REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-**2013-000218**-00
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES:	CARMENZA JARAMILLO DE ECHEVERRI, ALEJANDRO ECHEVERRI JARAMILLO, JUAN CAMILO ECHEVERRI JARAMILLO y OCTAVIO JIMÉNEZ OBANDO
DEMANDADAS:	INSTITUTO NACIONAL DE VÌAS- INVÍAS, DEPARTAMENTO DE CALDAS, MUNICIPIO DE MANIZALES, MUNICIPIO DE VILLAMARÍA, CORPORACIÒN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS-CORPOCALDAS y AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P
LLAMADAS EN GARANTÍA:	PROCOPAL S.A E INGENIERÍA DE VÍAS, PAULO EMILIO BRAVO CONSULTORES S.A.S. y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS, COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA, SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., MUNDIAL DE SEGUROS S.A., CONSORCIO VÍAS DEL CENTRO, CONSORCIO ETSA PEBSA
SENTENCIA No	073
ESTADO No	036 DEL 10 DE ABRIL DE 2023

I. ASUNTO

El Despacho profiere sentencia de primera instancia en el medio de control identificado anteriormente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

2.1.1. Sustento fáctico y normativo (p. 151 y siguientes del archivo 001CuadernoUno.pdf)

La demanda se fundamentó en los artículos 2, 6, 79, 80 y 90 de la Constitución Política que aluden al deber de las autoridades públicas de proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y el fundamento de la responsabilidad constitucional de los servidores públicos. La orden constitucional de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, la del Estado de garantizar el desarrollo, conservación y restauración de recursos naturales y la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables.

Luego se refirió a la Ley 46 de 1988 para resaltar que esta disposición le impuso a los Gobernadores y Alcaldes presidir los Comités Regionales de Prevención y Atención de Desastres y el Decreto 1768 de 1994, que le asignó su participación en la administración y dirección de las Corporaciones Autónomas Regionales.

Citó también el Decreto 919 de 1989, vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley 1523 de 2012, por el cual se organizó el Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres. En hilo con lo anterior, también se refirió a la Ley 105 de 1993 que asignó a las entidades territoriales la infraestructura del transporte y su conservación. Por otro lado, se mencionó el Decreto 2663 de 1993 que le asignó a INVIAS la función de prevención y atención de desastres. El Decreto 93 de 1998, por el cual se adopta el Plan Nacional de Atención y Prevención de Desastres y les asignó a las entidades integrantes de dicho plan, la reducción de riesgos y prevención de desastres.

El artículo 6, numeral 4.4 del acuerdo de la asamblea corporativa de febrero de 2009, de CORPOCALDAS, le confirió la función de construir y administrar, en conjunto con las entidades territoriales, obras de infraestructura para la defensa y recuperación del ambiente y de los recursos naturales renovables.

Aunado a lo anterior, se rememoró lo regulado por el Decreto 087 de 2011, el que en su numeral 2-7, le impone a la nación las obligaciones de fijar y adoptar la política, planes y programas en materia de seguridad en los diferentes modos (sic) de transporte, construcción y conservación de su infraestructura.

Finalmente, se indicó que el Decreto 3565 de 2011 que modificó las Leyes 99 de 1993 y 1263 de 2008, en su artículo 1, reasignó la función del Ministerio del Medio Ambiente a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, adicionando un numeral, el 32, que dice: *“Hacer evaluación, seguimiento y Control de los factores de riesgo ecológico y de los que puedan incidir en la ocurrencia de desastres naturales y coordinar con las demás autoridades las acciones tendientes a prevenir la emergencia o a impedir la extensión de sus efectos”.*

Aducen los accionantes que las entidades demandadas son responsables de los daños ocasionados a un predio de su propiedad, con ocasión de deslizamientos de tierra que se produjeron en el predio La Marmolera, ubicado al frente de la Planta de Tratamiento Luis Prieto de propiedad de Aguas de Manizales S.A. E.S.P., el 17 de octubre y el 06 de diciembre de 2011, con ocasión de las acciones y omisiones que se desarrollan a continuación:

Refieren los demandantes que el Consejo de Estado desde 1985, expediente 4556, ha considerado que cuando la administración contrata la ejecución de una obra

pública, es como si la ejecutara directamente. Que es ella la dueña de la obra, que su pago afecta siempre el patrimonio estatal y que su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. En ese sentido INVIAS debe responder por el daño antijurídico causado a particulares, en desarrollo de sus funciones administrativas, ya sea por sí misma o por medio de agentes contractuales, por su ejecución negligente en las obras viales que produjeron el daño a los predios de los demandantes.

En el escrito también se indicó que la responsabilidad que se le imputa al INVÍAS, consiste en haber omitido las correspondientes medidas de seguridad para el adecuado manejo de tierras en el sector conocido como SABINAS y, particularmente, el comprendido entre los kilómetros 7 a 18 de la vía que conduce de Manizales al páramo de Letras, lugar en el cual ocurrió un derrumbe de grandes proporciones que si bien no cobró vidas humanas, sí de animales, el cual presuntamente avanzó por el cauce de las quebradas que alimentan el río Chinchiná, ocasionando los desastres en los predios de la vereda Gallinazo.

Así mismo, le atribuyeron los daños al "*mal*" tratamiento de la montaña en el sector comprendido entre los kilómetros 9 a 18 de la vía que de Manizales conduce al páramo de Letras, pues al realizar la ampliación de la vía se ocasionó una sobrecarga en las áreas laterales de la excavación: provocando así el derrumbe de éstas con el consecuente colapso del conjunto, que causó la afectación por socavación de la riberas y daños en las franjas protectoras del cauce de la corriente hídrica que pasa por los predios en mención, cambiando su curso.

Lo anterior, sumado a que CORPOCALDAS no controló el comportamiento de los beneficiarios de la licencia de explotación de la mina TOLDA FRIA, pues, aunque la explotación sea artesanal, produce barro que contamina y colmata el cauce que pasa por los predios, además se limitó a hacer diagnósticos y aconsejar soluciones, pero "*le faltó actividad en cuanto a control y en cuanto a obras civiles de protección*".

Por otro lado, los daños alegados también se le atribuyeron a la supuesta falta de atención de AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., a la situación que ocurría en sus instalaciones, pues no se tomaron medidas para soportar la ola invernal que se pronosticaba desde el 2010. De manera que esa inactividad, fue una de las causas del desastre ocurrido en sus tanques e instalaciones, debido al desprendimiento de una parte de la montaña de la finca "La Marmolera", lo "*que hizo que las aguas que albergaban sus depósitos fueran expulsadas con fuerza, lo que se sumó a la fuerza del lodo que cayó de la montaña, el agua que ya venía por el cauce y atacara nuestros predios arrasándolos".*

Su negligencia, al no atender las advertencias de los propietarios de los predios ribereños que a la postre resultaron perjudicados, sobre el aporte extraordinario de aguas que sobresaturó la ladera y, excedió los límites de resistencia de los materiales componentes del suelo, desencadenando el siniestro.

En el escrito inicial se resaltó que, de acuerdo a la Resolución 077 de 2011, expedida por CORPOCALDAS, la corriente del Rio Chinchiná es orden 2, motivo por el cual debía tener una faja forestal protectora mínima de 20 metros, medidas que fueron respetadas por los demandantes pues sus construcciones se levantaron a una distancia de retiro mucho mayor que la ordenada por la norma.

Todas las presuntas omisiones en las que incurrieron las entidades demandadas fueron retratadas por la parte actora en su escrito inicial, así como las distintas afectaciones que dejaron unas pérdidas materiales de proporciones considerables, de acuerdo a la teoría del caso de los demandantes.

2.1.2. Pretensiones

La parte demandante pretende que se declare administrativa y patrimonialmente responsables a las entidades demandadas (INVIAS, Departamento de Caldas, Municipio de Manizales, Municipio de Villamaría, Corpocaldas, Aguas de Manizales S.A. E.S.P.) por los perjuicios materiales e inmateriales que presuntamente les fueron causados durante la ola invernal del año 2011 a raíz del incumplimiento de deberes legales y constitucionales, y la falta de atención a los requerimientos efectuados por los accionantes, una serie de factores de orden natural y antrópico que condicionaron la magnitud de los eventos generados.

PERJUICIOS INMATERIALES:

- **Daño Moral**

Solicitaron las siguientes sumas de dinero:

1. Carmenza Jaramillo de Echeverri en su condición de copropietaria del inmueble denominado “La Vega Lote II”, la suma de sesenta (60) SMMLV.
2. Juan Camilo Echeverri Jaramillo en su condición de copropietario del 25% del inmueble denominado “La Vega Lote II”, la suma de treinta (30) SMMLV.
3. Alejandro Echeverri Jaramillo en su condición de copropietario del 25% del inmueble denominado “La Vega Lote II”, la suma de treinta (30) SMMLV.
4. Octavio Jiménez Obando en su condición de propietario del inmueble denominado “Acuarela del Río”, la suma de sesenta (60) SMMLV.

Subsidiariamente pidieron que se condene a las entidades demandadas a pagar a los demandantes los valores que corresponda de acuerdo con la evaluación pericial que se determine en el proceso.

PERJUICIOS MATERIALES (daño emergente):

1. Carmenza Jaramillo de Echeverri en su condición de copropietaria del inmueble denominado “La Vega Lote II”, la suma de $109.500.000.
2. Juan Camilo Echeverri Jaramillo en su condición de copropietario del 25% del inmueble denominado “La Vega Lote II”, la suma de $54.750.000.
3. Alejandro Echeverri Jaramillo en su condición de copropietario del 25% del inmueble denominado “La Vega Lote II”, la suma de $54.750.000.
4. Octavio Jiménez Obando en su condición de propietario del inmueble denominado “Acuarela del Río”, la suma de $71.880.00.

Subsidiariamente pidieron que se condene a las entidades demandadas a pagar a los demandantes los valores que corresponda de acuerdo con la evaluación pericial que se determine en el proceso.

III. LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA

Las entidades demandadas se pronunciaron frente al medio de control incoado por la parte demandante. A continuación, se presenta un breve resumen de los principales argumentos que formularon para fundamentar su estrategia de litigio.

3.1. De las entidades demandadas

3.1.1. INVIAS (Páginas 192-223 archivo 002CuadernoUnoUno.pdf)

En resumen, la entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: El Instituto Nacional de Vías, para el trece de abril de 2011, tenía contratado el mantenimiento y conservación de la vía Puente La Libertad - Fresno – Honda. Al efecto tenía suscrito el contrato No. 0663 de 2009, con PROCOPAL S.A. e INGENIERIA DE VIAS S.A., integrantes del CONSORCIO VIAS DEL CENTRO, cuyo objeto fue el mantenimiento periódico y rutinario de la vía. Motivo por el cual puede decirse que en la carretera se procuró conservarla en perfecto estado de mantenimiento y que los problemas señalados por los demandantes son derivados del mal manejo de los suelos en los predios adyacentes al sitio donde ocurrieron los deslizamientos, como es el caso del predio “La Marmolera”, donde se dedicó a pastos, convirtiéndose en áreas de

potenciales deslizamientos, por lo que no es posible endilgar responsabilidad extracontractual en cabeza del Instituto Nacional de Vías.

Adicionalmente, no es función del Instituto Nacional de Vías intervenir los cauces de los ríos o quebradas, o cuerpos de aguas, esta es una función del Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, las Entidades Territoriales y los Institutos de Investigación adscritos y vinculados al Ministerio del Medio ambiente; en ningún momento es una función del Instituto Nacional de Vías, como erradamente quiere hacerse ver.

ii) INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS: El apoderado de la autoridad vial dijo que al no ser esa la entidad responsable del manejo de los cursos de agua (ríos, quebradas etc.), de su intervención o de la concesión de licencias o permisos para tal efecto, se puede estimar que la entidad no es responsable de los daños que se imputan, máxime si los mismos obedecieron a un problema de deslizamientos ocurridos en la finca “La Marmolera” que cayeron a la Quebrada La María o Cajones.

También manifestó que las avalanchas que produjeron los presuntos daños se originaron en sitios apartados de la vía, lo que quiere decir que no existe una relación de causa-efecto sobre los fenómenos naturales ocurridos y la actividad desplegada por el INVIAS que es el mantenimiento y conservación de la vía Puente La Libertad — Fresno, Código 5006.

Por otro lado, la intervención o realización de obras de mitigación, no es de competencia del Instituto Nacional de Vías, sino del Municipio de Manizales a través de la OMPAD y la Secretaría de Obras Públicas, el Departamento de Caldas y CORPOCALDAS, quienes eran los entes que, por mandato legal, tenían que acometer las obras necesarias para conjurar las situaciones descritas por los actores en su demanda.

iii) FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO RESPECTO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS: En el presente caso, el siniestro acaeció en circunstancias que se salían de cualquier margen de previsibilidad y resistibilidad para las entidades demandadas, motivo por el cual puede decirse que se configuró una causal eximente de responsabilidad del Estado.

iv) CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO: Si se llegare a declarar la configuración de responsabilidad tendría que ser atribuida a CORPOCALDAS y la correspondiente Oficina del Departamento de Caldas (UDEPADE), del Municipio de Manizales (OMPAD) y del Municipio de Villamaría, Caldas, pues se reiteró que no es competencia del INVIAS intervenir los cauces de los ríos.

v) AUSENCIA DE CAUSA LEGAL PARA DEPRECAR CUALQUIER RECLAMO FRENTE AL INSTITUTO: Como esa entidad no fue la causante de los supuestos hechos dañosos, no puede atribuírsele ninguna eventual responsabilidad extracontractual y, por ende, no puede haber ninguna eventual condena patrimonial en su contra.

vi) EXCEPCIÓN GENÉRICA: En la medida en que se demuestre en el proceso conforme a lo consagrado en el artículo 187 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto, por el artículo 281, inciso tercero del CGP.

3.1.2. DEPARTAMENTO DE CALDAS (p. 244-261 archivo 002CuadernoUnoUno.pdf)

En síntesis, la entidad territorial se pronunció sobre los hechos de la demanda y se opuso a la prosperidad de sus pretensiones. También propuso los siguientes medios de defensa:

i) FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO: El fenómeno de La Niña 2010-2011 fue un hecho de la naturaleza imprevisible e irresistible, ajeno a todo presagio, imposible de evitar, que además fue la causa adecuada del daño, siendo esta exógena y ajena al querer de la administración, tanto así que el Gobierno Nacional declaró existencia de Desastre Nacional a través del Decreto 4579 de 2010 y en él indicó que la intensidad del fenómeno de La Niña ha sido el más fuerte en comparación con otros eventos desde el año 1949, lo que ocasionó una mayor saturación de humedad de los suelos, generando eventos extraordinarios de deslizamientos y crecientes rápidas en cuencas, ríos y quebradas de alta pendiente en la región Andina, Caribe y Pacífica.

ii) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Debido a que la atención y prevención de desastres es competencia de los Municipios de Manizales y Villamaría. El mantenimiento de la vía Manizales-Fresno le corresponde al INVIAS; la de vigilancia y conservación del medio ambiente es función de CORPOCALDAS, mientras que la función del Departamento es de mediar entre la Nación y los Municipios, lo que en efecto hizo a través de la Unidad de Prevención y Atención de Desastres de Caldas -UDEPADE-.

iii) INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS: De acuerdo a las competencias definidas en la ley y la Constitución, a los Municipios de Manizales y Villamaría les correspondía adelantar las acciones preventivas y correctivas para la atención y prevención de desastres.

iv) INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD: Refiere que, vistos los hechos, las pretensiones y la excepción de fuerza mayor, se rompe el nexo de causalidad entre el supuesto daño antijurídico y la imputabilidad del daño al Departamento de Caldas, habida cuenta que la causa del mismo fue el desastre natural imprevisible e irresistible por la que atravesó el territorio colombiano a raíz del fenómeno de La Niña 2010-2011.

3.1.3. AGUAS DE MANIZALES (p. 262-287 archivo 002CuadernoUnoUno.pdf)

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó:

i) INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL: Como encargada de prestar el servicio de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Manizales, y dentro de su objeto social o deberes legales, no se encuentra el manejo de laderas para la atención y prevención de desastres. Esta competencia se les atribuye a las autoridades ambientales en coordinación con los entes territoriales, tal como lo establece el artículo 31 de la Ley 99 de 1993.

Dado que en la demanda se dice que la responsabilidad de la empresa nace de la supuesta omisión de vigilar y atender los cauces y fuentes de agua, se debe dejar claro que esta actividad no le corresponde a la empresa, sino a las Corporaciones Autónomas Regionales. Tanto es así que Aguas de Manizales para operar y prestar el servicio de acueducto, tramita ante la corporación los permisos de uso de agua, los cuales son concedidos luego de analizar que exista disponibilidad en el afluente. A partir de ello la empresa presta el servicio de acueducto a los ciudadanos y en caso de darse una turbiedad alta en la fuente, efectúa un tratamiento más exhaustivo para poder entregar agua apta para el consumo humano, pero no por ello tiene que vigilar los ríos.

ii) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: La empresa no tiene dentro de su objeto social la vigilancia de los cauces, ni el manejo de laderas o montañas para la prevención y atención de emergencias, ni mucho menos el manejo de vías, estas competencias son de las diferentes autoridades como Corpocaldas, el Municipio de Manizales e INVIAS; tal y como lo consagra el artículo 31 de la Ley 99 de 1993 respecto de las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, y por tanto, las actividades que adelanta la empresa para ejecutar su objeto social no fueron las causantes de los perjuicios que se reclaman por los demandantes, no es entonces la empresa la llamada a responder por no estar legitimada por pasiva.

iii) INEXISTENCIA DE LOS HECHOS FUNDAMENTO DE LAS PRETENSIONES A AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.: Insisten que en la demanda se señaló que

Aguas de Manizales S.A. E.S.P. es responsable porque incumplió la obligación de vigilancia y atención de cauces y porque desatendió varios reportes del periódico La Patria, y una solicitud que se radicó después de haberse presentado todos los hechos que se relacionan en la demanda. En ese contexto, es claro entonces que los hechos fundamento de las pretensiones frente a Aguas de Manizales S.A. E.S.P. no son fuente de obligación, porque no existe norma que obligue a esta empresa a vigilar las fuentes de aguas y, por el contrario, existen múltiples normas (Ley 99 de 1993, Ley 1450 de 2011) que confieren expresamente esta obligación a las autoridades ambientales y entidades territoriales, naturaleza jurídica que no tiene Aguas de Manizales que es una empresa de servicios públicos mixta que se encarga de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado.

