendidas:	49.024	
Costo mensual estimado de la sanción por mora:	<b>\$56.304.093.233</b>	Costo mensual estimado de la sanción por mora:	<b>\$179.468.485.805</b>		

fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2020.

<b>ESCENARIO DE IMPACTO FISCAL CON:</b> Docentes no han retirado cesantías y los que han tramitado entre un (1) y dos (2) retiros durante el tiempo de servicio	<b>ESCENARIO DE IMPACTO FISCAL</b>		Número de educadores que podrían solicitar anticipo de cesantías en este escenario = <b>269.727</b>
	<b>3</b>		
	<b>Aumentando</b> el porcentaje de solicitudes radicadas al <b>50%</b>		
	Número de solicitudes estimadas para 2020:	134.864	
	Monto de cesantías parciales a cancelar en 2020:	\$3.181.790.400.000	
	<b>Déficit proyectado para 2020:</b>	<b>- \$2.004.447.488.300</b>	
	<i>Estimación costo de mora escenario 3</i>		
Número de solicitudes no atendidas:	84.934		
<b>Costo mensual estimado de la sanción por mora:</b>	<b>\$310.928.280.635</b>		

<b>ESCENARIO DE IMPACTO FISCAL CON:</b> Todos los docentes en los cargos provistos a 31 de diciembre de 2019 que podrían llegar a solicitar anticipo de cesantías	<b>ESCENARIO DE IMPACTO FISCAL</b>		Número de educadores que podrían solicitar anticipo de cesantías en este escenario = <b>337.377</b>
	<b>4</b>		
	Este escenario supone que la mitad (50%) de los educadores vinculados a 31 de diciembre de 2019 solicitan un anticipo		
	Número de solicitudes estimadas para 2020:	168.689	
	Monto de cesantías parciales a cancelar en 2020:	\$3.981.060.400.000	
	<b>Déficit proyectado para 2020:</b>	<b>- \$2.802.717.488.300</b>	
	<i>Estimación costo de mora escenario 4</i>		
Número de solicitudes no atendidas:	118.759		
<b>Costo mensual estimado de la sanción por mora:</b>	<b>\$434.755.280.360</b>		

Corolario de lo anterior, alega el déficit de la apropiación del Ministerio de Educación Nacional para hacer el reconocimiento de las cesantías parciales, si se tiene en cuenta que la sentencia que dio lugar al incidente va a generar un incremento en las solicitudes de, por lo menos un 50%, sin la disponibilidad presupuestal para atenderlas, máxime si se tiene en cuenta el impacto financiero de la sanción por mora, cuyo costo en los próximos 5 años podría aumentar a \$32,2 billones de pesos, sino se cuenta con recursos adicionales que permitan atender el número adicional de solicitudes a las que históricamente se venían atendiendo con la restricción de la periodicidad establecida en el Acuerdo 34 de 1998 por el Consejo Directivo del FOMAG.

Agregó que sumado a lo anterior, otras situaciones afectan al fondo y hacen más gravosa esta situación, tales como el pasivo pensional que tienen las entidades territoriales, el déficit del Sistema General de Participaciones desde 2017, la contratación de la prestación de los servicios médicos asistenciales a cargo en 2.2 billones para el 2020, así como el pago de los salarios a los docentes y los aportes que se deben hacer con cargo al presupuesto de la vigencia

inmediatamente siguiente en aplicación de la Leyes 1873 de 2017,<sup>16</sup> 1940 de 2018<sup>17</sup> y 2008 de 2019,<sup>18</sup> por las cuales se decreta el presupuesto general de la Nación para las vigencias 2018, 2019 y 2020. Adicional a ello, la pandemia y las medidas de aislamiento han generado un deterioro en la proyección de crecimiento, pasando del 3.7% al -5.5%, lo que ha generado un efecto negativo en los ingresos totales del Gobierno Nacional que en 2020 se reportaron en un 8,3% frente a 2019, una caída nominal más alta de los ingresos en lo corrido del siglo XXI desde 1981.

Por todo lo anterior, el incidentante propone diferir de manera gradual los efectos del fallo en lo que se refiere a su aplicación por el término de 5 años, para lo que se propone que la restricción para radicar las solicitudes de trámite ordinario para el pago de cesantías parciales establecida en el Acuerdo 34 de 1998 por el Consejo Directivo del FOMAG se mantenga vigente hasta el año 2022, inclusive. En el año 2023 reducir la restricción a dos años; en el 2024 a un año y a partir del 2025, eliminarla de manera definitiva, con el fin de incorporar en el Marco Fiscal de Mediano Plazo las nuevas condiciones operativas del FOMAG y consecuentemente, que estas se reflejen en las otras instancias de la normativa del sistema presupuestal (Marco de Gasto de Mediano Plazo, Presupuesto General de Nación).

### **3.- LA AUDIENCIA PÚBLICA**

El 27 de agosto de 2021 se realizó la audiencia pública, en la que participaron los siguientes intervinientes:

#### **3.1.- El Ministerio de Educación Nacional**

El Jefe de la Oficina de Planeación y Finanzas de ese ministerio reiteró los argumentos señalados por esa cartera ministerial en su escrito de sustentación del incidente de impacto fiscal de la referencia.

Agregó que ese ministerio ha avanzado en estos 4 años en un esfuerzo muy grande por fortalecer la educación pública básica escolar media y superior a través del aumento de los recursos destinados a ello; sin embargo, actualmente el ministerio cuenta con un presupuesto de 90% para el funcionamiento y 10% para la inversión. Dentro del presupuesto de funcionamiento, los recursos están destinados a lo previsto en la ley, por lo cual es inflexible y su destinación es absolutamente directa a lo allí previsto, sin que se permita flexibilizar su destinación o reorganización.

---

<sup>16</sup> Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2018.

<sup>17</sup> Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2019.

<sup>18</sup> Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2020.

Señaló adicionalmente, que el Sistema General de Participaciones hace parte de las fuentes aquellas que financian las prestaciones de los maestros, entre ellos, las cesantías. De manera tal que el sector le adeuda al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) más de 3 billones de pesos y para ello, se previó un plan de pagos en el marco de las leyes de presupuesto de 2021 y 2022, los cuales son necesarios debido a los efectos de los menores crecimientos de los ingresos corrientes de la Nación en el SGP, fuente que financia la nómina de los maestros y que al verse afectada por una mayor necesidad de fondeo por concepto de cesantías implicaría una disminución en los recursos para la financiación de la prestación del servicio educativo.

Por ello, reiteró la solicitud de diferir los efectos del fallo para que la periodicidad anulada se mantenga vigente hasta el año 2022, desmontándose gradualmente así: en el año 2023 reducir la restricción a dos años, en el 2024 a un año y a partir del 2025 eliminarla de manera definitiva.

### **3.2.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

Sostuvo que desde la perspectiva de Hacienda Pública y del Presupuesto General de la Nación, en este momento el país está enfrentando el impacto del peor choque en la historia económica de nuestra Nación, debido a que la pandemia generó una reducción significativa en la tasa de crecimiento de la economía, hasta el punto, incluso, de que el año pasado disminuyó cerca del 7%.

Acerca de la solicitud del incidente de impacto fiscal, el señor Ministro de Hacienda afirmó que coadyuva la iniciativa del Ministerio de Educación Nacional, en atención a que la sentencia del 24 de octubre de 2019, tiene como efecto inmediato la obligación de apropiar recursos por 2,8 billones de pesos, lo cual corresponde al 50% del presupuesto de inversión total de esa cartera ministerial; y dada la imposibilidad de pagar la cesantías parciales, la situación se agravaría con las sanciones que se impondrían por retardo en el pago, que generalmente corresponden al doble del tenor del monto; lo que ascendería, en total, a la cifra de 6,9 billones de pesos.