No siendo poco lo anterior, indicó que es bien sabido en el mundo del derecho que las noticias o columnas de los periódicos no son fuente de obligación, porque se trata de apreciaciones subjetivas que en un momento determinado tiene un periodista sobre un hecho, sin que implique fuente de responsabilidad. Finalmente manifestó que respecto de la solicitud enviada el 26 de diciembre del 2011, cuando todos los hechos ya habían pasado, se convierte en extemporánea para atribuirle responsabilidad a la empresa.

iv) EXCEPCION GENÉRICA DE DECLARATORIA OFICIOSA POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN: De conformidad con lo preceptuado en el artículo 306 del CPC cuando se hallen probados hechos que constituyen una excepción o de un medio de defensa del demandado, deberá reconocerlos oficiosamente en la sentencia, por enervar el derecho sustancial pretendido por la parte demandante.

EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS: En caso de no prosperar ninguna de las excepciones anteriores, y en caso de señalarse que existe alguna responsabilidad de Aguas de Manizales S.A. E.S.P. se propusieron las siguientes excepciones:

i) FUERZA MAYOR COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD: Es claro y conocido por todos, que el municipio de Manizales está sometido a continuas amenazas por su ubicación en un terreno de alta predisposición a la ocurrencia de deslizamientos y altas precipitaciones, sin embargo, no por ello se deja de estar sometido a unas fuerzas que devienen en irresistibles e imprevisibles. El presente caso es el mejor ejemplo de tal situación, en la medida que se trata de un hecho de la naturaleza el cual no se pudo prever ni resistir, motivo por el cual se configura una causal eximente de la responsabilidad del Estado.

Los hechos que generaron la suspensión del servicio eran imprevisibles, pues Aguas de Manizales S.A. E.S.P. no podía saber que el 19 de octubre de 2011 se

presentaría un deslizamiento en el predio denominado “La Marmolera” que ocasionaría el desprendimiento de las conducciones de 28 y 30 pulgadas.

Expresó que era imposible determinar en qué lugar y en qué sitio se iban a presentar los deslizamientos, aun así, esa entidad hizo lo que estaba a su alcance y con la Corporación Autónoma Regional de Caldas elaboró un listado de 252 sitios críticos en conjunto con la Oficina Municipal para la Prevención y Atención de Desastres – OMPAD, meses antes del suceso, y entre tales puntos críticos no se encontraba identificado el predio “La Marmolera”. No obstante, lo cierto es que ese inventario de sitios críticos estaba hecho con el fin de adelantar obras, lo cual demuestra la diligencia y cuidado con el que actuó la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P. previa a la ocurrencia del fenómeno de La Niña en el año 2011.

Indicó que se consultó el Instituto Colombiano de Geología y Minería si *¿La situación acaecida el 19 de octubre de 2011 y que afectó la planta de potabilización “Luis Prieto Gómez” ubicada en la ciudad de Manizales, tuvo como causa un hecho de la naturaleza que pudo haber sido anticipada por la empresa investigada con base en las alertas sobre el intenso invierno dada por el IDEAM?* Y esta entidad respondió que: “*las alertas generadas por el IDEAM para el territorio nacional se realizan con base en un estudio realizado a escala 1:5000.000; con este tipo de detalle es difícil anticipar este tipo de fenómenos muy localizados”*

Y, por lo tanto, se trataba de un evento imprevisible, fuera de lo normal, que desbordaba las previsiones que habían realizado los órganos competentes sobre la materia, de ahí que esa entidad “*previó lo previsible y ejecutó lo ejecutable. Lo que pasó en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, supera en magnitud lo que la mente humana es capaz de prever. Como se mencionó, la ola invernal, afectó toda la nación y en diferentes sectores: gas, agua, vías, cultivos, universidades, la población en general. Fue un hecho sobreviniente, grave, constituyéndose en una fuerza mayor.”*

3.1.4. CORPOCALDAS (p. 2-149, 223-274 del archivo 003CuadernoUnoDos.pdf)

El apoderado de la entidad ambiental se pronunció sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, también expuso amplios argumentos de defensa, los cuales complementó con las siguientes excepciones de mérito:

i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: El medio exceptivo se fundamenta en la falta de competencia de esa entidad para el control y manejo del uso del suelo, la defensa del espacio público, la administración, mantenimiento y conservación de vías y la gestión del riesgo.

i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA: Refiere que la Sociedad Organicultivos & Setas S.A.S. es la verdadera titular del derecho que se reclama por parte del señor Alejandro Echeverri Jaramillo a título de lucro cesante, conforme al certificado expedido por la Cámara de Comercio de Manizales, pues la actividad productiva de donde se deviene la reclamación del eventual daño causado, se realiza por una persona jurídica, que, en todo caso, es diferente de la natural, que acude en ejercicio del derecho de acción.

iii) FUERZA MAYOR: la argumentación de este medio de defensa estuvo orientado a que los eventos a los que se hace alusión en la demanda tienen como causa eficiente y detonante el aumento del régimen de lluvias acaecido en los años 2010 y 2011 como consecuencia del cambio climático, el cual reúne las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad.

Se resalta que el apoderado de la Corporación, presentó un documento adicional como consecuencia de la adición de la demanda, denominado "CONCEPTO TÉCNICO DESLIZAMIENTO "LA MARMOLERA"", en el que se determinan falencias técnicas en los conceptos emitidos por los profesionales Horacio Rivera y Fernando Sánchez acerca de los problemas de la finca "La Marmolera" en el año 2011.

3.1.5. CONTESTACIÓN MUNICIPIO DE MANIZALES (p. 150-209 del archivo 003CuadernoUnoDos.pdf)

La entidad territorial solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda y propuso los siguientes medios de defensa:

i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: El Municipio de Manizales indicó que la vereda Gallinazo se encuentra situada en jurisdicción del Municipio de Villamaría, Caldas, y tiene como límite natural, hacia el costado norte, el Río Chinchiná. Geográficamente esta zona corresponde a la Cuenca Media- Alta del Río Chinchiná el cual nace en el sector de Alto de Letras a una altitud de 3786 m.s.n.m, de ahí que los predios de propiedad de los accionantes se encuentran ubicados en jurisdicción de Villamaría, lo cual es absolutamente incontrovertible y en ese sentido no puede el Municipio de Manizales intervenir, regular, controlar o ejercer cualquier acto sobre éstos en razón a las competencias que le asisten a la administración municipal en cuanto a su ámbito de gobierno y administración. Por tanto, no es la llamada a ser demandada y menos a responder por los presuntos perjuicios que se les causó como consecuencia del desbordamiento del rio Chinchiná y demás eventos que refieren en el escrito de demanda.

II) CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA: Refirió que, de acuerdo con el concepto

de la Unidad de Gestión del Riesgo sobre lo acontecido con el incremento del caudal del río Chinchiná y el arrastre de material que ocasionó el ensanche del cauce para dar paso a las aguas, se concluyó que esta situación provocó la afectación de las construcciones ubicadas en el predio La Vega II las cuales ocupaban la llanura de inundación del Río Chinchiná.

Además, las visitas de campo al sitio permiten establecer que en los predios la Vega Lote II y Acuarela del Río se construyeron edificaciones sobre la llanura de inundación y/o Faja Forestal Protectora del Río Chinchiná, terrenos que desde ningún punto de vista eran aptos para el asentamiento de construcciones.

En consecuencia, la actuación de los propietarios de los predios LA VEGA II Y ACUARELA DEL RIO, invadiendo la faja forestal protectora y la llanura de inundación del Rio Chinchiná, expuso por cuenta propia sus propiedades, inversiones, cultivos y construcciones, al penetrar de manera imprudente en un área que por naturaleza es propiedad del rio, y cuyo espacio se recupera cuando requiere seguir su trayecto natural.

iii) FUERZA MAYOR: Dijo que, como es bien sabido, el año 2011 estuvo influenciado por el fenómeno de La Niña, y a lo largo de casi todo el año se presentaron lluvias, aún en la temporada seca, el incremento en los niveles de precipitación media durante todo el año, provocaron una alta saturación de terrenos que dieron origen a múltiples deslizamientos, entre ellos, el ocurrido en la finca “La Marmolera”, Municipio de Manizales. Deslizamiento compuesto (rotacional con transición a traslacional) con velocidad de movimiento extremadamente rápido y volumen de material desplazado extremadamente grande (aproximadamente 500.000 metros cúbicos), el material desplazado se disgregó rápidamente y cayó al Río Chinchiná avanzando aguas abajo en forma de flujo de lodos ocupando el ancho de la llanura de inundación.

Dice que, por ello, tal suceso fue totalmente imprevisible, teniendo en cuenta que la superficie total o área de drenaje hacia el Río Chinchiná en esta zona es de aproximadamente 3839 Hectáreas (38,39 Km2), superficie que se puede clasificar como relativamente extensa para predecir con el empleo de: metodologías modernas, la ocurrencia de un deslizamiento de tales características dentro de esta área específica.

Otro aspecto que no era posible pronosticarlo era la magnitud del deslizamiento (volumen de la masa en movimiento), por lo tanto, se constituyó en un hecho fortuito o de fuerza mayor.

De ahí que, y de acuerdo con el conocimiento y experiencia que tienen los profesionales adscritos a la Unidad de Gestión del Riesgo de la Alcaldía de Manizales, quienes han suministrado la información técnica sobre lo acontecido en la temporada invernal La Niña, y se han consignado en este escrito, concluyen que las afectaciones que se dieron en los predios de propiedad de los demandantes se originaron por factores naturales asociados a un alto régimen de lluvias en la región y a la dinámica fluvial del Río Chinchiná, elementos que son característicos de cuencas ubicadas en ambientes tropicales como las de esta región del país.

3.2. Contestación de las entidades llamadas en garantía

3.2.1. PROCOPAL S.A. (p. 276-364 archivo digital 013CuadernoDosCuatro.pdf)

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y planteó las siguientes excepciones:

I) INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO: EL CONSORCIO VÍAS DEL CENTRO CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES: La apoderada de esta empresa indicó que la responsabilidad patrimonial del Estado expone unos requisitos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política: (i) la existencia del daño antijurídico (ii) la acción u omisión de una entidad pública y (iii) un nexo causal entre los dos anteriores requisitos.

Así mismo la responsabilidad del Estado asociada a la ejecución de obras en las vías se encuentra catalogada bajo el **régimen de imputación de la falla probada,** en este apartado el Consejo de Estado ha sido enfático al exigir la presencia de una falla del servicio como requisito imprescindible en la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por ende, el CONSORCIO VÍAS DEL CENTRO, en su calidad de colaborador del Estado no tiene responsabilidad alguna porque todas sus actuaciones se realizaron al máximo nivel de diligencia y cuidado, toda vez que como primer punto CVC dispuso de los lugares propicios para el material proveniente de derrumbes y obras ejecutadas, además de la certificación ambiental de CORPOCALDAS.

De forma adicional, en el segundo punto expuso que, según la relación contractual, nunca se pactó que el consorcio tuviera la obligación de velar por el buen estado de los terrenos aledaños de la vía. Además, de los hechos de la demanda se desprende que la causa determinante de la afectación fue la inestabilidad de los suelos de las laderas por temas geotécnicos como la conformación de un suelo permeable al agua por la formación volcánica, la alta pendiente de las laderas y las actividades económicas atípicas e intensas realizadas en la zona, como ganadería, recreación, habitación y deforestación conjunto a la temporada invernal; situación

que se puede probar gracias a los informes realizados por CORPOCALDAS, así mismo la obligación del mantenimiento de las laderas corría por cuenta de este último.

Así pues, se puede concluir que el evento se produjo por fenómenos erosivos y de mal uso del terreno en los inmuebles afectados.

II) AUSENCIA DE CAUSALIDAD. LAS ESCOMBRERAS Y ZONAS DE DEPÓSITO EMPLEADAS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO No. 663 DE 2009 NO SE ENCUENTRAN EN CERCANÍAS CON LOS AFLUENTES DEL RÍO CHINCHINÁ NI DEL SITIO DEL DERRUMBE QUE CAUSÓ LA AVALANCHA DEL 6 DE DICIEMBRE DE 2011: Refiere, que el consorcio dispuso todo el material sobrante por excavaciones y remoción de derrumbes en sitios especiales previstos para ello, sin incidencia al cauce o afluentes del río Chinchiná, anexando en la contestación de la demanda los planos de estos sitios y su ubicación cartográfica. Demostrando que era imposible que estos desechos tuvieran alguna relación con la colmatación de los cauces del río o los deslizamientos de tierra.

III) CAUSA EXTRAÑA: LA AVALANCHA DEL 6 DE DICIEMBRE DE 2011 CONSTITUYE UNA SITUACIÓN DE FUERZA MAYOR QUE EXONERA DE RESPONSABILIDAD AL CVC: en este punto manifestó que de conformidad con lo reportado en medios locales, la avalancha del 6 de diciembre de 2011 fue un evento sin antecedentes, razón por la cual se puede decir que la situación cumple con los requisitos de la jurisprudencia del Consejo de Estado para concluir que se trata de un evento de fuerza mayor por cuanto es un hecho imprevisible, irresistible y externo, debido a que el consorcio Vías del Centro no contribuyó a la generación de la avalancha.

IV) CAUSA EXTRAÑA: HECHO DE UN TERCERO: En este medio de defensa la llamada en garantía sostuvo que debe exonerarse de responsabilidad al CONSORCIO VÍAS DEL CENTRO en la medida que los hechos ocurridos el 6 de diciembre de 2011 son imputables a terceros; toda vez que, como reposa en los informes anexados al expediente, era responsabilidad de CORPOCALDAS vigilar y controlar las medidas que se estaban implementando en el predio “La Marmolera” para evitar un deslizamiento de tierra.

3.2.1.1. FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS, se propusieron las siguientes excepciones:

i) PROHIBICIÓN LEGAL PARA EFECTUAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Existe prohibición conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Ley

678 de 2011 puesto que las entidades públicas no pueden llamar en garantía a los agentes frente a los cuales pueda endilgar alguna responsabilidad, cuando alguien ha formulado como excepción una causa extraña como, culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero o fuerza mayor.

Por lo que se observa, en la contestación de la demanda el INVIAS propone como excepciones la fuerza mayor y culpa exclusiva de un tercero, solicitando así negar el llamado en garantía.

ii) CAUSA EXTRAÑA EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD: FUERZA MAYOR. LA AVALANCHA DEL 6 DE DICIEMBRE DE 2011 FUE UN HECHO IMPREVISIBLE E IRRESISTIBLE PARA EL CONSORCIO VÍAS DEL CENTRO. De acuerdo con lo mencionado *in extenso* en el acápite de excepciones frente a la demanda, la avalancha del 6 de diciembre de 2011 obedeció a un hecho constitutivo de fuerza mayor que exonera de cualquier responsabilidad al CONSORCIO VIAS DEL CENTRO, lo cual desvirtúa la aplicación de la cláusula contractual de indemnidad que legitima al INVIAS para llamar en garantía al contratista, toda vez que el hecho que da base a la acción no es atribuible este.

iii) CAUSA EXTRAÑA EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD. HECHO DE UN TERCERO Y HECHO DE LA VÍCTIMA: Teniendo en cuenta las razones expuestas respecto de la fuerza mayor, no procede tampoco el llamamiento en garantía en caso de que se demuestre que el hecho era imputable a un tercero o a la víctima.

3.2.2. CONTESTACIÓN PAULO EMILIO BRAVO CONSULTORES S.A.S. y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. (p. 246-258 del archivo 013CuadernoDosCuatro.pdf)

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones denominadas:

i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Indicó que ninguna de las causas y hechos invocados en la demanda y en el llamamiento en garantía tienen relación directa con el consorcio ETSA – PEBSA y por tanto, este no posee responsabilidad frente a lo ocurrido, por tanto, no hay un fundamento para que este pertenezca al grupo de demandados, además, destacó que los demandantes no refieren acción u omisión por parte de las sociedades PAULO EMILIO BRAVO CONSULTORES S.A.S. y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S.

ii) CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL, INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE AL CONSORCIO ETSA-

PEBSA: Estudios Técnicos S.A.S. y Paulo Emilio Bravo Consultores S.A.S se encontraba en el área donde ocurrieron los hechos, aunque bastante retirado del sitio específico, en cumplimiento de un contrato de interventoría, respecto del cual, INVIAS nunca requirió o sancionó por incumplimiento.

iii) INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL: No se reúnen los elementos que la legislación y jurisprudencia establecen para que se configure la responsabilidad civil en tanto que la interventoría no incumplió sus obligaciones contractuales y en ese sentido no pudo haber causado los daños que aluden los actores.

iv) A LOS MIEMBROS DEL CONSORCIO ETSA-PEBSA NO LE SON IMPUTABLES LOS HECHOS CAUSANTES DE LA AVALANCHA: Toda vez que los hechos origen del perjuicio no son derivados de acción u omisión de los aquí llamados en garantía.

v) INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL. Ninguna de las obligaciones a cargo del consorcio ETSA-PEBSA tienen relación de nexo causal con la avalancha y deslizamiento, supuestamente causante de los daños reclamados en el litigio.