### **3.3.- La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

Indicó que como quiera que actúa en defensa de los intereses patrimoniales del Estado, acompaña la solicitud de diferir los efectos de la sentencia como lo propone el Ministerio de Educación, la cual, en modo alguno afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales, en este caso de los maestros, en la medida en que a través de la solicitud del incidente de impacto fiscal no se pretende negar el derecho de los docentes a solicitar el auxilio de cesantías. Por el contrario, su finalidad es adoptar las medidas para garantizar el acceso de los docentes a esta prestación de manera oportuna, puesto que en el evento en que se acumularan todas las solicitudes de aquellos que no han efectuado reclamación alguna por ese concepto, se causaría un colapso, que no solo

impediría el pago efectivo de los anticipos, sino que además podría afectar los derechos fundamentales de los mismos.

### **3.4.- El demandante en el proceso de nulidad, el señor Luis Alonso Aristizábal Marín**

En su intervención, el señor Aristizábal Marín solicitó que se nieguen o en su defecto, se declaren improcedentes las pretensiones del Ministerio de Educación Nacional, al considerar que la sentencia respecto de la cual se propone el incidente de impacto fiscal no ordenó ningún tipo de gasto a cargo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), por tratarse de una sentencia declarativa, no condenatoria, al anular una norma reglamentaria que contravenía el ordenamiento jurídico superior. Por ende, no es posible modular o diferir sus efectos, en tanto es una medida regresiva para los derechos de los maestros del sector oficial.

Manifestó que la planeación del Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, no debe encaminarse a apropiarse los recursos para efectuar el pago de los valores causados por razón de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, sino para proveer el pago de las cesantías de estos empleados públicos en forma oportuna.

### **3.5.- El señor Enos David Viana Pérez**

Adujo que «*apoya los argumentos del demandante*» y adicionalmente, agrega que el principio de sostenibilidad fiscal en ningún caso podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, de acuerdo con lo previsto en los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política, de tal suerte que la solicitud del Ministerio de Educación Nacional, desconocería la protección de los derechos fundamentales que fueron salvaguardados a través de la decisión del Consejo de Estado adoptada el 24 de octubre de 2019, esto es, la igualdad, el debido proceso y a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, al equiparar las garantías de los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, respecto de los afiliados a los demás fondos públicos y privados, en cuanto al acceso al ahorro establecido por ministerio de la ley bajo la modalidad de cesantías.

### **3.6.- La Federación Colombiana de Educadores - FECODE**

Manifestó que las «*solicitudes de cesantías, no generan impacto fiscal*», en tanto la crisis por la sanción moratoria a que se refiere el Ministerio de Educación Nacional se remonta al 2015 e indicó que la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-041 del año 2020, «*les solicitó a los administradores del Fondo presentar, ante la Contraloría General de la Nación y ante la propia Corte, un plan de trabajo para el pago de dichas sanciones, que ya terminó, de forma tal que hoy solo se presenta el 4% de las sanciones por mora, que se presentaron*



*en algún momento, que no calculó el Estado con su Plan de Desarrollo anterior, entre el año 2015 y entre el año 2019».*

### **3.7.- La Universidad Externado de Colombia**

Afirmó que el incidente de impacto fiscal no debe prosperar, por insuficiencia en las razones aducidas por el Ministerio de Educación Nacional, toda vez que en virtud de lo dispuesto por la Ley 1695 de 2013,<sup>19</sup> no basta con señalar que una decisión adoptada por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, va a ser muy costosa, sino que se deben justificar las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

Sostuvo que la anterior exigencia no se agotó por el incidentante, pues las previsiones que hace el Gobierno Nacional constituyen simplemente situaciones hipotéticas con cierto grado de probabilidad, en tanto que el valor de los efectos del cumplimiento de la sentencia depende de múltiples variables, algunas internas y otras externas al Ministerio, al FOMAG y al mismo Gobierno. Por consiguiente, *«encontramos que no es verificable tampoco el cálculo en ninguno de los escenarios, y, si bien se podría llegar a un aumento o a un impacto previsible, en todo caso, de las solicitudes de cesantías dado el curso histórico, esa tendencia tendería a disminuir el comportamiento histórico de las solicitudes del FOMAG».*

### **3.8.- Concepto del Ministerio Público**

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó declarar impróspero el incidente de impacto fiscal promovido por el Ministerio de Educación Nacional y, en consecuencia, que se ordene el levantamiento de la suspensión de los efectos de la sentencia proferida en este asunto el 24 de octubre de 2019. Para el efecto consideró lo siguiente:

Adujo, que una vez entre en vigencia el fallo actualmente suspendido, las solicitudes de cesantías parciales de los docentes oficiales serán susceptibles de ser formuladas en cualquier tiempo, tal y como sucede con las peticiones de cesantías parciales del resto de servidores públicos. Por ello, el incidentante planteó, como efecto fiscal de la mencionada decisión judicial, que se presentará un aumento del 50% en el número de solicitudes de cesantías parciales, representadas en 2.3 billones de pesos, para cuyo pago no se tienen presupuestados los recursos suficientes; sin embargo, dicha afirmación carece de sustento probatorio o de algún estudio probabilístico que permita sustentar esa conclusión.

Igualmente afirmó, que del incremento del 50%, no se establece con claridad qué parte de ese porcentaje corresponde a cada una de las cinco posibles causas de incremento explicadas por el incidentante, a saber: **(i)** la futura inexigibilidad de la

---

<sup>19</sup> Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

regla de periodicidad anulada, por cuenta de la sentencia aquí proferida; **(ii)** la regla de responsabilidad compartida con los entes territoriales, de que trata el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019;<sup>20</sup> **(iii)** los TES emitidos por cuenta del Decreto 2020 de 2019;<sup>21</sup> **(iv)** la simplificación del trámite de reconocimiento y pago de cesantías introducida gracias al Decreto 1272 de 2018;<sup>22</sup> y **(v)** la recesión económica causada por la pandemia.

Señaló, que si bien toda erogación con cargo al tesoro debe estar precedida de la correspondiente disponibilidad presupuestal, conforme al artículo 345 de la Constitución, para solucionar los problemas de déficit presupuestal que seguramente acarreará el esperado incremento de las solicitudes de cesantías parciales, cabe recordar que el artículo 347 *ibídem*, autoriza al Gobierno nacional para presentar ante las comisiones legislativas adiciones presupuestales.

En todo caso, concluyó que las consecuencias desfavorables por las dificultades financieras por las que atraviesa el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, no tienen por qué trasladarse a sus afiliados en desmedro de las expectativas para servirse de sus cesantías y, conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el pasivo de las entidades públicas no justifica que se sustraigan de cumplir con las cargas prestacionales a su cargo.

## II.- AUTO QUE DECIDE EL INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL

En consonancia con lo planteado en el incidente de impacto fiscal y lo señalado por los intervinientes en la audiencia pública, el problema jurídico fue estructurado así:

*«(...) decidir si, con ocasión de la declaratoria de nulidad del inciso 1º del artículo 5º del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la sentencia del 24 de octubre de 2019, emitida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado; se afectó, de manera grave, la sostenibilidad fiscal de la Nación, de forma tal que amerite modular, modificar o diferir en el tiempo sus efectos».*

Frente a ello, la ponencia propone resolverlo de forma negativa, al considerar que no se demostró el desequilibrio de la sostenibilidad fiscal aducida por la parte incidentante, con base en dos grupos de argumentos:

---

<sup>20</sup> Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

<sup>21</sup> Por el cual se ordena la emisión de Títulos de Tesorería (TES) Clase B destinados a financiar el pago de las sanciones por mora en el pago de las cesantías a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y se define la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos.