3.2.3. CONTESTACIÓN ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. (p. 397-425 del archivo 011CuadernoDosDos.pdf)

Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, manifestó frente a la pretensión del llamante en garantía que estará en obligación de pagar solo en caso de que este sea declarado judicialmente responsable por los daños reclamados en la demanda y propuso las siguientes excepciones:

i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Indicó que la empresa Aguas de Manizales tiene definido su objeto social **(**prestación de servicio de acueducto y alcantarillado, no la vigilancia y atención de los cauces y fuentes de agua, manejo de laderas o montañas y el manejo de vías) que en la demanda no se menciona que los hechos dañosos se hayan producido por el rompimiento de un tubo de acueducto o alcantarillado y resalta que el Tribunal Superior de Manizales, Sala Civil- Familia por similares supuestos fácticos y en sentencia de segunda instancia, desvinculó a Aguas de Manizales.

ii) FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO: Refirió que Manizales por su ubicación y terrenos de ladera, está sometida a amenazas continuas de deslizamientos y precipitaciones que pueden ocasionar situaciones imprevisibles e irresistibles, además mencionó que la situación climática excepcional dada entre 2010-2011 dio lugar a movimientos en masa en la ladera que con anterioridad al primer evento no presentaba condiciones particulares que dieran alarma de

deslizamiento, de la misma manera en el evento ocurrido en el Río Chinchiná el 06 de diciembre de 2011. Por tanto, en el presente caso se ha presentado una fuerza mayor en razón de la mencionada ola invernal.

iii) AUSENCIA DE ELEMENTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: La responsabilidad civil extracontractual se configura a partir de una conducta del demandado, un daño y un nexo de causalidad; en el presente caso no existe nexo de causalidad toda vez que la codemandada no cometió acto alguno, ya que se reitera que todo ocurrió por hechos de la naturaleza, teniendo en cuenta lo anterior, se configura la ausencia de elementos esenciales para la configuración de la responsabilidad del Estado.

iv) COMPENSACIÓN DE CULPA Y REDUCCIÓN DE INDEMNIZACIÓN COMO SU COLARORARIO (SIC): Según el artículo 235 del Código Civil "La apreciación del daño está sujeta a la reducción si el que lo ha sufrido se ha expuesto a él imprudentemente". Así las cosas, en el presente caso, no puede exigirse judicialmente al demandado la total reparación del daño producido, pues habiendo contribuido también a su producción la propia persona que lo padece, la solución equitativa es la de reducir el monto.

EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL NRO.20262

i) INEXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS: Refirió que Aguas de Manizales S.A E.S.P. no ha sufrido perjuicio alguno toda vez que no se le ha demostrado responsabilidad ni ha sufrido algún quebranto patrimonial y, por tanto, con base en el art 1077 del Código de Comercio, el Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual no opera; y en caso de que en el proceso se estuvieran discutiendo los daños y perjuicios causados a terceros, éstos tampoco han demostrado la responsabilidad de la codemandada.

ii) EL LUCRO CESANTE NO SE ENCUENTRA CUBIERTO POR EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No.20262: Señaló que en concordancia con lo estipulado en el art.1088 del Código de Comercio y según lo estipulado en la póliza Nro.20262, la cobertura del lucro cesante se encuentra excluida porque en el evento de una hipotética condena en contra del asegurado Aguas de Manizales S.A ESP, la aseguradora no tiene obligación de pagar nada en relación a ese rubro.

iii) EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, NO SE ENCUENTRAN CUBIERTOS POR EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA

CONTRACTUAL No. 20262: En concordancia con el plurimencionado contrato, existen varias exclusiones que serán aplicables.

iv) EL SINIESTRO OCURRIDO NO SE ENCUENTRA DENTRO DE LA COBERTURA DE LA PRESTACIÓN ASEGURADA: Manifiesta que salvo estipulación escrita en el contrato, la póliza no se extiende a amparar la responsabilidad del asegurado proveniente de *"Daños personales y/o materiales ocasionados por: la acción lenta* o *continuada de temperaturas, gases, vapores, humedad, sedimentación o desechos (humo, hollín, polvo y otros), moho, hundimientos de terreno o corrimiento de tierra, vibraciones, tifón, huracán, maremoto, tsunami, tornado, tempestad, terremoto, ciclón, erupción volcánica, fuego subterráneo, daños electromagnéticos, campos electromagnéticos deslizamiento de tierras fallas geológicas, asentamientos, cambios en los niveles de temperatura* o *agua, inconsistencia del suelo* o *subsuelo, desbordamiento y alza del nivel de aguas, lluvias, granizo, enfangamiento, caída de roca, aludes, inundaciones o cualquier otra perturbación atmosférica o cualquier otro fenómeno de la naturaleza".* Con base en lo anterior, los hechos que dieron lugar a la demanda se encuentran descritas en la anterior exclusión, por tanto, no hay lugar a pago alguno de indemnización por parte de esta llamada en garantía.

v) EXCLUSIÓN DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL NRO. 20262: Conforme a lo establecido en el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede a su arbitrio, establecer las exclusiones pertinentes al riesgo asegurado y deben reposar de manera expresa en la póliza y en el caso en concreto se estipuló la relativa al “Daño moral sin daño físico, angustia mental” lo que implica que no hay obligación a indemnizar sobre dichos perjuicios.

vi) LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE ENCUENTRA LIMITADA AL VALOR DE LA SUMA ASEGURADA: No podrá proferirse condena por encima del valor de la suma asegurada en el contrato de seguro.

vii) DEDUCIBLE CARGO DEL ASEGURADO: Para el amparo de Predios, Labores y Operaciones (PLO), se estableció un deducible del 10% del valor de la pérdida, mínimo $8.000.000, suma que, por tanto, deberá descontada del monto que hipotéticamente tenga que sufragar mi representada.

3.2.4 CONTESTACIÓN COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA (p. 5-21 del archivo 012CuadernoDosTres.pdf)

Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso las excepciones denominadas:

i) FUERZA MAYOR/ EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD: Sobre esta, refirió que la administración y su contratista están exentos de responsabilidad toda vez que el siniestro fue un hecho imprevisible y producto de la ola invernal que la ciudad padeció en la época de los hechos y refiere la sentencia del Consejo de Estado con rad. 10846 del 26 de febrero de 1998, que habla sobre los efectos exoneratorios totales o parciales dependiendo del grado de participación a título de concausalidad de las partes en la causación del daño. En el caso concreto puede inferirse que los daños fueron ocasionados por fenómenos de la naturaleza no atribuibles a ninguno de los demandados y menos, a los llamados en garantía.

PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO POR PROCOPAL S.A.

Se opuso a la primera y tercera pretensión y estuvo de acuerdo con la segunda y propuso las siguientes excepciones:

i) "LOS HECHOS OBJETO DE DEBATE OCURRIERON POR FUERA DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABIIDAD CIVIL 05RO029521 EXPEDIDA POR CONFIANZA S.A": Según relata la parte actora, los hechos tuvieron ocurrencia a partir de diciembre de 2010 e incluso desde hace más de 20 años como está contemplado en el acápite "Cronología de los acontecimientos" que reposa en la demanda que dio origen a este litigio.

Partiendo de lo anterior, se tiene que la vigencia de la póliza 05RO029521 expedida por Confianza S.A a favor de Procopal S.A, inició su vigencia el 02 de noviembre de 2011 y, en ese sentido, ninguno de los hechos que dieron origen a los daños sufridos por los demandantes, tuvieron lugar dentro de la vigencia de la póliza en mención, por lo que Confianza S.A. deberá ser absuelta de las pretensiones de la demanda y el llamamiento en garantía.

ii) AUSENCIA DE COBERTURA DE HECHOS DE LA DEMANDA POR EXPRESA EXCLUSIÓN/NO COBERTURA DE DESLIZAMIENTOS DE TIERRA NI HECHOS DE LA NATURALEZA." En concordancia con el art.1056 del Código de Comercio, los aseguradores tienen potestad para elegir que riesgos asumir y de qué manera hacerlo, exceptuando los riesgos cubiertos por los seguros obligatorios.

Mencionó la Sentencia de la CSJ del 07 de octubre de 1985 en donde refiere que entre otras cosas "El asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume…" así pues, esta aseguradora asumió los riesgos objeto de los contratos de seguro instrumentados en la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual haciendo la exclusión de no amparar daños producto de deslizamientos de tierra,

derrumbes, aludes; por tanto las pretensiones de la demanda no estuvieron cubiertas por la póliza.

iii) COEXISTENCIA DE SEGUROS QUE AMPARAN LOS MISMOS HECHOS: Resaltó que Procopal S.A., como integrante del Consorcio Vías del Centro, constituyó una póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual obligatorio para cubrir daños a terceros con ocasión de la ejecución del contrato no. 663 de 2009, por tanto, sería esa garantía la llamada en cubrir los eventuales perjuicios que resulten probados en este proceso y sean imputables a los miembros del consorcio.

iv) EXCEPCIÓN SUBSIDIARIA: En caso de desvirtuarse la causal exonerativa de fuerza mayor y se llegase a declarar alguna responsabilidad en cabeza de Procopal, deberá tenerse en cuenta que la indemnización pedida por daños morales y emergente, estaría cubierta por los amparos de perjuicios extrapatrimoniales.

v) EXCEPCIÓN GENÉRICA. Solicitó reconocer de oficio excepciones que beneficien a la aseguradora si logran probarse hechos que conduzcan a ello.

3.2.5 CONTESTACIÓN SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. (p. 53-163 del archivo 012CuadernoDosTres.pdf)

Luego de pronunciarse sobre cada uno de los hechos de la demanda Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

i) INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO: EL CONSORCIO VÍAS DEL CENTRO CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES: Señaló como presupuestos para la configuración de una falla en servicio según el art. 90 de la CP: (I) la existencia de un daño antijurídico; (II) la acción u omisión de una entidad pública y (III) un nexo causal entre los dos anteriores requisitos.

Por ende, según dijo el profesional en derecho, en el caso concreto no se configuran los requisitos anteriormente mencionados puesto que, el consorcio en calidad de colaborador del Estado por medio del INVÍAS, realizó todas y cada una de las actuaciones con el máximo de diligencia y cuidado, sin acciones omitidas o negligentes de su parte, toda vez que en el desarrollo de las funciones contratadas dispuso de manera correcta de los materiales provenientes de derrumbes y de obras realizadas, utilizando las escombreras municipales y las zonas de depósito de materiales autorizadas y más aún cuando este ítem supone una remuneración de carácter económico por parte del INVIAS.

También es importante tener en cuenta que no era responsabilidad del consorcio velar por el mantenimiento y preservación de los lotes aledaños, pues estos no estaban dentro del contrato, además, los deslizamientos no tuvieron relación con la obra, sino con la realización de actividades económicas por parte de terceros en dichos bienes inmuebles.

ii) **AUSENCIA DE NEXO CAUSAL. LAS ESCOMBRERAS Y ZONAS DE DEPÓSITO EMPLEADAS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO NO SE ENCUENTRAN EN CERCANÍAS CON LOS AFLUENTES DEL RÍO CHINCHINÁ, NI DEL SITIO DEL DERRUMBE QUE CAUSÓ LA AVALANCHA DEL 6 De DICIEMBRE DE 2011:** Adujo que el consorcio asegurado por su poderdante, dispuso todo el material sobrante por excavaciones y remoción de derrumbes en sitios especiales, sin incidencia en el cauce o afluentes del río Chinchiná, anexando en la contestación de la demanda los planos de estos sitio y su ubicación cartográfica. Lo anterior, para intentar mostrar que era imposible que estos desechos tuvieran alguna relación con la colmatación de los cauces del río o los deslizamientos de tierra.

iii) CAUSA EXTRAÑA: LA AVALANCHA DEL 6 DE DICIEMBRE DE 2011 CONSTITUYE UNA SITUACIÓN DE FUERZA MAYOR QUE EXONERA DE RESPONSABILIDAD AL CONSORCIO VIAS DEL CENTRO. DE CONTERA A LAS EMPRESAS QUE LO INTEGRAN: Según los medios de comunicación este fue un hecho sin precedentes, lo que configura una causa extraña no imputable por fuerza mayor.

El evento resulta imprevisible, por cuanto si se mira el comportamiento del río Chinchiná, incluso con el nivel de lluvias tenido para los años 2010 y 2011, no era esperable un deslizamiento de tierra de las proporciones señaladas por los demandantes. Cabe resaltar que el consorcio no tenía ninguna obligación legal o contractual respecto de la cuenca del río Chinchiná.

De otro lado, el evento resultó ser irresistible, dado que el derrumbe ocasionó un flujo de agua, lodo, piedras y escombros de un tamaño diez veces mayor al flujo normal del río, de manera que no existía posibilidad de resistir la fuerza de la naturaleza. Así mismo se constituye en un hecho externo, pues el Consorcio Vías del Centro, no contribuyó a la generación de la avalancha, y de conformidad con los estudios técnicos, la causa del deslizamiento de tierra fue la mala condición de los suelos en razón del proceso degradativo, agravados por el mal manejo de estos.

Analizando el caso que nos ocupa es dable concluir que la ocurrencia del daño y los consecuentes perjuicios alegados por los demandantes tienen como causa eficiente un hecho de la naturaleza constitutivo de fuerza mayor.

iv) CAUSA EXTRAÑA: HECHO DE UN TERCERO: La llamada en garantía alegó que deberá exonerarse de responsabilidad al CONSORCIO VÍAS DEL CENTRO en la medida que los hechos ocurridos el 6 de diciembre de 2011 son imputables a terceros. Toda vez que, como reposa en los informes anexados al expediente, era responsabilidad de CORPOCALDAS vigilar y controlar las medidas que se estaban implementando en el predio “La Marmolera” para evitar un deslizamiento.

v) **CAUSA EXTRAÑA: HECHO DE LAS VÍCTIMAS:** Tomando en cuenta los supuestos fácticos alegados en la demanda, se puede evidenciar que la ocurrencia del deslizamiento y la avalancha era algo previsible para los demandantes, razón por la cual en múltiples oportunidades alertaron a las autoridades, pese a ello, a pesar del riesgo, los demandantes continuaron con sus acciones cotidianas como habitación y explotación económica de la zona. Por lo cual, de acuerdo al artículo 2357 del C.C. habrá una reducción en la supuesta culpa por la actuación imprudente de los demandantes.

vi) PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD Solicitó también la llamada en garantía declarar la caducidad de la acción o la prescripción del derecho, al configurarse tal situación extintiva sobre cualquier tipo de obligación relacionada en el presente litigio.

vii) EXCEPCIÓN GENÉRICA. Según el criterio de esta entidad, el despacho deberá reconocer oficiosamente las excepciones que resulten demostradas en el curso del proceso y cuyas circunstancias obstruyan el nacimiento o determinen la extinción de los efectos en que se apoya la demanda y que impida parcial o totalmente el pronunciamiento judicial impetrado por el demandante o el llamante en garantía, en aplicación a lo ordenado por el artículo 306 del CPC.

PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO POR PROCOPAL S.A:

Antes de adentrarse en las mismas, solicitó la parte que se tengan en cuenta las condiciones y exclusiones de la póliza con el fin de buscar la inaplicabilidad de la póliza por exclusiones de responsabilidad contenidas dentro de la mismas, sin importar que el consorcio asegurado haya cumplido a cabalidad con sus funciones y así mismo que estas se prueben dentro del proceso, así como su vigencia al momento de los hechos.

También propuso las siguientes excepciones:

I) EXPRESA EXCLUSIÓN DE COBERTURA EN CASOS DE DESLIZAMIENTOS DE TIERRA. CAMBIOS EN LOS NIVELES DEI. AGUA. INCONSISTENCIAS DEL SUELO. LLUVIAS. INUNDACIONES. PERTURBACIÓN ATMOSFÉRICA O DE LA NATURALEZA: En caso de presentarse un fallo de carácter condenatorio al consorcio asegurado, el riesgo demandado no se encontraba dentro del contrato o póliza pactada, pues en el apartado de exclusiones, (sección II. numeral 1.3 y 1.13) establece que cuando se constituya causa extraña por deslizamiento de tierras, terremotos, fallas geológicas, temblores, cambios en niveles de agua, inconsistencias en suelo, subsuelo, lluvias e inundaciones no constituyen responsabilidad alguna por parte de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Y teniendo en cuenta que la afectación causada a los demandantes se produjo por un deslizamiento de tierra o una avalancha dentro de una temporada invernal en todo el país, se puede concluir que no es más que un hecho normal, sorpresivo, imprevisible e irresistible.

II) EXPRESA EXCLUSIÓN DE COBERTURA EN CASOS DE LESIONES, MUERTE O DAÑOS MATERIALES POR ACCIÓN LENTA O CONTINUADA DE SEDIMENTACIÓN, DESECHOS, HUNDIMIENTOS DE TERRENO CORRIMIENTOS DE TIERRA O VIBRACIONES: Para SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. no existe obligación de reembolso puesto que en sección II. En el numeral 1.13 se establece la exclusión por cuenta de lesiones personales, muerte y/o daños materiales ocasionados por hundimientos de sedimentación o desechos, hundimientos de terreno o corrimiento de tierra.

Sin que Implique confesión alguna, como en la demanda, se indicó que la avalancha se produjo por arrojar a la cuenca del río desechos y sedimentos de las obras constructivas.

i) COBERTURA DEL SEGURO APLICA EN EXCESO DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 100001365 EXPEDIDO POR MUNDIAL DE SEGUROS. CONTRATADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA NO. 663 DE 2009: Alegó que la póliza en un principio se contrató para el desarrollo de las actividades propias de PROCOPAL S.A, la cual conformó el CONSORCIO VÍAS DEL CENTRO, para celebrar el contrato No. 663 con el INVIAS, dentro del cual se estableció una póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual con MUNDIAL DE SEGUROS S.A

Con ocasión del contrato de obra No. 663 de 2009, el contratista, Consorcio Vías del Centro, celebró contrato de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 100001365, el que cuenta con un amparo básico por predios, labores y

operaciones de $ 32.716.539.604.00; por tanto, en caso de una eventual condena, primero deberá agotarse tal valor asegurado, y en exceso de ello, operará la suma asegurada contenida en el contrato de seguro que convoca este llamamiento en garantía.

ii) LÍMITE DE VALOR ASEGURADO Y DEDUCIBLE: En caso de no prosperar las excepciones y que la aseguradora y el consorcio sean condenados, la primera se limita a la suma asegurada menos el deducible pactado por el 15% de la pérdida, Así mismo es importante aclarar que valor el asegurado por el amparo de responsabilidad civil extracontractual es $3.000.000.000 por evento o vigencia. Y sólo cubrirá el exceso después de haber acotado la respectiva póliza de Mundial de Seguros.

Para finalizar, el apoderado presentó una objeción al monto indemnizatorio pretendido por el daño material, a título de daño emergente, en razón que no existen pruebas de su existencia y que además no desarrolló las fórmulas que muestren el valor exacto de las pretensiones económicas de cada uno de los demandantes.

3.2.6. MUNDIAL DE SEGUROS S.A. (p. 175-209 archivo 012CuadernoDosTres.pdf)

Se opuso a todas las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

i) AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD: Sobre la misma, la parte refiere que para que exista responsabilidad por parte del Estado se deben cumplir ciertos requisitos tales como, una actuación ilícita por parte de la entidad encargada, un daño antijurídico y un nexo causal, requisitos que no se cumplieron puesto que no existen pruebas que demuestren la responsabilidad de la llamada en garantía. Tampoco existieron actuaciones administrativas en contra del consorcio por malos manejos por el material sobrante de sus actividades.

En ese sentido, no se afectaron los inmuebles objeto de litigio, y en últimas le corresponde a la parte accionante probar estas afectaciones, pues tanto el Consorcio como el INVIAS actuaron en cumplimiento de sus funciones suscritas en el contrato y en las establecidas por la ley.

ii) INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR: Refiere que para el consorcio resultó imposible resistir el deslizamiento en la parte alta de la montaña, que arrastró tanto piedras y lodo propios del terreno, no de la obra, por lo cual resulta imposible imputar al contratista responsabilidad alguna por un vendaval y/o derrumbe que no es más que un hecho propio de la naturaleza imposible de predecir, resistir y evitar.

Aunado a lo anterior, el estudio técnico de CORPOCALDAS indicó que el hecho se presentó en la parte alta de la montaña por acumulación de lluvias y que esta parte no fue intervenida por el contratista pues no estaba pactada dentro del contrato, por ende, no es más que una causa extraña que resultaba imprevisible e irresistible para el contratista y asegurado de la hoy llamada en garantía, MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

iii) HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO: CORPOCALDAS: Aludió que el evento se registró como resultado de las fuertes lluvias que se presentaron en todo el país, así mismo destacó que la parte alta de la montaña donde se presentó el deslizamiento no había sido objeto de cuidado ni mantenimiento por parte de los entes territoriales competentes, ni de CORPOCALDAS (Ley 99 de 1993, Art. 31, y Ley 22 de 1991).

Siendo esta última codemandada la responsable del cuidado de dicha zona para evitar el deslizamiento presentado y más cuando tenía pleno conocimiento del estado de las laderas cercanas y no tomó las medidas pertinentes.

Así mismo, dentro del contrato no estaba establecida la intervención a la parte alta de la montaña, razón por la cual queda probado que el consorcio cumplió a cabalidad con sus funciones.

iv) FALTA DE CERTEZA DE LOS PERJUICIOS MATERIALES: Teniendo en cuenta que los daños deben ser ciertos y determinables, el daño material pretendido como daño emergente no reúne estas condiciones, ya que no se conoció prueba alguna que certifique de manera técnica, objetiva o de avalúo técnico comercial que permitiera tener como prueba dichas sumas de dinero pues no se logró constatar en qué franjas, dimensiones, partes del lote y medidas fueran afectadas, pues por el contrario solo se mencionan partes imprecisas y generales de los terrenos afectados.

v) IMPROCEDENCIA DE PERJUICIOS MORALES POR DAÑO MATERIAL: Si bien la jurisprudencia reconoce que existen perjuicios morales como consecuencia de una afectación o pérdida de un bien material, la misma ha reiterado la necesidad de la prueba por parte de quien reclama dicha indemnización, demostrando la existencia del daño, la extensión y alcance del mismo, cosa que no fue probada por parte de los demandantes, puesto que en el caso en concreto, por tratarse de pérdida materiales, no se conciben las presunciones aceptadas por casos de muerte o de lesiones graves, concordantes con grados de cercanía, núcleo familiar y grados de consanguinidad.

PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO POR PROCOPAL S.A E INGENIERÍA DE VÍAS

i) OBJETO DEL CONTRATO DE SEGURO. El consorcio cumplió a cabalidad con el objeto del contrato No. 0663 de 2009 y, por ende, no puede imputarse responsabilidad alguna pues no reúne los requisitos, además no existe una actuación ilícita, omisión que desencadenara el perjuicio de la parte demandante, quién, según la parte llamada en garantía, no presentó pruebas de los daños sufridos.

Además, resaltó que, si bien INVIAS es un asegurado adicional, en caso de que este sea condenado, se deberá precisar en qué punto existe solidaridad entre este y el consorcio asegurado. En ese sentido, en caso de ser condenado, deberá responder el INVIAS, pues, de acuerdo a la ley, el cuidado y conservación de los sectores aledaños a las carreteras nacionales está a cargo del mismo, y por ende la responsabilidad civil está excluida expresamente, en tanto no tiene vinculación, conexidad o relación causal con el contrato que ejecutaba el consorcio.

ii) COEXISTENCIA DE SEGUROS: Indicó que en caso de coexistencia de seguros se debe acudir a las normas propias del Código de Comercio y la cláusula decimotercera del contrato de seguro.

Ésta, en resumen, resalta que, en caso de existir coexistencia, los asegurados deberán soportar la indemnización en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos.

iii) LÍMITE ASEGURADO: Establece que, en caso de ser condenado el consorcio asegurado, conforme al artículo 1079 del Código de Comercio, se limitaría solamente a la suma asegurada pactada con este.

iv) **DISPONIBILIDAD DE COBERTURA POR VALOR ASEGURADO**: Establece que conforme al artículo 1111 del Código de Comercio, la cobertura se verá reducida en el caso de que ya hubieren atendido otros siniestros durante la vigencia de la póliza contratada.

v) **DEDUCIBLE PACTADO.** En caso de no prosperar las excepciones y la aseguradora y el consorcio sean condenados, la primera se limita a la suma asegurada menos el deducible pactado por el 10% de la pérdida.

vi) CLÁUSULAS QUE RIGEN EL CONTRATO DE SEGURO Una vez acreditada la existencia, celebración y vigencia del contrato de seguro, tener en

cuenta cualquier otro elemento de defensa que surja a favor del demandado y asegurado, y resolver el mismo teniendo en cuenta las coberturas de la póliza.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos por las partes en los alegatos de conclusión:

4.1. Parte Actora (p. 143 -189 archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

El abogado de la parte demandante afirma que, probados por parte del despacho, los hechos, las omisiones de los ordenamientos de la ley, la falta de atención a las advertencias y los llamados que se habían realizado a la parte demandada, se podría declarar una responsabilidad evidente por parte de las mismas.

Referencia también en el escrito, cada uno de los testimonios que fueron fundamentales para probar que dentro del proceso, las excepciones presentadas por cada una de las contrapartes no tenían realmente una base, cada una de ellas podía ser puesta en duda con cualquier testigo que fungió en la parte probatoria que reposa en el expediente, por lo tanto, ninguna cumplía la función de poder desvirtuar la magnitud de los daños antijurídicos ocasionados por la omisión del cumplimiento de sus funciones y obligaciones, y poder eximirse de la responsabilidad; que al contrario surge de carácter compartida y de esta misma una indemnización concurrida de los perjuicios.

Respecto a lo anterior, y a su pretensión sobre la indemnización que recae en las demandadas, resalta el desinterés por respetar los decretos y leyes que en su momento hubiesen podido prevenir daños.

Finalmente, solicitó que sea definido por el juez la tasación de los daños morales, sobre los que puede basar su decisión en los pronunciamientos fijados por el Consejo de Estado, además de exhortar a la totalidad de partes demandadas para que se hagan responsables por la omisión del cumplimiento de sus funciones y obligaciones.

4.2. Departamento de Caldas (p. 235-242 archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

La abogada defensora de los intereses del Departamento se pronunció sobre la ausencia de responsabilidad de la entidad territorial, toda vez que el mantenimiento y conservación de la vía objeto del proceso, no es competencia de la misma, por lo tanto, no podría identificarse plenamente el nexo de causalidad, el cual se reconoce como uno de los elementos fundamentales para que se declare la existencia de la

obligación que tendría sobre los daños antijurídicos expuestos. Recalcó la parte, que la causa adecuada del daño no fue la falla o la falta en la prestación de servicio por parte de la administración departamental.

Señaló que el Departamento de Caldas no tiene a su cargo el mantenimiento de la vía donde ocurrieron los hechos, sino el INVIAS por ser una carretera del orden nacional, de conformidad con el Decreto 1735 de 2001 del MINISTERIO DE TRANSPORTE "Por el cual se fija la Red Nacional de Carreteras a cargo de la Nación Instituto Nacional de Vías y se adopta el Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras y se dictan otras disposiciones".

Que tampoco el Departamento tiene a su cargo el cuidado de los cauces y laderas del sector sino CORPOCALDAS.

Dice que fueron los hechos de la naturaleza los que colmataron la quebrada La Mula, pero en ningún momento se probó negligencia, descuido u otro de la entidad territorial ni se probó que los residuos de la mina Tolda Fría hayan colmatado las aguas que pasan por los predios de los demandantes.

Refiere que analizados los hechos, las pretensiones y la excepción de FUERZA MAYOR, se rompe el nexo de causalidad entre el supuesto daño antijurídico y la imputabilidad del daño al Departamento de Caldas, pues la causa adecuada del daño no fue la falla o la falta en la prestación del servicio por parte de la Administración Departamental, como si lo fue la situación de desastre natural imprevisible e irresistible por la que atravesó el territorio colombiano a raíz del FENOMENO DE LA NIÑA 2010-2011, de ahí que al romperse el nexo causal en el presente caso, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda en contra del Departamento de Caldas.

4.3. Consorcio Vías del Centro (p. 243-297 archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

La parte llamada en garantía realizó su pronunciamiento sobre la pretensión de la demanda y la fijación de litigio realizada por el despacho, también, sobre la ausencia de prueba de los elementos de la responsabilidad, al mismo tiempo sobre el llamamiento en garantía, realizó su conclusión e hizo la solicitud pertinente.

En el escrito aseguró que, con fundamento en la práctica de pruebas adelantada en el presente proceso, no se encuentra acreditado el incumplimiento contractual del negocio celebrado con el Consorcio Vías del Centro. Por el contrario, las declaraciones y demás elementos probatorios allegados al proceso se encaminan a acreditar el cumplimiento de las obligaciones del mismo, en particular de la

adecuada disposición de material de escombros generado por los arreglos que se estaban haciendo en la vía y los numerosos deslizamientos que ocurrieron durante la vigencia del contrato, los cuales fueron en tiempo fundamental para demostrar que son realmente la causa del daño, toda vez que coincide en el tiempo que ocurren las afectaciones a los inmuebles, dejando ver que no fue por la ampliación de la vía Manizales-Letras. Por lo tanto, no se acreditó el nexo causal entre la conducta desplegada por INVÍAS a través del Consorcio Vías del Centro y el daño cuya indemnización se reclama.

Destacó además que parece forzoso concluir la ausencia de responsabilidad del consorcio, ya que, con la ayuda del análisis profundo al material probatorio se puede determinar que, en muchas de las áreas objeto de estudio, el consorcio no tenía ningún tipo de obligación de hacer un mantenimiento, ya que de haber sido así hubieran recibido en su momento un requerimiento por parte de INVÍAS, con el cual para entonces sostenían una relación contractual.

Alegó también, de resultar condenado el INVÍAS en el trámite del presente proceso, el despacho deberá concluir que no le asiste responsabilidad al mismo por los hechos alegados en la demanda, pues se probó de manera suficiente que cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales. Y que, de ninguna manera, con los diferentes medios de prueba usados no se fundamenta a cabalidad la responsabilidad tanto de INVÍAS como del Consorcio, recalcó ello, ya que, para emitir una condena en su contra, debe probarse la existencia del incumplimiento contractual, el cual a lo largo del proceso fue desvirtuado, así que no prospera el llamamiento en garantía en el presente trámite.

En su conclusión, destacó que en el proceso se probó la adecuada gestión tanto del cumplimiento de sus labores legales y la disposición de los residuos de la obra como los generados por la ola invernal, siendo esta última, la verdadera causa de los perjuicios reclamados, sobre los cuales, la parte demandante, tampoco pudo probar la cuantía de estos, y que fueran a causa de la actividad constructiva y de mantenimiento que adelantaba INVÍAS; tampoco la real existencia del daño, debido a que los inmuebles al día de hoy están más valorizados como lo afirmó la parte actora.

Concluyó que los deslizamientos ocurridos en la vía que conduce de Manizales a Mariquita en el año 2011 fueron causados por el fenómeno de la deforestación y la intensa lluvia reportada ese año. Que no era posible que los sobrantes de los deslizamientos en la vía alcanzaran las aguas de la Quebrada La María o Cajones; que se probó, que la vía se encontraba aproximadamente a dos (2) kilómetros del predio “La Marmolera” por lo que no era posible que los sobrantes de derrumbes

que no pudieron ser recogidos por el Consorcio pudieran generar afectaciones en los predios de propiedad de los demandantes.

Aseveró que en el trámite del proceso se desvirtuó la existencia de una incidencia causal entre las actividades desplegadas por el Consorcio Vías del Centro y los daños cuya indemnización reclaman los demandantes. Lo anterior se debe, por un lado, a que el fenómeno climático que se vivió en la época fue absolutamente determinante en la causación del hecho dañoso, y además, los deslizamientos ocurridos en diciembre y octubre de 2011 en el predio “La Marmolera” ocurrieron debido no a la magnitud del deslizamiento sino a la fecha de su ocurrencia, la cual coincide con la fecha en la que se registraron las afectaciones en los inmuebles de los demandantes.

Respecto de los perjuicios, indicó que el demandante al actuar en causa propia y tener facultades de confesión respecto de sus representados, y con conocimiento de causa, afirmó con total convicción que el predio tiene actualmente un valor superior al informado en el dictamen pericial, de ahí que los bienes inmuebles no sufrieron afectación alguna como consecuencia de los hechos ocurridos en octubre y diciembre de 2011, lo que permite concluir que el daño alegado es inexistente.

Igualmente manifestó que no se probó la cuantía del daño, pues, “*el peritazgo efectuado en este proceso para la acreditación del perjuicio constó de los siguientes problemas: i) El dictamen pericial se basó en documentos elaborados por terceros cuyo fundamento es desconocido para las partes. fi) Los métodos utilizados no fueron desarrollados en el dictamen. El perito defendió que se había utilizado un método comparativo, sin comparar nada, y un método de "reposición" que no se mencionó en el dictamen. iii) En relación con el lucro cesante se fundamentó en información de un tercero que no es parte en este proceso, a saber, la sociedad Organocultivos y Setas S.A.S. iv) No se conoce con base en qué se calculó el valor atribuido al Lote No. 2 y v) el valor de reposición hallado por el perito con respecto a la revegetalización, fue objeto de sumatoria en el cálculo final en dos ocasiones.*

Solicitó finalmente que se declaren imprósperas las pretensiones formuladas en la demanda, toda vez que no fue posible probar los elementos de una responsabilidad; como también el llamamiento en garantía, en la medida que no se acreditó la ocurrencia de un incumplimiento contractual, lo anterior, en caso de que se le atribuya la responsabilidad al Instituto Nacional de Vías.

4.4. Instituto Nacional de Vías- Invías (p. 299-318 archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

La parte reiteró su posición frente a las pretensiones de la demanda, pues argumentó no tener relación directa ni indirecta con los hechos narrados por la parte demandante; puesto que es una situación totalmente ajena a las labores de mantenimiento y conservación de la vía Puente La Libertad- Fresno, diferentes a donde se presentó lo que se demanda. En su criterio, no existe una relación causa-efecto entre las labores que realiza el Instituto, con los deslizamientos y demás daños que se generaron junto a los perjuicios que se alegan.

A través de cada una de las excepciones formuladas en la contestación busca de manera más profunda, dejar claro que la situación referenciada en la demanda es ajena a la actividad propia del Instituto Nacional de Vías, aclarando de manera tácita cuáles son las reales funciones del mismo, donde demuestra que la omisión del supuesto deber, que da lugar a una posible responsabilidad de la demandada es de una Corporación Autónoma, donde también excluían de todo presunto juicio de responsabilidad extracontractual a sus contratistas puesto que siempre estuvieron cumpliendo con las disposiciones legales y ambientales.

Además de ello, al comprobarse que la parte no tiene funciones con las que se derivaría anomalía alguna, que produjera los deslizamientos que se están alegando en el proceso, no puede pretenderse un resarcimiento económico a favor de los actores, en la presente actuación; calificó pues como caso fortuito lo ocurrido en predios ya que era un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva.

Reiteró que el Instituto Nacional de Vías, para el trece de abril de 2011 tenía contratado el mantenimiento y conservación de la vía Puente La Libertad - Fresno - Honda, mediante contrato No. 0663 de 2009, con PROCOPAL S.A. e INGENIERÍA DE VÍAS &A., integrantes del CONSORCIO VIAS DEL CENTRO, para el mantenimiento periódico, rutinario, éste último ejecutado a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado, encargadas de mantener en excelentes condiciones las obras de la vía, como son las alcantarillas, sus encoles y descoles, las cunetas, puentes y pontones. Luego hizo recuento de algunos testimonios practicados dentro del proceso.

Al basar su escrito de alegato en ello, su petición radica en declarar probadas las excepciones propuestas, además de negar en la totalidad las pretensiones de la parte demandante.

4.5. Municipio de Manizales (p. 319-324 del archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

La apoderada en nombre del municipio resaltó la ubicación de los bienes en jurisdicción del Municipio de Villamaría. Explicó además que, las afectaciones que

se presentaron con el crecimiento del caudal y el desbordamiento del mismo fue la causa que provocó que la naturaleza arrasara los cultivos que estaban sobre la llanura de inundación y en la faja de protección ambiental; e igualmente con las construcciones y galpones que también estaban a una distancia menor a la requerida respecto al cauce de la quebrada, configura un eximente de responsabilidad del Estado, denominado culpa exclusiva de la víctima. Aduciendo una vez más la responsabilidad a la ola invernal que se vivía en ese momento.