<sup>22</sup> Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación-, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

## **1.- Respecto a que el FOMAG está afrontando una grave situación financiera debido a varios factores**

Frente a este cargo, si bien no se desconoce la gravedad de las situaciones que se exponen y su menoscabo al patrimonio del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, la ponencia aduce que no se justifica porque los efectos de la sentencia que podrían haber incidido en esas afectaciones, en su mayoría ocurrieron con anterioridad a su expedición.

Enfatiza, que por medio de las sentencias de unificación del 18 de julio de 2018 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación y, la SU 041 de 2020 de la Corte Constitucional, se exhortó al Ministerio de Educación Nacional y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a adoptar las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad presupuestal para el pago de las cesantías de los maestros del sector público y evitar la causación de la sanción moratoria, de manera que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, ha tenido el tiempo suficiente para realizar las adecuaciones administrativas y financieras pertinentes.

En lo atinente al impacto negativo causado por la pandemia del COVID-19 en el tesoro público, la providencia indica que no se explica con suficiente contundencia y especificidad su relación con los efectos de la sentencia emitida en el marco del proceso de nulidad de la referencia. Concretamente, señala que en lo concerniente al argumento del Ministerio de Hacienda sobre el aumento de medidas de reactivación económica del país y, en consecuencia del PIB, es contradictorio sostener que no es posible sufragar los anticipos de cesantías, cuando quiera que la inyección de los recursos que estos pagos suponen se constituiría en un instrumento importante de gasto público, que al ingresar en la economía del país favorecería la dinámica de la oferta y la demanda.

Por último, manifiesta que es insulsa la afirmación atinente a que no ha sido posible realizar ajustes presupuestales para atender las futuras obligaciones derivadas del cumplimiento de la sentencia, por cuanto han transcurrido dos vigencias fiscales, para solicitar al Ministerio de Hacienda los recursos que estima como faltantes, e, incluso, para hacer los ajustes presupuestales, acudiendo para el efecto a las herramientas con que cuenta, tales como las adiciones, incorporaciones, operaciones de crédito y de situación de fondos.

## **2.- Frente a los escenarios hipotéticos de déficit financiero que tendría que afrontar esa cartera de Educación por razón del aumento en el número de solicitudes de pago parcial de cesantías, con ocasión de los efectos de la sentencia del 24 de octubre de 2019.**

La ponencia insistió, en que el incidentante no presentó las reglas matemáticas, los cálculos actuariales, ni los algoritmos empleados para efectuar las proyecciones, así como tampoco probó, de manera si quiera sumaria, lo atinente

el número real o proyectado, de solicitudes presentadas frente a los pagos efectivamente realizados en la vigencia del año 2020.

Argumentó finalmente, que aún cuando es previsible que a partir de la declaratoria de nulidad de la regla de periodicidad ya explicada se aumente el número de solicitudes de retiros parciales de cesantías, su resolución debe atender al orden de radicación, máxime cuando los datos y cifras suministradas permitirían establecer «una disminución en el comportamiento histórico de las solicitudes», tal como lo señaló la Universidad Externado de Colombia.

### **III.- SALVAMENTO FRENTE A LA DECISIÓN DE NEGAR EL INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL**

Como puede apreciarse, el incidente de impacto fiscal se niega principalmente porque el Ministerio de Educación Nacional no acreditó suficientemente el aumento de las solicitudes de retiro de cesantías parciales con ocasión de la sentencia del 24 de octubre de 2019 que declaró la nulidad de la regla de periodicidad contenida en el inciso 1º del artículo 5º del Acuerdo Nro. 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, y, en consecuencia, de acuerdo con la ponencia, no está acreditado el desequilibrio fiscal.