Respecto a las condiciones de los predios propiedad de los demandantes, y que fueron afectados con el desbordamiento de la quebrada, dijo que en la declaración rendida por la señora Martha Cecilia Lazo, habitante del sector del suceso esta refirió, que los árboles que estaban sembrados en los predios afectados, y la huerta que allí tenían y las construcciones levantadas en estos inmuebles se encontraban a una distancia de más o menos 15 metros de la quebrada; distancia menor, a lo exigido por ley lo cual corresponde a 30 mts y ello explica que las afectaciones que se presentaron con el crecimiento del caudal y el desbordamiento del mismo, arrasando así con los cultivos que estaban sobre la llanura de inundación y en la faja de protección ambiental. Igualmente, con las construcciones y galpones que también estaban a una distancia menor a la requerida respecto al cauce de la quebrada. Lo cual configura un eximente de responsabilidad del Estado, denominado culpa exclusiva de la víctima.

En cuanto al monto de los daños y perjuicios que los demandantes estiman sean reparados, esta parte aludió que no se lograron probar, dadas las contradicciones respecto a la existencia de los cultivos y la producción que para entonces estaban cosechando. De manera que no les asiste derecho a reclamar pérdidas de cultivos que no se tenían para la época de la avalancha y menos aún reconocimiento de producciones y/o cosechas que se esperaba recoger.

Por otro lado, indicó que del testimonio de la señora Ana Lucía Muñoz se tiene que esta afirmó que "*para la época de la avalancha ya no se explotaba económicamente el predio de la “La Champiñonera”*". De manera que no les asiste derecho a los demandantes para reclamar pérdidas de cultivos que no se tenían para la época de la avalancha y menos aún reconocimiento de producciones y/o cosechas que se esperaba recoger. Finalmente, el dictamen pericial efectuado, también fue ambiguo, sin lograr estimar con exactitud una cuantía.

En este contexto, solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones de los demandantes, declarar probados los medios exceptivos propuestos y, por ende, relevar al municipio de Manizales de cualquier responsabilidad en el presente asunto, también que se condene en costas a los demandantes.

4.6. Seguros Generales Suramericana S.A (p. 325-361 archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

El representante judicial afirmó que en ningún momento se podrá declarar administrativamente responsable a las demandadas, en especial a PROCOPAL S.A., ya que por parte de las mismas no hubo alguna falla en su servicio. La causa principal de los daños consistió en la fuerte ola invernal que se venía presentando en el país. Esta conclusión podría ser extraída de los testimonios que manifestaron que se trató de un suceso sin precedentes y que a pesar de esto se lograron mitigar las consecuencias dañosas de este evento de la naturaleza, gracias al total cuidado y diligencia, en especial atención a sus funciones que para la época afirma sólo ceñirse específicamente al mantenimiento rutinario de la vía.

Lo último que se referencia está basado en la prueba documental que reposa en el expediente, el cual es el contrato celebrado entre el Consorcio de Vías del Centro y PROCOPAL S.A. en el que se encuentran límites plasmados, evidenciando que la situación no atañe a ninguno de los demandados. Para ahondar más en ello resaltó que el consorcio cumplió con todos sus deberes legales, debido a que quedó claro que dentro de su objeto social no estaba la vigilancia de los cauces, ni el manejo de laderas o montañas para la prevención y atención de emergencias.

Durante los alegatos, se confirmaba continuamente que la verdadera causa del objeto de litigio, se basaba en el fenómeno natural que se estaba vivenciando en el momento, por ello no es correcto afirmar que, de manera deliberada y arbitraria, la responsabilidad recae sobre los materiales sobrantes o producto de remoción, mantenimiento y limpieza de taludes o laderas colindantes a la vía, que estas se vertieran en fuentes hídricas; de hecho, aseguró que dentro de esos potenciales agravantes está la explotación de los suelos de manera económica, prácticas ajenas a las que realizan los demandadas, además de la desatención y omisión al cuidado, son características que no hacen posible prever la situación que se avecinaba.

Refirió que el eje central del litigio es la irresistibilidad de los hechos ocurridos ante la magnitud de la lluvia torrencial que se presentó el 6 de diciembre de 2011, lo cual, pese a que se desplegaron todas las medidas como dragado, perfilado de taludes, contenciones, monitoreo, estudios técnicos, las condiciones climáticas escaparon a las manos de la precisión matemática, física y técnica de la Ingeniería, civil, ambiental, de suelos, y geotecnia.

Adicionalmente, debe sumarse al factor geomórfico y pluviométrico, como lo describieron los ingenieros, a aquellos denominados como detonantes, es decir, en primer lugar el suelo cuya abundancia de ceniza en una capa superior a la capa de tierra, lo que en concepto técnico despliega una capa de mayor saturación e

infiltración de líquidos a lo largo del territorio departamental, por tanto, se genera una especie de retención de aguas entre dicho manto cenizo y lo que se denomina como tierra, claramente generando que el agua no se pudiese liberar con facilidad y aportando mayor masa que tendería a deslizarse o desprenderse.

Después de haber argumentado eximir de responsabilidad a las demandadas, incluso a través de un análisis jurisprudencial donde se trataría el asunto como fuerza mayor, invitó al despacho a considerar que todo se debe a un fenómeno natural y no a una negligencia por parte de los demandados. Sin embargo, la aseguradora a pesar de velar por no encontrar obligación en el llamante deja claro que dentro del contrato celebrado con PROCOPAL S.A. existe la ausencia de cobertura del seguro de responsabilidad extracontractual. En el escrito se insiste en que no aplica la extensión de cobertura por cuanto no se cumplió la condición suspensiva pactada, adicionalmente, también aclaró que solo se cubrirá el exceso después de haber agotado el valor asegurado por Mundial de Seguros.

Es así como solicitan al despacho que sean desestimadas totalmente las infundadas razones de la parte actora, para pretender que, en el llamante en garantía se encuentra cualquier elemento estructurante de responsabilidad; además de solicitar absolver a la mencionada y de manera homóloga a su representada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

4.7. Seguros Generales Suramericana S.A (p. 363-393 archivo: 007CuadernoUnoSeis.pdf)

En representación de Aguas de Manizales S.A. E.S.P, adujeron que en ningún momento podrán ser administrativamente responsables, ya que lo que se probó a lo largo del proceso es que se obró con total diligencia, cuidado y especial atención a sus funciones. Además, se dijo que la actividad de la empresa llamante se ceñía específicamente, para la época de los hechos, a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, actuaciones que se realizaron con total apego a la normatividad, deberes contractuales y demás disposiciones que lo responsabilizan de su competencia contractual y legal.

Pero destacaron que dentro de sus funciones no estaba la vigilancia de los cauces, ni el manejo de laderas o montañas para la prevención y atención de emergencias, mucho menos el manejo de las vías. Es más, para la época, AGUAS DE MANIZALES S.A. se encontraba en una evidente situación de amenaza y vulnerabilidad frente a los efectos climatológicos de ese entonces, por la afectación a los dos tanques y ciertas tuberías, suceso que, proporcionó un entendimiento en el sentido que se debía a causas de la naturaleza.

Es por ello, que hicieron mención del factor exonerativo de responsabilidad de fuerza mayor, que, para estas dos partes, se probó con cargo a la labor procesal del extremo pasivo, aportando los medios probatorios que dieron eco de ello.

Por otro lado, se indicó que la Ley 1523 de 2012, que dio génesis al Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, en su artículo 28 enuncia que las entidades que prestan servicios públicos hacen parte de las instancias de coordinación territorial, sin embargo, para la época en que los hechos ocurrieron la Ley 1523 de 2012 no había sido promulgada y en razón al principio de ultractividad de la ley, AGUAS DE MANIZALES no conformaba el Consejo Territorial de Prevención del Riesgo de Desastres. Es más, actualmente el rol de las E.S.P. en el marco de la prevención del riesgo de desastres es de orden reaccionario, pues debe precaver ante la ocurrencia de los hechos, medidas de contingencia encaminadas únicamente a garantizar la continuidad de la prestación fluida y normal del servicio que tenga a cargo, y esta situación relacionada con la interrupción del suministro del agua en la ciudad de Manizales no fue objeto del debate y en ningún momento se aludió por parte de los demandantes.

A través de un análisis jurisprudencial realizado en los alegatos, concluyen que mal hace la parte demandante en suponer ante este despacho que de alguna manera las entidades demandadas no concurrieron de manera atenta y diligente a prestar sus servicios frente a la calamidad, todo lo contrario, como fue posible inferir del restante material probatorio.

Respecto de la prueba del monto a indemnizar, al igual que en la contestación como garante de PROCOPAL refirió que en la audiencia del 27 de agosto de 2019 en la que se llevó a cabo la contradicción del dictamen pericial, del señor CORREA, ingeniero agrónomo, que este estudio fue realizado años después de la ocurrencia de los hechos de ahí que no pudo probar el daño y, además, fue objetado por error grave en el entendido que los procedimientos y sumas allí relacionados no son acordes a la realidad y se constató en la audiencia los múltiples errores aritméticos y algunos valores duplicados como el mismo lo reconoce al afirmar "Me quedó duplicado" además, los valores del avaluó para establecer el valor de los daños, cuando le preguntan dónde obtuvo dicha información este respondió: "por las partes".

Respecto del lucro cesante, dice que el perito se basó en una declaración de renta y no mencionó en el peritaje a quien pertenece, cuando se le pide que aclare a que persona jurídica o natural corresponde dicha declaración esta contesta "el hijo de la señora Carmenza" cuando en realidad se trataba de una persona jurídica. Luego, cuando se le cuestiona si revisó los libros contables de la sociedad, de quien trataba

dicha declaración, para efectos de establecer la veracidad del daño que él mismo señala en el dictamen este responde que "no se dispuso de esa información".

Finalmente, respecto a la relación contractual existente entre AGUAS DE MANIZALES S.A. y el llamado en garantía, acusan que la fuerza mayor es un excluyente de la cobertura tanto por responsabilidad civil extracontractual, como por la ruptura de tuberías, es por esto, que solicita que en caso de que se evidencie la responsabilidad del asegurado se deberá evaluar el contrato.

4.8. Compañía Mundial de Seguros - Llamante en garantía Consorcio Vías del Centro (p. 395-402 del archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

Después de iniciar explicando la teoría de la existencia de la responsabilidad, aclaró que para su asegurado, en este caso el Consorcio Vías del Centro, le resultaba imprevisible los deslizamientos provocados en la montaña, es por ello que no existe una causalidad jurídica que permita imputar jurídica y probatoriamente el daño, sino por el contrario, se debe a un evento exterior completamente ajeno a la voluntad de aquél, toda vez que la avalancha presentada en la vía es un hecho de la naturaleza imposible de resistir y evitar. Además, lo más importante, es que su causa no se originó por su conducta, actuar u omisión del mismo.

Dentro de los alegatos, aclaró la parte, el concepto de lucro cesante y afirmó que la carga le corresponde al que lo reclama, cuestionable, es en este proceso la prueba del daño; no puede pretenderse indemnización por un daño que no puede concretarse ni precisarse, el daño debe ser cierto y determinable, y para el caso que nos ocupa, no es viable.

Respecto al contrato de seguros, afirmó que sólo habrá cobertura de la responsabilidad extracontractual por daño a terceros, cuando se le acrediten los hechos al Consorcio Vías del Centro, respecto a INVÍAS, está excluido de la cobertura y, por último, debido a la coexistencia de seguros en cuanto a PROCOPAL S.A. deberán soportar la indemnización en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos.

Así es pues, como la parte pide desestimar las pretensiones de la demanda, en su lugar, que se declaren probadas las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada y los llamados en garantía.

4.9. AGUAS DE MANIZALES S.A E.S.P (p. 403- 423 del archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

En opinión del defensor de la entidad de servicios públicos, señaló que, si bien la parte demandada es la empresa prestadora del servicio de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Manizales, con las pruebas recaudadas en el proceso se logra demostrar que no es la causante de los perjuicios que reclaman los demandantes, debido a la determinación de su objeto social y sus límites funcionales. Lo anterior debido a que no es su función vigilar los cauces de los ríos y tampoco era la entidad responsable de la obra, por el contrario, su infraestructura se vio afectada por el deslizamiento acaecido en el predio “La Marmolera”. Es así como, en su opinión, quedó demostrado que la causa de los eventos que se mencionan en la demanda se debe a sucesos de la naturaleza. Es evidente que, a causa de esos dos factores, es imposible que se configure una responsabilidad en contra de su prohijada.

Es por lo anterior, y por el análisis jurisprudencial realizado, que redactó como conclusión que la causa próxima o inmediata que desencadenó el siniestro, fue la temporada invernal que se estaba viviendo en ese momento y esto constituye una fuerza mayor liberatoria de cualquier responsabilidad, toda vez que es un elemento extraño y ajeno.

Debido a la argumentación presentada, solicitó a la entidad que fueran probadas todas las excepciones expuestas y que fuera absuelta de toda responsabilidad a la que hubiese lugar en el proceso.

4.10. CONSORCIO ETSA PEBSA (p. 427 y siguientes del archivo 007CuadernoUnoSeis.pdf)

El apoderado de la parte expresó que los hechos que dieron lugar al presente proceso y a los perjuicios alegados por los demandantes, no fueron consecuencia de hechos u omisiones imputables a su prohijado toda vez que las actividades de interventoría desarrolladas en virtud del contrato celebrado con INVÍAS se efectuaron de manera responsable, diligente y prudente, es decir, que para ellos no existe algún medio probatorio por el cual se demuestren las fallas en las cuales pudo haber incurrido el Instituto de Vías, mucho menos sus contratistas.

De otro lado, resaltó como quedó evidenciado en el debate probatorio, que la avalancha se generó en la parte alta de la montaña, en donde el INVÍAS no tiene obligación de ejecutar obras, escapándose de su competencia de intervención, siendo completamente ajenos a los hechos generadores del accidente, puesto que la responsabilidad por el manejo de los predios adyacentes a la vía, recae directamente sobre los propietarios de los mismos, quienes tuvieron gran incidencia en el deslizamiento debido a la realización de actividades económicas que implican

la remoción de la capa vegetal de los terrenos y la consecuente erosión de los mismos.

Refiere que la causa determinante para que se produjera la afectación de los cauces de los ríos y quebradas de la zona, fue la inestabilidad de los suelos de las laderas de las montañas causada principalmente por factores: i) Geotécnico, pues la conformación del suelo de la zona es el resultado de la actividad volcánica - cenizas -, siendo un suelo muy permeable al agua, lo que causa inestabilidad de los mismos. Así mismo, el alta pendiente de las laderas, lo cual aumenta la probabilidad de ocurrencia de deslizamientos, siendo importante recordar el intenso invierno que se vivió para finales del año 2010 y a lo largo del año 2011. ii) La realización de actividad antrópica intensa, esto es, el desarrollo de actividades de agricultura, ganadería, recreación, habitación y deforestación en la parte superior e inferior de las laderas, que implican la remoción de la capa vegetal nativa y la exposición directa del suelo al sol y al agua. Lo anterior se desprende del informe realizado por el Ingeniero Geólogo FERNANDO SÁNCHEZ ZAPATA que reposa en el expediente.

Dijo además que dentro del objeto del contrato No. 663 de 2009 del CONSORCIO VIAS DEL CENTRO no se incluyó una obligación a cargo del contratista que consistiera en vigilar o controlar que los suelos aledaños a la vía sean utilizados debidamente por sus propietarios para evitar la erosión de los mismos, mucho menos emprender acciones de reforestación de estos terrenos o realizar algún tipo de intervención en estos sitos que se encuentran por fuera de la vía, pues su actuar se encuentra enmarcado dentro de las obligaciones que emanan del contrato, no pudiendo ser de su responsabilidad hechos que escapan al resorte de sus obligaciones contractuales.

Refirió que al efectuar un análisis de los elementos probatorios obrantes en el proceso, la avalancha que dio lugar a los hechos de la presente demanda, debe ser considerada como un evento de fuerza mayor al cumplir con los presupuestos para ello, como lo son la imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad: Imprevisible toda vez que respecto de la cuenca del río Chinchiná y sus riveras el CONSORCIO VIAS DEL CENTRO y el CONSORCIO ETSA PEBSA no tenían ninguna obligación contractual o legal que cumplir, pues el comportamiento que hasta ese momento había tenido el río Chinchiná con las lluvias que se habían presentado incluso durante la ola invernal del 2010 y 2011, no era esperable que se produjera un deslizamiento de tierra de las proporciones señaladas por los demandantes y una avalancha como la presentada, la cual superaba con creces cualquier predicción razonable.

Irresistible al no poder soportar un hecho que no fue posible de prever, debiéndose indicar además que una avalancha de las proporciones como la ocurrida el 6 de diciembre de 2011 no habría podido humanamente impedirse. Fue externo, por encontrarse fuera de la esfera de competencia y control del INVÍAS así como del contratista de obra CONSORCIO VIAS DEL CENTRO y de la interventoría en cabeza de CONSORCIO ETSA PEBSA por no haber contribuido estas en ninguna forma a la generación de la avalancha. De ahí que las causas que dieron lugar a la avalancha correspondieron a la ola invernal por la que atravesaba el país en dicha época, sumado a la actividad antrópica sobre las laderas y cambio en el uso del suelo.

Al igual que las demás partes, añadió que los elementos de convicción presentados en el proceso les permiten indicar que el accidente se presentó por un hecho de la naturaleza, lo que a todas luces configura una fuerza mayor, al cumplir con los requisitos para que se convierta en un eximente de responsabilidad.

Para no dejar sólo la mencionada causal, se agregó por parte del representante, la causa extraña por hecho de un tercero, esto es que aquella tuvo lugar con ocasión de la acción y/o omisión por parte de terceros ajenos al representado, estos son, los propietarios de los predios aledaños al sitio del accidente por propiciar y permitir las condiciones del terreno para que se generara el deslizamiento de tierra. Así mismo, les asiste responsabilidad a las autoridades encargadas de velar por el manejo de recursos hídricos y del uso del suelo como lo es la Corporación Autónoma Regional, estos quienes a su parecer pudieron presentar una omisión al desconocer su obligación de vigilar y controlar las condiciones del terreno, así como la ocurrencia de los fenómenos y el manejo inadecuado de los predios aledaños.