No obstante el esfuerzo argumentativo desarrollado en la providencia en estudio, en virtud de la complejidad del asunto, muy respetuosamente considero que existe un aspecto adicional que la Sala no tuvo en cuenta, pese a su importancia para adoptar la decisión, esto es, lo atinente a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, administrada por una entidad fiduciaria estatal, cuyo propósito es atender a través de un único fondo, las prestaciones sociales de los docentes oficiales: pensión, salud y cesantías.

Lo anterior, en atención a que por medio de la sentencia del 24 de octubre de 2019 proferida por esta Subsección, que declaró la nulidad del inciso 1º del artículo 5º del Acuerdo Nro. 34 de 1998, que reglamentó el límite temporal de retiro de cesantías parciales de los docentes oficiales a tres (3) años, por expedirse sin competencia por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, conlleva al interrogante atinente a si dicha cuenta especial de la Nación ¿puede disponer de los recursos que le son apropiados del Presupuesto General de la Nación?

La respuesta a ello, en mi concepto es negativa, toda vez que la estructura del ente que atiende las cesantías de los docentes oficiales, aun cuando es vista como una entidad, constituye una cuenta especial de la Nación, la cual tiene un solo fondo para atender las prestaciones sociales de estos empleados públicos, cuyos recursos provienen de un único rubro presupuestal anual para la

prestación del servicio de educación, sin situación de fondos, el cual depende del Presupuesto General de la Nación.

Para estos efectos, es preciso señalar que la presentación del Presupuesto General de la Nación por el Gobierno Nacional a las comisiones económicas de Senado y Cámara, se realiza cada año, durante la primera semana del mes de abril, a modo de anteproyecto del Presupuesto Anual de Rentas y Gastos, cuya versión definitiva se radica a partir del 20 de julio al Congreso, según lo previsto en el Estatuto Orgánico de Presupuesto,<sup>23</sup> y está compuesto el tesoro nacional, concretamente por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional.<sup>24</sup>

En ese sentido, mientras que en materia de cesantías, para los beneficiarios al sistema anualizado administrado por los fondos privados, conforme la Ley 50 de 1990,<sup>25</sup> artículo 99, el empleador debe realizar la liquidación definitiva a 31 de diciembre por la anualidad o fracción y la **consignación** por parte del 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; en cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, se efectúa de manera distinta, ya que como se expuso, estos provienen del Presupuesto General de la Nación para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial de manera “asituada”, es decir, sin situación de fondos.

En ese sentido, muy respetuosamente considero que la ponencia debió analizar lo atinente a la naturaleza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, su regulación y funcionamiento en cuanto a la administración de los recursos de las cesantías de sus afiliados y el origen de los recursos para su financiación, más aún porque -insisto- dicha temática constituye uno de los ejes de la argumentación del Gobierno Nacional.

Lo anterior, por cuanto en materia de cesantías, en el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, existe una regulación especial, en tanto que:

---

<sup>23</sup> Decreto 111 de 1996. Por 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.

(...)

Artículo 51. El Gobierno Nacional presentará a las comisiones económicas de Senado y Cámara, cada año, durante la primera semana del mes de abril, el anteproyecto del Presupuesto Anual de Rentas y Gastos que presentará en forma definitiva a partir del 20 de julio al Congreso (Ley 225/95, artículo 20).

Artículo 52. El Gobierno Nacional someterá el Proyecto de Presupuesto General de la Nación a consideración del Congreso por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público durante los primeros diez días de cada legislatura, el cual contendrá el Proyecto de Rentas, Gastos y el resultado fiscal (Ley 38/89, artículo 36. Ley 179/94, artículo 25).

<sup>24</sup> Artículo 3 *ibidem*.

<sup>25</sup> Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

- En primer lugar, el **fondo administrador** de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989,<sup>26</sup> como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado».
- En segundo orden, en cuanto **al origen de los recursos del FOMAG que se destinan a pagar las cesantías de los docentes oficiales**, estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio<sup>27</sup> y que deben ser presupuestados por la entidad territorial **sin situación de fondos**. La Ley 715 de 2001,<sup>28</sup> artículo 18, parágrafo 1º, señala al respecto lo siguiente:

«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».