Finalmente, su solicitud radicó en que el despacho proceda a exonerar de cualquier tipo de responsabilidad a sus representados y despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

4.11. CORPOCALDAS (p. 3 y siguientes del archivo: 008CuadernoUnoSiete.pdf)

El abogado que representó los intereses de la entidad ambiental aclaró que se debe negar la pretensión del pago del daño con lucro cesante y daño emergente, debido a que la misma no ostenta el carácter de personal para ninguna de las personas que integran el extremo activo que se presenta a su reclamación. Además de ello, durante la práctica de pruebas no se pudieron establecer cuantías y tampoco cultivos que yacían allí, razón por la cual se debe proceder de esa manera.

Es así, como seguido a su posición, recalcó que la parte demandante no logró acreditar ninguno de los elementos estructurales de la responsabilidad administrativa en lo que respecta a su representada. Tampoco se encuentra acreditado la existencia de un daño antijurídico, como tampoco una falla en el servicio prestado, ni mucho menos, un nexo de causalidad que permita al menos inferir la existencia de una actuación u omisión. Para ahondar más en ello, se refirió a cada uno de los elementos de la responsabilidad; con esto, llegaron una y otra vez a la conclusión, que los supuestos daños reclamados por los actores, no reunían las características para ser resarcibles, en tanto no fueron debidamente acreditados.

Dentro del proceso, el apoderado de la parte, resaltó la gestión que adelantó CORPOCALDAS en la cuenca del río Chinchiná, encaminadas a la protección y recuperación ambiental de la misma, lo cual trae efectos positivos en el sector de Gallinazo, tales como las declaratorias de las reservas forestales, estudios ambientales en el lugar, proyectos para el control de la erosión y educación ambiental a las comunidades aledañas, obra documentación abundante en el expediente que da cuenta de las constantes asesorías realizadas por la misma, a lo largo de los años, en atención al difícil manejo de este sector y del tramo vial que de Manizales conduce al municipio de Fresno, por sus condiciones geológicas especiales.

Gracias a esta última, INVÍAS, adopta un plan de contingencia, lo cual no solo prueba el papel asesor desempeñado por la Corporación Autónoma Regional de Caldas, sino la implementación efectiva de dicho plan, que busca salvar vidas e infraestructuras, demostrando así la absoluta diligencia por su poderdante.

Con los argumentos expuestos anteriormente, CORPOCALDAS busca demostrar que adoptó todas las medidas técnicamente recomendables conforme al estado del arte, para detener un segundo evento como el acaecido para el mes de diciembre del mismo año, situación que denota la irresistibilidad del evento dadas la magnitud del problema y las lluvias que se presentaron. Adicionalmente se recalcó que al mes de octubre no se tenía ninguna evidencia que permitiera precaver el deslizamiento para dicha mensualidad en el sector de la finca “La Marmolera”.

También, se refirió durante el escrito, que los verdaderos llamados a tener una función de ordenar el desarrollo de su territorio y la de reglamentar el uso del suelo, estaría a cargo de los municipios, puesto que es en la elaboración y adopción de los planes de ordenamiento territorial que deben tenerse en cuenta las determinantes ambientales; de esta manera se seguía desvirtuando alguna posibilidad de encontrar una responsabilidad en la parte. Por otro lado, y a través del profundo análisis a su correspondiente asignación legal, concluyó que la

protección de las fajas forestales protectoras de nacimientos y corrientes de agua, corresponden a los propietarios de los inmuebles y que al Municipio le compete velar por el respeto de dicha faja de Protección, como componente del espacio público, considerado inalienable e imprescriptible.

Haciendo alusión a esto último, se dijo también que el perito valuador y su carente fundamentación técnica y jurídica, al padecer de ciertas irregularidades no lo hace apto para establecer el daño por la porción de terreno correspondiente a la faja de protección impactada, debido a que no puede considerarse como antijurídico la ocurrencia de una afectación que se da por fenómenos torrenciales que afectan la zona de protección del cauce. Sumado a ello que no es viable reconocerle validez al sustento que sirvió de base para establecer la supuesta devaluación de los inmuebles valorados, por cuanto tiene una descripción que no corresponde y disminuye el valor real actual de los mismos.

Por lo anteriormente expresado, solicitó la parte que sean declaradas prósperas todas las objeciones presentadas.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia y control de legalidad

Este Despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para comparecer al proceso, se encuentran debidamente representadas, la demanda se interpuso dentro de los términos legales, los demandados y llamados en garantía fueron notificados adecuadamente, se corrió traslado de las excepciones, se celebraron las audiencias previstas en la ley, se recaudaron los medios probatorios decretados, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, razón por la cual, es posible proferir sentencia que ponga fin a la primera instancia.

Se recuerda que al finalizar cada etapa procesal se efectuó el control de legalidad, sin que se encontraran errores que necesitaran la adopción de medidas de saneamiento. No se advirtió la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

5.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con los elementos fácticos y jurídicos reseñados en la etapa antecedente, tenemos que, en resumen, la parte actora pretende el reconocimiento y pago de una indemnización derivada de los presuntos daños materiales y morales ocasionados por los desastres sufridos durante la ola invernal del año 2011, originados en las acciones y/u omisiones del Municipio de Villamaría, el Municipio de Manizales, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., INVIAS y CORPOCALDAS. A lo anterior, se suma al incumplimiento de los deberes legales y constitucionales, la falta de prevención y atención de los mismos, la ausencia de atención a las advertencias y solicitudes elevadas por la comunidad y por la parte actora.

Las entidades demandadas consideran que no existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda por múltiples argumentos, entre ellos, la posible configuración de una causal de exoneración de responsabilidad del Estado (fuerza mayor), la inexistencia de medio de prueba que acredite el daño y su cuantificación, la carencia de comprobación del nexo de causalidad y, en general, la ausencia de configuración de los elementos necesarios de la responsabilidad del Estado.

Debe aclararse que cada una de las entidades demandadas o llamadas en garantía, propusieron su propia estrategia de litigio, lo expuesto en líneas atrás se debe a un breve resumen de los puntos más recurrentes y comunes a las alegaciones defensivas de cada una de las autoridades estatales, contratistas u organizaciones aseguradoras.

No puede pasarse por alto que la parte actora señaló las acciones u omisiones en las que incurrió cada entidad demandada y, a partir de allí desplegó su argumentación y actividad probatoria. Esto origina que en el desarrollo de esta providencia se aborden varios frentes que deben analizarse para llegar a la conclusión del caso concreto. Por ejemplo, en el caso de Corpocaldas se advierte que se trata de omisiones orientadas al control y agotamiento de sus funciones de cara a la protección y conservación del ambiente, en cuanto a INVIAS y sus contratistas, se les endilga una inadecuada disposición de los residuos materiales orgánicos e inorgánicos que resultaran de su actividad de mantenimiento y adecuación de la vía que de Manizales conduce a Fresno. En cuanto a Aguas de Manizales S.A. E.S.P. se le atribuyen omisiones para atender las supuestas llamadas de alerta para la atención de desastres previsibles técnicamente. En este mismo sentido se le atribuyó la responsabilidad a los Municipios de Manizales y Villamaría, a quienes adicionalmente se les señaló como responsables por no atender a los llamados de atención que presuntamente puso en alerta la comunidad, por fenómenos previsibles.

Ahora bien, debe recordarse que en la audiencia inicial se fijó el litigio y se propusieron como problemas jurídicos que debían resolverse en esta instancia los

siguientes (p. 162 y siguientes del archivo 004CuadernoUnoTres.pdf del expediente):

1. Si las entidades demandadas incurrieron en falla en la prestación del servicio que a cada una les compete, que diera lugar a la causa acción de los daños ocurridos en los bienes de los demandantes con ocasión de los eventos de inundación, deslizamiento y avalancha ocurridos en sus predios durante los años 2010 y 2011. Igualmente se deberá analizar si se presentan causales de exoneración de la responsabilidad estatal aplicables a cada entidad de las demandadas.

2. De encontrarse la causación de daños antijurídicos a los bienes de los demandantes, será carga probatoria de la parte actora demostrar el monto de los perjuicios irrogados, como consecuencia de las fallas alegadas en la demanda.

3. En caso de que se llegue a demostrar dicha falla del servicio de alguna o algunas de las entidades demandadas, se deberá determinar en qué proporción cada una de ellas concurrió a la causación de los daños que se reclaman en este proceso.

4. Si la falla en la prestación del servicio de las demandadas se demuestra, también deberá resolverse si estaban legitimados quienes hicieron llamados en garantía para hacer uso de tales figuras, y de hallarse respuesta positiva a tal interrogante, si las llamadas en garantía, en cada caso, están obligadas a pagar el monto que a las primeras se llegue a imponer en sentencia, como consecuencia de la relación contractual que da lugar al llamamiento efectuado, determinando la proporción o el valor con el que las llamadas deben responder, de acuerdo a los términos de cada contrato.

De conformidad con lo anterior, ese será el itinerario que recorrerá la providencia para llegar a la conclusión final. Sin embargo, se aclara que, una vez resuelto el primer punto, se evaluará la necesidad de continuar con la reflexión en torno a los demás problemas jurídicos. Con el análisis que se efectúe se resolverán las excepciones de mérito propuestas por cada una de las entidades demandadas y llamadas en garantía.

5.3. Tesis del Despacho

En criterio de esta servidora judicial, con sujeción a la valoración individual y en conjunto del abundante material probatorio que reposa en el expediente, se estima que en la presente *litis* se configuraron varias razones para negar las pretensiones

de la demanda. Como se analizará, en el plenario se encontró una coincidencia en la mayoría de los testigos en cuanto a que los siniestros ocurridos en la vereda Gallinazo para finales del año 2011 se deben a las condiciones atmosféricas imprevisibles e irresistibles, configurándose así la causal de exoneración de responsabilidad del Estado denominada: fuerza mayor.

Si bien es cierto se adujeron situaciones diversas que confluyen para el acaecimiento de un deslizamiento, no lo es menos que el factor detonante o determinante fue la cantidad de precipitaciones que cayeron sobre los terrenos durante el año 2010 y 2011 en todo el territorio nacional. Adicionalmente, las condiciones topográficas, la composición del suelo, la deforestación y la destinación del uso del suelo, no son asuntos que se les pueda endilgar de manera directa a las entidades demandadas, sino a condiciones que escapan de su actividad como autoridades del Estado.

Por otro lado, en el plenario reposa evidencia con fundamento en la cual se puede concluir que los demandantes contribuyeron a la generación del daño a su patrimonio cuando edificaron dentro de la franja de protección del cauce del rio. En el proceso se demostró que existían edificaciones que desaparecieron por el paso de torrenciales y avalanchas, pero también se verificó que se había incumplido con la faja de retiro del Rio Chinchiná, Cajones o La María.

Dicho sea de paso, en el proceso, la parte actora no logró demostrar las acciones u omisiones por las que demandó a las autoridades del Estado, todo lo contrario, hay abundante evidencia técnica para estimar que se demostró que las autoridades no tuvieron la capacidad de prever, resistir o mitigar los eventos de la naturaleza y que actuaron hasta donde las circunstancias se lo permitieron.

También puede decirse que, por ejemplo, en el caso de INVIAS, no se logró demostrar la relación entre la intervención que efectuaba en la vía, la disposición del material por las obras de adecuación de la carretera que de Manizales conduce a Fresno, y la causación de los deslizamientos que perjudicaron a los demandantes y a la infraestructura de acueducto del Municipio de Manizales.

En gracia de discusión y en aras de la suficiencia argumentativa, esta juzgadora también considera que en el plenario no existen pruebas que acrediten la imputación del daño antijurídico al Estado, pues los medios de prueba que se recopilaron dan cuenta de unos daños causados por un fenómeno de la naturaleza imprevisible e irresistible ante la ocurrencia de asuntos atmosféricos que no eran posibles de preverlos ni dimensionarlos para adoptar medidas que lograran impedir el acaecimiento de desastres en todo el territorio nacional.

Por otro lado, la prueba que se consideraba determinante para la probanza y cuantificación de los supuestos daños no tiene el suficiente peso probatorio para determinar la valoración de los mismos. En la medida que no se aportaron datos precisos e inequívocos que llevaran a la convicción de lo ocurrido. Fueron muchas las dudas que suscitó la experticia.

Lo anterior, sin mencionar la ausencia de medio de prueba alguno para probar los daños morales alegados; las alusiones generales a los montos por concepto de pérdidas materiales no son idóneas para concederle valor probatorio y tenerlas como aptas para la demostración del presunto daño moral. El dictamen pericial carece del peso probatorio para entender probadas la estimación en dinero de los perjuicios; sin mencionar que ese medio de prueba incumple con los requisitos formales para ser valorado, pues se extrañan algunas piezas documentales que soportan el fundamento de los resultados, entre otros hallazgos. Tanta es la debilidad e incertidumbre que dejó este medio de prueba que hasta la parte demandante mostró su inconformismo a la hora de realizar la contradicción del dictamen pericial. De manera que, no es posible decir que el peritaje tuviera la solidez, claridad, exhaustividad y precisión necesaria para concederle un peso probatorio significativo.

En síntesis, también podría advertirse que los demandantes no cumplieron con la carga de la prueba tendiente a la demostración de la falla en la prestación del servicio por parte de las entidades demandas, salvo la evidente causación de unos perjuicios, que, no se logró demostrar que fueran imputables al Estado.

Así las cosas, se negarán las pretensiones de la demanda y se resolverán de contera las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

La tesis acabada de exponer se fundamenta en las siguientes razones:

5.3.1. Marco jurisprudencial

En primer lugar, debe decirse que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en el sentido de considerar que, con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su *"constitucionalización"* al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés[1].

[1] Por ejemplo, en sentencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación nº: 68001-23-31-000-2003-00169-01(38527).

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los títulos de imputación de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

Así las cosas, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración. El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender *"de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración"*[2].

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

No puede pasarse por alto la importancia de la carga de la prueba, pues a voces del Código General del Proceso (artículo 167): *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".* De manera tal que corresponderá a la parte activa del proceso demostrar cada uno de los elementos para la configuración de la responsabilidad estatal.

Ahora bien, estos elementos corresponden al derrotero a seguir para efectuar un análisis en el marco de un proceso de reparación directa, pero, ello no es óbice para olvidar la necesidad de verificar la posible configuración de una causal de exoneración de la responsabilidad del Estado. En estos términos se rememora lo analizado por el Consejo de Estado al momento de explicar las implicaciones del caso fortuito o la fuerza mayor como posibilidades para exonerar a la administración de la atribución de presuntos daños antijurídicos.

Al respecto entonces, la Alta Corte ha considerado[3]:

> *11. La Sala reitera que el Estado puede exonerarse si se acredita que el daño provino de una causa extraña, esto es, que sea imputable al hecho*

[2] Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003.

[3] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. C.P: Guillermo Sánchez Luque. diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación n°: 19001-23-31-000-2010-00354-01(49168).

determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima. Estas circunstancias impiden la imputación, desde el punto de vista jurídico, a la entidad que obra como demandada y para que se configuren deben concurrir tres elementos: (i) irresistibilidad, (ii) imprevisibilidad y (iii) exterioridad respecto del demandado[4]. Frente a la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, la Sección Tercera ha sostenido que debe estar demostrado que este participó y que fue causa eficiente en la producción del resultado o daño[5].

El orden jurídico impone a las personas –tanto las naturales, como las jurídicas, estas a través de sus agentes– que en todos sus actos procedan con la prudencia y diligencia necesaria, a fin de no causar daño a nadie. La culpa es un error de conducta, en que incurre quien asume un comportamiento –por acción o por omisión– contrario al esperado, por negligencia, imprevisión o impericia. La culpa civil en el ámbito de la responsabilidad civil –tanto de los particulares como del Estado– es la conducta contraria a la que debiera haberse observado (art. 63 CC). Una conducta desviada, bien por imprudencia, por ignorancia, por torpeza o por otro motivo semejante[6].

Estos lineamientos jurisprudenciales son cruciales para determinar el rumbo de la decisión que debe adoptarse en esta instancia. Ahora, en caso de considerarse que no se encuentra configurada esta causal de exoneración de la responsabilidad estatal, será necesario analizar la probanza en materia de los elementos propiamente dichos de la responsabilidad del Estado.

El Consejo de Estado en sentencia del *cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)*[7], acogió la reiterada postura jurisprudencial en torno a los elementos que deben analizarse para establecer la responsabilidad del Estado; resaltando que el primero que se deberá estudiar será el relacionado con el **daño**. Así lo ratificó:

"(…) *El primer elemento que se debe analizar es la existencia del daño, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, no hay lugar a declarar responsabilidad sin daño y solo ante su acreditación se puede explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado*[8]. (…)"

---

[4] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de marzo de 1997, Rad. 10.385 [fundamento jurídico 13] y sentencia del 24 de agosto de 1989, Rad. 5.693 [fundamentos jurídicos 11-13], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 242 y 602-603, disponible en https://bit.ly/3gjjduK.

[5] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2000, Rad.11.981 [fundamento jurídico 2.8] y sentencia del 25 de julio de 2002, Rad. 13.744 [fundamento jurídico 3], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 245, disponible en https://bit.ly/3gjjduK.

[6] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de julio de 1912, en *Gaceta Judicial*, Tomo XXI, nº. 1040 a 1041, p. 262, [fundamento jurídico párr. 20] y sentencia del 11 de marzo de 1952, en *Gaceta Judicial*, Tomo LXXI, nº. 2110 a 2111, p. 390, [fundamento jurídico I].

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Radicación nº: 76001-23-31-000-2008-01066-01(48715), C.P: Martha Nubia Velásquez Rico.

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, exp. 16.516, C.P: Enrique Gil Botero; de 6 de junio de 2012, exp. 24.633, C.P: Hernán Andrade Rincón, entre muchas otras.

En otra postura igual de reciente[9], esa misma Corporación complementó el fundamento del juicio de responsabilidad en los siguientes términos:

> "(…) *El primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, "sin daño no hay responsabilidad" y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de su imputación al Estado[10].*
>
> *El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, esta Sección del Consejo de Estado[11] ha establecido que resulta imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama:*
>
> *i) Que el daño sea antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, "Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos"[12].*
>
> *ii) Que se lesione un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal.*
>
> *iii) Que el daño sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limite a una mera conjetura.*
>
> *Adicionalmente, esta Subsección, en anteriores providencias ha considerado que el daño debe ser cierto, real, determinado o determinable e indemnizable, so pena, de configurarse como eventual e hipotético*[13] (…)".