- En tercer lugar, acerca de la liquidación de las cesantías, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998<sup>29</sup> expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional, en los primeros 20 días del mes de enero de cada año.

Ahora bien, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el Sistema General de Participaciones, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los

---

<sup>26</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>27</sup> 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».

<sup>28</sup> «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 para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

<sup>29</sup> Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio».

recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, y luego, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden **disponer** del auxilio cuando 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.

- En cuarto lugar, frente a los **intereses a las cesantías**, debido a que los afiliados al FOMAG, de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989,<sup>30</sup> reciben «*un interés anual sobre el **saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año**, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período*».

En consecuencia, el docente afiliado al fondo recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que percibe, es decir, que el fin teleológico de la norma, es 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**, logrando generar de esa manera un 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 No 159 de 1989,<sup>31</sup> que dio lugar a la Ley 91 de 1989.<sup>32</sup>

En ese sentido es que manifiesto mi desacuerdo frente al auto proferido el 3 de febrero de 2021 por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, en tanto no analizó los anteriores aspectos relacionados con la naturaleza, el régimen legal, la administración y el origen de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, que se destinan a atender las cesantías de los maestros del sector oficial, más aún porque uno de los argumentos del Ministerio de Educación Nacional gira en torno a ello.

---

<sup>30</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>31</sup> Anales del Congreso de la República 164 de 10 de diciembre de 1989.

<sup>32</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De allí que en mi criterio, el auto debió conceder, pero parcialmente, la solicitud realizada por el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al proponer el trámite del incidente de impacto fiscal, porque a mi juicio, el aspecto de orden presupuestal anteriormente descrito de manera somera, así como la naturaleza y financiación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, genera una imposibilidad legal para consignar anualmente a los docentes afiliados a dicho Fondo, las cesantías en cuentas individuales, como se hace con los demás trabajadores cobijados por el régimen general o común de cesantías, circunstancia que a mi modo de ver, fue la que en su momento justificó la regla de periodicidad contenida en el inciso 1º del artículo 5º del Acuerdo Nro. 34 de 1998, que anuló la sentencia proferida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, cuyo cumplimiento, evidentemente requiere ajustes legales adicionales a nivel presupuestal, dada la estructura temporal anual que rige la materia.

Es importante mencionar, que el incidentante propone diferir de manera gradual los efectos del fallo por el término de 5 años, por lo que plantea, que la restricción para radicar las solicitudes de pago de cesantías parciales establecida en el Acuerdo 34 de 1998 por el Consejo Directivo del FOMAG, se mantenga vigente hasta el año 2022 inclusive, adicional a ello, que en el año 2023 se reduzca la restricción a dos años, en el 2024 a un año y a partir del 2025, se elimine de manera definitiva.

En ese sentido, a la fecha de expedición del auto del cual me aparto, febrero de 2022, es poco lo que faltaba para que en abril empezara el trámite legal del Presupuesto Anual de Rentas y Gastos, que es parte integral del Presupuesto General de la Nación, por lo que hubiese sido un momento oportuno para conceder, pero parcialmente, la solicitud de impacto fiscal, condicionando o modificando la propuesta presentada por el Gobierno Nacional descrita en el párrafo anterior, a diferir los efectos del fallo al año 2023, por ejemplo, para lo cual, debería el Gobierno incluir desde ya, en el proyecto de Presupuesto Anual de Rentas y Gastos, que se presentó en abril pasado al Congreso, los rubros, reservas o asignaciones necesarias para adecuar la estructura financiera del FOMAG con miras a poder atender las contingencias que genera la sentencia de 24 de octubre de 2019.

En los anteriores términos dejo rendido mi salvamento de voto.

Fecha Ut Supra.

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**



## **Consejera de Estado**