Y complementó más adelante[14]:

> *"Para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman:*

---

[9] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A C.P: Martha Nubia Velásquez Rico. Cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020). Radicación nº: 76001-23-31-000-2010-01155-01(53753).

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, rad. 16.516 C.P. Enrique Gil Botero y del 6 de junio de 2012, rad. 24.633, C.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

[11] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516 MP. Enrique Gil Botero y sentencia del 6 de junio de 2012 dictada por esta Subsección dentro del expediente No. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencia del 24 de octubre de 2017, expediente No 32.985B, entre otras.

[12] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 14837 y 23 de abril de 2008, expediente: 16271. Reiterada por la Subsección A, en sentencia del 1 de marzo de 2018, expediente 52.097, y por la Subsección C, en sentencia del 7 de mayo de 2018, expediente 40.610. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020). Radicación nº: 76001-23-31-000-2012-00213-01(55133).

'Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético (...)'

"Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha señalado la necesidad de que el daño, para aspirar a ser indemnizado, tiene que estar revestido de certeza. No puede por tanto tratarse de un daño genérico o hipotético sino un daño específico:

"(…).

"En este orden de ideas, la certeza del perjuicio hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia, independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone a aquella característica, es decir, es incierto el daño "cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no" y, por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad patrimonial. Y la concreción del daño se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable"[15]*.*

En este hilo argumentativo, como ya se ha dicho, una vez se haya verificado la existencia del daño, se procede con el juicio de **imputación**, que no es otra cosa que la averiguación y/o constatación que el daño ya ocasionado se le puede atribuir, de manera directa o indirecta, a una autoridad del Estado. Afirmó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

"(…) *Esta Corporación ha establecido que la imputación exige analizar dos esferas: el ámbito fáctico y la imputación jurídica. En lo que tiene que ver con el primer aspecto, es imperativo determinar si hay un nexo causal entre el daño y las actuaciones que se reputan como la fuente de este. Asimismo, en la imputación jurídica se debe establecer la atribución conforme con un deber jurídico, a partir de la aplicación de los títulos de falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional*[16] (…)".

---

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2012, expediente (20.614), C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Criterio reiterado por esta subsección, entre otras decisiones, en sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente (44260). Sentencia del 28 de septiembre de 2017, expediente (53447). Sentencia del 19 de abril de 2018, expediente (56171).

[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de febrero de 2017, expediente 34.928, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Los anteriores elementos son compartidos por un sector de la doctrina, cuando se ha referido a ellos en los siguientes términos[17]:

> *"(…) No obstante, en época más reciente, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución y teniendo en cuenta la diferenciación de los conceptos de causalidad imputación, la jurisprudencia ha establecido que los elementos de la responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y la imputación, afirmándose en algunas ocasiones entonces que dentro del juicio de responsabilidad debía prescindirse del nexo causal para en su lugar hacer un juicio de atribución jurídica mediante el cual se pudiera indicar uno obligación de reparar al demandado.*
>
> *De este modo, con el argumento de qué del análisis de causalidad- entendida como una constatación meramente naturalística- no se pueden derivar consecuencias para el mundo del derecho, las cuales solamente pueden encontrarse a partir de atribuciones y argumentaciones jurídico normativas propias del juicio de imputación (…)".*

Ahora bien, el Consejo de Estado hizo una breve mención sobre la diferencia entre la fuerza mayor y caso fortuito en el siguiente sentido[18]:

> *"(…) Para ello, debe tenerse en cuenta la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, como se expresó en la sentencia del 20 de febrero de 1989, citada anteriormente, adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional.* ***Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho del demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño.*** *El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido, permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño* (…). (Negrillas por fuera del texto original)

Y respecto del hecho de la víctima, en abundante jurisprudencia el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se ha ocupado del tema, por ejemplo, en sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) dijo[19]

> "(…) *Ahora bien, en cuanto a la eximente de responsabilidad consistente en el hecho de la propia víctima alegada por la entidad demandada a lo largo del trámite de la presente acción, conviene recordar que, al igual que acontece con las demás eximentes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho*

[17] Henao Pérez, Juan Carlos y otro. La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2015. P.p 169

[18] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación nº: CE-SEC3-EXP2000-N11842. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. diecinueve (19) de julio de dos mil (2000).

[19] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ. Veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación nº: 68001-23-31-000-2012-00235-01(56684).

*exclusivo y determinante de la víctima y/o de un tercero**-, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado.** Por otra parte, a efectos de que operen las citadas eximentes de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder -activo u omisivo- de la víctima o un tercero tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño.* (…)" (Negrillas por fuera del texto original)

Sobre la diferenciación entre caso fortuito y fuerza mayor ha recabado el Consejo de Estado en el siguiente sentido[20]:

(…) *Adicionalmente, la prueba de un <<caso fortuito>> no exonera de responsabilidad a la entidad demandada en estos casos: lo que puede exonerarla es la demostración de una <<fuerza mayor>> entendida como una circunstancia ajena a la actividad de la entidad demandada a la cual pueda imputársele de manera exclusiva y determinante la causación del daño. La circunstancia alegada por la demandada no es ajena a la prestación del servicio, que es lo que estructura la presunción de responsabilidad en su contra*. (…)"

De esta manera queda sentado el marco jurisprudencial y doctrinal sobre los elementos que deben verificarse para la prosperidad o no de las pretensiones de la demanda en ejercicio del medio de control de Reparación Directa.

5.4. El caso concreto

5.4.1. Los medios de prueba más relevantes

En el expediente reposan los siguientes medios de prueba relevantes para la decisión que se adoptará en esta instancia, los cuales serán valorados de manera individual y en conjunto de acuerdo a lo ordenado por el estatuto procesal general colombiano:

1. Oficio del 1 de mayo de 2011 suscrito por Octavio Jiménez, Leonidas Robledo y Alejandro Echeverri Jaramillo y dirigido a la Oficina de Prevención y Atención de Desastres del Municipio de Manizales, y otro de la misma fecha dirigido a la Alcaldía de Villamaría solicitando ayuda para la reconstrucción de las instalaciones y prevención de otros eventos desastrosos. (p. 106 y 120 del archivo 001 del expediente).

[20] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Radicación nº: 68001-23-33-000-2012-00197-01(50543).

De este medio de prueba llama la atención que, desde el 1 de mayo de 2011, los demandantes y otras personas solicitaron ayuda para la reconstrucción de sus instalaciones. Esto se traduce en que para esa fecha ya existían unos daños, sin embargo, no se dan muchos detalles acerca de las razones que condujeron a los mencionados daños, más allá de mencionar avalanchas, crecientes y el alto nivel de material de río acumulado en el cauce, apreciaciones de quienes firman los memoriales, pero que no se sabe a ciencia cierta a qué hacen referencia.

Esta fecha es importante tenerla en cuenta, debido a que en el proceso se tuvo referencia de dos sucesos especialmente importantes y dañinos para los intereses de la parte actora, y fueron los acaecidos para los meses de octubre y diciembre del año 2011, fecha en la que sucedieron los deslizamientos de la finca "La Marmolera" con las consecuencias conocidas y estudiadas a lo largo de esta providencia.

2. Oficio DR 0202-11 del 12 de mayo de 2011 por medio del cual la Secretaría de Desarrollo Rural del Municipio de Manizales le informa a la señora Carmenza Jaramillo que la prevención de desastres que realiza esa dependencia es solo para *"usuarios que hayan sufrido pérdidas en la parte agrícola y pecuaria cuya jurisdicción pertenezca al Municipio de Manizales y el predio de su propiedad se encuentra ubicado en el área rural del municipio de Villamaría por lo tanto, es competencia de dicho municipio la atención de dicha problemática"* y que el mismo debe contar con profesionales de la UMATA y de la Oficina de Atención de Desastres para que realice la respectiva visita (p. 116 archivo 001 del expediente).

Este memorial es útil para resaltar que la respuesta menciona que las avalanchas y crecientes a las que hacen referencia los ciudadanos que radicaron el oficio se deben a la temporada invernal que se daba en la época. Asunto que es ratificado con el siguiente oficio.

3. La OMPAD del Municipio de Manizales, mediante oficio 1824 del 2 de septiembre de 2011, le informó a los señores Octavio Jiménez, Leonidas Robledo y Alejandro Echeverri Jaramillo que, de acuerdo a información de la Gerencia de Desarrollo Rural, los predios que sufrieron afectaciones a causa de avalanchas de la Quebrada La María pertenecen al Municipio de Villamaría y por tanto ese Municipio o el Comité Regional de Emergencias debía censarlos e incluirlos en la lista de damnificados por el invierno, motivo por el cual les recomendaba dirigirse a dichas instancias (p. 117 archivo 001 del expediente).

4. Oficio suscrito por las mismas personas y al mismo destinatario del 21 de agosto de 2011 solicitando *"por tercera vez para que se incluya (a las citadas personas)*

dentro del registro de damnificados del OMPAD", pues según se relata en dicha comunicación, esa oficina mediante oficio OMPAD 950 les invita a registrarse y luego mediante oficio DR 0212 les niega hacerlo por "estar situados en el municipio de Villamaría", pero que tales predios fueron damnificados por avalanchas causadas por la Quebrada La María, la cual está situada "en el límite natural" entre Villamaría y Manizales, y por tanto *"Cualquier arreglo o intervención del cauce de esta quebrada, afecta e implica una acción que afecta el (sic) Municipio de Manizales. Además de lo anterior, el tubo del acueducto de la ciudad de Manizales pasa por nuestros predios"* (p.107 archivo 001 del expediente).

5. Oficio del 3 y 17 de mayo de 2011 suscrito por Octavio Jiménez, Leonidas Robledo y Alejandro Echeverri Jaramillo solicitando al Secretario de Gobierno de la Oficina de Delegación Minera de la Gobernación de Caldas, permiso para retirar materiales de río de la quebrada Cajones y para explotación comercial. (p. 92-93 y 95-96 archivo 001 del expediente).

En estos oficios se vuelve a traer a colación la oleada invernal que afectó los predios de los demandantes y las razones por las que ellos consideran han ocurrido las avalanchas y torrenciales. También salta a la vista que Aguas de Manizales S.A. E.S.P. contribuyó con la mitigación del presunto riesgo prestando una retroexcavadora con el fin de intervenir el cauce del rio y así evitar que continuara presentándose el desbordamiento de la quebrada que surca sus predios.

En este sentido, se puede decir que la misma parte actora acepta que la empresa de servicios públicos facilitó las condiciones para adoptar medidas tendientes a evitar la generación de nuevas avalanchas o torrenciales fruto del desprendimiento de arena, piedras, roca, madera proveniente, presuntamente, del sector de Sabinas. Con certeza no se puede establecer si las conclusiones de las personas que radicaron la petición obedecen a conclusiones de expertos o si se trata de la simple apreciación como ciudadanos. Lo cierto es que, resulta clara la ocurrencia de una fuerte época invernal por la que atravesaba la zona, los daños que se le ocasionaron derivados de las consecuencias de la misma y algunas de las acciones emprendidas por una entidad de servicios públicos del Municipio de Manizales.

6. Los demandantes enviaron el 3 de mayo de 2011 escrito a la Subdirectora de Recursos Naturales de CORPOCALDAS, para informarle que se vieron obligados a intervenir el cauce del Río mediante la reacomodación de material pétreo de gran tamaño con retroexcavadora prestada por AGUAS DE MANIZALES a fin de evitar más avalanchas pues en el transcurso de 15 días se habían presentado siete. La citada subdirectora contestó el 29 de septiembre de 2011 y señaló: "*En el margen izquierdo aguas debajo de la quebrada*

Cajones o la María, afluente del Río Chinchiná a la altura del predio Tierra Viva se conformó un Jarillón con el material tamaño bloque sedimentado por el cauce. En el marco de la emergencia las obras implementadas son técnicamente acordes con las características físicas de la zona" y finaliza adjuntando un permiso para ocupación de cauce, a fin de que lo diligenciaran y los propietarios pudieran realizar una obra de protección en la parte alta de Tierra Viva. (p.130-131 y 139-140 archivo 001 del expediente).

Con la respuesta emitida por la entidad ambiental se confirman las acciones que se efectuaron dentro del cauce de la quebrada Cajones o La María, y se confirma que las acciones que se emprendieron eran las que podían implementarse técnicamente en las condiciones en las que se encontraba la zona. Pero, se advierte que se llama la atención sobre la necesidad de emprender otro tipo de acciones (obra de protección) que debe realizarse mediante el trámite del permiso de ocupación del cauce; trámite que no fue mencionado dentro del proceso y del cual no reposa medio de prueba que lo acredite dentro del expediente. Pues, dicho sea de paso, parecer ser que la responsabilidad de tales acciones reposaba en cabeza de los interesados.

7. Solicitud realizada el 8 de mayo de 2011, la cual fue ampliada el 16 de mayo del mismo año y ratificada el 22 de agosto de 2011 de parte de los integrantes de la familia Jaramillo Echeverri, dirigida a la Junta Regional de Atención de Desastres de la Gobernación de Caldas para evaluación de daños, diagnóstico, y posibles soluciones (p. 94, 97 y 98 archivo 001 del expediente).

Con estos oficios se ratifica nuevamente que, para el mes de mayo de 2011, los demandantes señalan que sus predios ya habían sufrido múltiples daños, calificados inclusive como "grandes pérdidas" consistentes en la pérdida de 4 salones de cultivo, salón de poscosecha y un lote de terreno para cultivo de hongos comestibles. También se puede observar que se solicitó una evaluación formal de los daños, pero más importante aún que parece ser que las circunstancias están rodeadas por fenómenos naturales de gran magnitud pues se menciona el arrastre de rocas de gran tamaño y, en general, situaciones naturales que elevaron la altura del cauce a un nivel "insospechado".

Hasta el momento la impresión que se lleva el Despacho está asociada a que los daños acaecieron por fenómenos naturales de gran magnitud. En el plenario se puede tener por probado que se causaron unos daños; el punto clave que se debe determinar es si el mismo es imputable a las entidades demandadas o si se debe a un fenómeno imprevisible e irresistible.

8. Oficio CREPAD 615 del 22 de agosto de 2011 por medio del cual la Unidad de Prevención y Atención de Desastres de la Gobernación de Caldas indicó que es responsabilidad directa del Municipio la reubicación de viviendas, recuperación de franja protectora del cauce y realización de obras de mitigación. (p. 100 archivo 001 del expediente).

Resulta claro entonces que los daños que se registraron en la zona datan de épocas anteriores a los deslizamientos de mayor magnitud, ocurridos en los meses de octubre y diciembre del año 2011.

9. Oficio del 18 de octubre de 2011 suscrito por Octavio Jiménez y dirigido a la Oficina de Prevención y Atención de Desastres del Municipio de Manizales solicitando intervención en los predios que ha sido negada por el Municipio por pertenecer a Villamaría. (p. 108-109, archivo 001 del expediente).

De este medio de prueba documental se puede evidenciar que los demandantes ahora señalan a INVIAS como el causante de los daños, dado que, diferente a lo que se mencionaba en oficios de época anterior, se advierte que el origen de las afectaciones se debe al inadecuado manejo de los residuos de la vía Manizales-Fresno lo que produjo inestabilidad de las laderas aguas abajo de las quebradas que recibieron todo el rigor de estos eventos geológicos.

De manera que se evidencian contradicciones en el señalamiento de responsables que no gozan de sustento técnico, que pareciera más bien una estrategia para buscar culpables y señalar a las entidades públicas como las causantes directas del daño. Por lo referido, no puede este Despacho pasar por alto que las alusiones generales y sin sustento científico o especializado no conllevan la categoría suficiente para establecer la imputación fáctica de las entidades. Se requiere una evaluación más profunda para poder determinar el origen de lo acontecido.

10. Oficio del 28 de octubre de 2011 dirigido al Alcalde de Manizales de la época; otro con el mismo tema dirigido a la Oficina de Prevención y Atención de Desastres de esa misma municipalidad, y otro dirigido al Gerente de Corpocaldas, indicándoles que se consiguiera con Ingenios del Valle unas motobombas o monitores eléctricos o Diesel para instalar en la planta Luis Prieto, a fin de bombear chorros de agua *"al sitio de movimiento en masa, chorros que producen estos monitores y en esta forma hacer un deslave controlado y paulatino de gran volumen de tierra que debe caer al rio en forma de corriente de lodo, que éste y sus riveras deben soportar mucho mejor que dejar que la naturaleza actúe sola y se produzca una gran avalancha"*, el cual fue suscrito por Carmenza Jaramillo, Octavio Jiménez, Leonidas Robledo,

Asdrubal Salazar y Junta de Acción Comunal Vereda (no se indicó nombre de vereda) (p.110-111 y 134 archivo 001 del expediente).

11. Solicitud del 18 de noviembre de 2011 de parte de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Gallinazo, Carmenza Jaramillo y Octavio Jiménez a Personería de Manizales, y otro de la misma fecha a la Personería de Villamaría, para el préstamo de una retroexcavadora para retirar piedras que se encuentran debajo del puente *y "van a obstruir el paso normal del agua en caso de crecientes grandes o avalanchas. Lo que ocasionaría la destrucción del puente, de la banca carreteable y del ducto de gas"* (p.112-113 y 125-126 del archivo 001 del expediente).

12. Solicitud del 18 de diciembre de 2011 de parte de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Gallinazo, Carmenza Jaramillo y Octavio Jiménez, dirigido al Alcalde de Manizales, y al Gerente de CORPOCALDAS, indicándoles que a raíz de las avalanchas ocurridas en abril y mayo de 2011 que se debieron al mal manejo de la vía Bogotá Fresno en el sector SABINAS, que ocasionó que la Finca "La Marmolera" sufriera lesiones en la base de la montaña, se pidió el bombeo del derrumbe en la finca en mención. La petición fue contestada el 28 de noviembre de 2011 y se aceptó el método propuesto para evitar el deslave sin control de la montaña y que el 5 de diciembre ocurrió el derrumbe que genera daños en la finca, en las construcciones aledañas, en el tubo del acueducto y el puente de la vereda Gallinazo, del cual *"El desastre ocurrido muestra como las obras de prevención deben realizarse en forma más rápida",* motivo por el cual solicitan construir en la parte central del derrumbe una salida con tubería o drenaje del depósito de agua que allí se forma y que debe hacerse y en un tiempo menor a dos meses a fin de evitar que el agua represada inunde o acelere avalanchas que puedan perjudicar parte de la planta y los lotes vecinos. (p.114-115 y 135 archivo 001 del expediente).

13. En la misma fecha envió el señor Octavio Jiménez oficio al CLOPAD de Villamaría y a la Oficina de Riesgo de Corpocaldas indicando que solicitaban a ese ente la realización de obras de prevención tal como lo ordenó el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes y que no se han hecho a esa fecha, pese a que el día anterior a la fecha del oficio había ocurrido un derrumbe en la quebrada La María, en la vía que conduce a la planta Luis Prieto, ocasionando daños en la finca "La Marmolera" y con amenaza de desprenderse en mayor volumen. Así mismo dejó constancia que el mal manejo de la vía Bogotá Fresno en el sector Sabinas por parte del INVIAS, ocasionó una avalancha en abril y mayo de 2011 que lesionaron el lecho del río y que además la cantidad de desprendimientos de tierra produjeron la inestabilidad de las laderas, aguas

abajo de las quebradas, pero que ello podría mitigarse “bombeando” los derrumbes. (p.123-124 y 132 -133 archivo 001 del expediente).

Debe resaltar el Despacho que, con los medios de prueba que reposan en los numerales 10, 11, 12 y 13, lo que se denota es que los demandantes fueron muy proactivos para solicitar se adoptaran medidas tendientes a evitar daños mayores o a paliar las secuelas de los deslizamientos y avalanchas que ocurrieron en la finca “La Marmolera”, situación que valora el Despacho, no obstante, de las mismas que no se puede establecer con certitud si eran las idóneas o adecuadas para la mitigación del posible riesgo, toda vez que para establecer cuáles eran las medidas que habrían de adoptarse se debería acreditar un conocimiento técnico del tema; acreditación que no reposa en el plenario.

Por otro lado, puede que con los documentos presentados se haya dejado evidencia de las frecuentes solicitudes que se hicieron frente a las entidades demandadas o frente autoridades municipales, departamentales o nacionales, sin embargo, no se puede pasar por alto que para la época las entidades han debido tener un alto flujo de peticiones, reclamos y actividades en el territorio municipal que a la postre pudo haber impedido que la petición llegara a manos del competente en un tiempo de respuesta que hiciera efectiva la petición. Según lo visto en el proceso, Manizales pasaba por un período de lluvias muy intensas y en cantidades insospechadas, por eso el nivel de alerta para la atención de desastres era un tema prioritario y coyuntural, desplazando así la resolución de peticiones a, tal vez, un segundo plano. Se insiste, todo bajo un contexto de emergencia y atención inmediata de desastres ocurridos en esta y otras zonas de la municipalidad.

De manera que las entidades competentes eran las encargadas de evaluar cuáles eran las medidas idóneas e inmediatas que debían implementarse para evitar un perjuicio irremediable. En el marco de la buena fe constitucional, no puede este juzgado pensar que las autoridades actuaron con desidia y con la intención de generar un daño para muchos actores sociales, incluso, no podría pensarse tal cosa, en la medida que estas entidades también resultaron perjudicadas por los hechos que ocurrieron, principalmente, en octubre y diciembre de 2011. Por el contrario, nos debemos ubicar en un escenario de desbordamiento en las actividades misionales de cada entidad y en un alto flujo de actividades que enfocaron la mayoría de las actividades en la atención a estos siniestros.

14. Oficio CREPAD 413 del 18 de mayo de 2011 por medio del cual la Unidad de Prevención y Atención de Desastres de la Gobernación de Caldas emite respuesta a la solicitud del 8 de mayo y su ampliación de mayo 16, indicando que de las mismas se dio traslado a CORPOCALDAS para que personal técnico

realice visita y solución a los requerimientos hechos (p. 99 archivo 001 del expediente y p. 81 archivo 003).

15. La oficina de la UDEPADE de la Gobernación de Caldas dirigió al Alcalde de Villamaría Oficio CREPAD 301 del 11 de abril de 2012, por medio del cual le dice que ese ente departamental ratifica que es responsabilidad de la administración municipal: i) recuperar la franja protectora del cauce, conservando los retiros mínimos exigidos, ii) reubicar las familias asentadas en tales sectores y iii) realizar obras de mitigación en las zonas donde se evidencian procesos erosivos asociados a la socavación de las orillas, pues las "*crecientes súbitas se relaciona con el uso del suelo en la parte alta de la cuenca"* y por eso debía concertar con el municipio de Manizales las acciones tendientes a evitar la presentación de procesos erosivos, que generan represamientos y posteriores crecientes. (p.127 archivo 011 del expediente).

Salta a la vista un detalle específico de este medio de prueba, y es en lo que tiene que ver con la alusión que se hace a la franja de protectora del cauce. Ello en el sentido de que en el memorial se indica que se deben reubicar las familias que se encuentran en estos sectores. Pareciera que se ha observado que algunas personas se encuentran asentadas en esa faja protectora. Esto es importante por las connotaciones que implica "invadir" la zona de retiro de los ríos, quebradas o afluentes.

De verificarse tal situación, se podría evidenciar una clara configuración de una circunstancia liberatoria de la responsabilidad del Estado.

16. El jefe de la UDEPADE de la Gobernación de Caldas, dirigió al Asesor de Infraestructura y Vías del Municipio de Villamaría, Oficio CREPAD 611 el 23 de agosto de 2011, por medio del cual le pide "gestionar los recursos para ser invertidos en actividades de mitigación para el sector, mediante la elaboración y presentación de proyectos encaminados a actividades tendientes a la reubicación de viviendas, recuperación de la franja protectora del cauce y la realización de obras de mitigación, así como gestionar con Corpocaldas y el Comité Local de Emergencias de ese municipio y los propietarios de los predios afectados, tomas de acciones para evitar "hechos que lamentar". (p.128 archivo 001 del expediente).

En líneas antecedentes se había resaltado el hecho por el cual se podía inferir que algunos afectados de la zona se encontraban habitando la franja de protección del río. Aquí nuevamente se resalta dicha evidencia, pues no puede pensarse de otro modo cuando se reitera que se debe recuperar la faja protectora del cauce. Se

evidencia así la posible ocupación de una franja de terreno que no se podía ocupar sin exponerse voluntariamente a fenómenos de la naturaleza previsibles.

17. El 26 de diciembre de 2011, los demandantes, la Junta de Acción Comunal de la Vereda Gallinazo y otros habitantes del sector enviaron comunicación a la Junta Directiva de AGUAS DE MANIZALES, solicitud para que esa entidad dispusiera supervisión técnica en temas de manejo del suelo de la ampliación de la vía Manizales Fresno, dado que los trabajos realizados por INVÍAS *"arañaron las montañas",* tocaron las laderas que son de piedra y lava, ampliando la vía con maquinaria y con *"el doble de la altura del material retirado a la antigua carretera",* lo que generó grandes derrumbes en el sector de Sabinas, *"cuyo material llega TODO al río Chinchiná desde la quebrada la Mula y otras vertientes".* (p.137-138 archivo 001 del expediente).

Si bien el Juzgado valora la actividad proactiva de los demandantes y de la comunidad, se sigue preguntado esta misma instancia, con base en qué hallazgos o evidencias técnicas se promovían este tipo de observaciones. Endilgar la responsabilidad a un ente estatal sin el debido sustento técnico y/o científico impide que esta célula judicial pueda impartir órdenes tendientes a una posible indemnización. Las alusiones generales y desprovistas de evidencias científicas no son condiciones suficientes para establecer la responsabilidad del Estado.

18. El Subdirector de Infraestructura Ambiental de CORPOCALDAS realizó una serie de recomendaciones en el marco del cumplimiento de la acción de tutela 2011-00083 al Secretario de Gobierno de la Alcaldía de Villamaría, mediante oficio S.I.A del 23 de abril de 2012, y allí también plasmó acciones a realizar por parte de la Alcaldía de Manizales (p. 141-144 archivo 001 y p. 97-100 del archivo 003 del expediente).

19. Informe de visita de asesoría técnica realizado por CORPOCALDAS el 23 de mayo de 2011 a solicitud del jefe de UDEPADE con varias recomendaciones para salvaguardar la vida de los vecinos del sector, obras civiles para el encauzamiento del cauce del río y para control de erosión (p. 146-148 archivo 001 y p. 83-85 del archivo 003 del expediente).

Llama la atención del Despacho esta visita técnica debido a que se vuelve a mencionar el tema de la recuperación de la faja protectora y la reubicación de las viviendas localizadas en las terrazas aluviales. También se hizo mención de las obras que se recomendaron y de las acciones ejecutadas por Aguas de Manizales S.A. E.S.P., las cuales se consideraron como insuficientes.

Por otro lado, con miras a establecer la veracidad de las imputaciones hechas por los demandantes al INVIAS, es necesario decir que en este informe se manifiesta que las avalanchas fueron causadas por derrumbes que se suscitaron aguas arriba debido a la destinación del uso del suelo y a los procesos de erosión, no obstante, no se alude a situaciones asociadas con el mantenimiento y ampliación de la vía que de Manizales conduce a Fresno.

Aunado a lo anterior, también es posible evidenciar, con este documento y los que se encuentran más atrás, que las entidades públicas demandadas desplegaron una serie de visitas técnicas para evaluar los riesgos del sector, de manera que, no puede decirse que las mismas hayan asumido una actitud pasiva frente a los fenómenos ocurridos en la zona.

20. El Gerente de Aguas de Manizales de la época envió el 26 de abril de 2012 informe del recorrido efectuado en la vía puente La Libertad, la Margarita, en compañía del Ingeniero Sebastián Henao y el Ingeniero Jorge Ricardo Gutiérrez, Director Regional del INVÍAS, y respondió sobre los daños efectuados en la construcción de la vía Manizales-Fresno denunciadas por los demandantes como causantes de los desprendimientos de tierra lo siguiente (p. 149-150 archivo 001 del expediente):

    "De la visita puede concluirse que los sitios que fueron intervenidos para la ampliación de curvas de la vía, presentan buena estabilidad, cuentan con manejo de aguas y revegetalización generalmente con pasto de la zona. En dos de estos sectores se observan pequeños deslizamientos en el talud, sin embargo, están controlados. El gran problema de la zona, se presenta hacia arriba y hacia abajo del corredor vial, donde la erosión es alta y existe gran número de deslizamientos activos. En la parte superior las actividades de ganadería y cultivos asociados a la inestabilidad y cantidad de las lluvias en los últimos años, han ocasionado desestabilización de las laderas que se convierten en flujos de lodo, piedras y empalizadas que como es conocido por todos, han causado continuos taponamientos de la vía. Hacia la parte inferior se presenta ganadería en algunos sectores y esto se agrava con las aguas lluvia que recolecta la vía y que en algunos puntos están generando mayor erosión".

En este entendido salta a la vista que las apreciaciones hechas por los demandantes sobre la responsabilidad del INVIAS quedan en entredicho, en la medida que el personal técnico de la entidad de servicios públicos hizo visita a la zona y concluyó algo completamente distinto a lo referido por la parte actora cuando señalaron las obras del INVIAS como uno de los causantes del daño antijurídico.

También se puede apreciar a esta altura que las razones que condujeron a los daños ocasionados a los demandantes están asociados a unas variables antrópicas y naturales que no se les pueden reprochar o endilgar al Estado. Los procesos

erosivos de la parte alta de la montaña, sumado a las frecuentes lluvias no son condiciones atribuibles a la actividad estatal.

21. Sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes de Manizales, dentro de tutela interpuesta por Leónidas Robledo, Octavio Jiménez y Carmenza Jaramillo en contra de INVÍAS, DTSC, Alcaldía de Manizales y Villamaría, Oficina de Prevención y Atención de Desastres de Manizales, CORPOCALDAS y Aguas de Manizales (p. 38-59 archivo 002 del expediente y p. 105-125 archivo 003 del expediente).

22. Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dentro de tutela interpuesta por Leónidas Robledo, Octavio Jiménez y Carmenza Jaramillo en contra de INVÍAS, DTSC, Alcaldía de Manizales y Villamaría, Oficina de Prevención y Atención de Desastres de Manizales, CORPOCALDAS y Aguas de Manizales (p.18-34 archivo 002 del expediente y p. 127-143 archivo 003 del expediente).

23. Contrato y otro sí 1 consorcio vías del centro (p. 62-77 archivo 002 del expediente).

24. Estudios y diseños, gestión social, predial, ambiental y construcción del proyecto “Honda-Manizales” (p. 78-95 archivo 002 del expediente).

25. Modificación No. 1 y 3 al contrato No. 0663 de 2009 (p. 96-101 archivo 002 del expediente).

26. Adición No. 1 al contrato 663 de 2009 (p. 124-126 archivo 002 del expediente).

27. Contrato No. 1478 de 2009 de Interventoría del proyecto “Honda Manizales” (p. 102-123 archivo 002 del expediente).

28. Contrato de mantenimiento y mejoramiento ruta Ibagué, Mariquita, Manizales y Fresno No. 1731 de 2004 (p. 127-176 archivo 002 del expediente).

29. Contrato No. 1931 de 2004 de interventoría del contrato de mantenimiento y mejoramiento ruta Ibagué, Mariquita, Manizales y Fresno No. 1731 de 2004 (p. 181-191 archivo 002 del expediente).

Con los documentos visibles en los numerales 23 a 29 acabados de exponer, se puede tener por probado que en la vía que de Manizales conduce a Fresno, se celebró un contrato de obra para la ejecución de actividades relacionadas con la ampliación de la vía y la contratación del frecuente monitoreo y control de este

mismo corredor vial, para garantizar el buen estado de la faja vial. Los documentos reflejan la celebración de tales actos negociales.

30. En relación con las denuncias que hicieron los accionantes por los procesos de inestabilidad y deslizamientos que estaba generando la ampliación de la vía Manizales-Bogotá, CORPOCALDAS, mediante oficio DG 100 del 26 de septiembre de 2011 remitió al INVÍAS de parte de Plan de Contingencia de la vía Manizales Bogotá, con una serie de recomendaciones (p. 95-96 del archivo 003 del expediente).

31. CORPOCALDAS remitió por conducto de su Subdirector de Infraestructura Ambiental, John Jairo Chisco Leguizamón, oficio el 26 de junio de 2012 al Personero de Manizales informándole las actividades realizadas por esa entidad, los planes a desarrollar. En él le informa que el día 19 de abril de 2012, se efectuó un nuevo recorrido por la parte alta de la microcuenca de la Quebrada La Siberia (afluente del Río Chinchiná), en inmediaciones de la Hacienda El Bosque, a fin de verificar estado actual de los procesos de inestabilidad que se han venido presentando con severidad, desde principios del año 2011. La visita de campo, guiada por el guardabosque de la Reserva Forestal Torre 4 de CORPOCALDAS, se realizó con el acompañamiento de un ingeniero, funcionario de AGUAS DE MANIZALES. Luego de este recorrido y de verificar las condiciones de los procesos erosivos y movimientos en masa en el lugar, se efectuó un informe técnico con algunas recomendaciones, del cual se cursó copia al director territorial de INVIAS en Caldas, al señor Gobernador de Caldas, al señor alcalde del Municipio de Manizales y al gerente de la empresa AGUAS DE MANIZALES. (p. 101-104 del archivo 003 del expediente).

32. Oficio del 18 de agosto de 2011 del Asesor de Infraestructura y Vías de Villamaría solicitando autorización a CORPOCALDAS para intervenir el cauce de la quebrada La María o Cajones en el sector entre la Planta de Aguas de Manizales y Tierra Viva de conformidad con concepto técnico de Corpocaldas del 23 de mayo de 2011, el cual es contestado mediante oficio S.I.A 800 del 16 de septiembre de 2011 indicándose que para la realización de jarillones como obras de protección lateral, y dragado del cauce no se requieren estudios técnicos detallados, solo la decisión de reasentar vivienda a través del Municipio y el trabajo con un equipo mecánico de dragado (p. 77, 80 del archivo 003 del expediente).

33. Acta No. 15 del 18 de octubre de 2011 “Comité de Emergencias de Aguas de Manizales S.A E.S.P” por destrucción de tubería que abastece agua a Cumbre

y Villa luz por desprendimiento de tierra del 17 de octubre de 2011 (p. 299-301 archivo 002 del expediente).

34. Acta No. 16 del 19 de octubre de 2011 “Comité de Emergencias de Aguas de Manizales S.A E.S.P” por destrucción del tanque de distribución No. 2 generando un represamiento y avalancha que derriba los viaductos de las conducciones de 28 y 30 pulgadas en su cruce sobre el Río Chinchiná, que suspendió el servicio del 100% de suscriptores y generó la declaración de alerta roja (p. 303-307 archivo 002 del expediente).

35. Acta No. 22 del 21 de noviembre de 2011 “Comité de Emergencias de Aguas de Manizales S.A E.S.P” por turbiedad en el agua de la bocatoma de la quebrada cajones y rio Chinchiná que abastece la planta Luis Prieto lo que originó la suspensión del servicio en diferentes sectores de la ciudad (p. 307-311 archivo 002 del expediente).

36. Informe de Corpocaldas del 20 de marzo de 2011 dirigido a la Superintendencia delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo donde se relacionan los lugares y la necesidad de realizar obras de mitigación, reducción del riesgo, prevención y atención de desastres en temas de control de erosión, estabilización de taludes, manejos de aguas y corrección de cauces (p. 318-334 archivo 002 del expediente).

Se colige de lo anterior, y de lo que hasta ahora se ha analizado, que las entidades demandadas efectuaron ingentes esfuerzos para diagnosticar y emitir conceptos tendientes a enfrentar los eventos adversos por los que atravesaba la ciudad. No se puede decir entonces que hasta el momento se haya evidenciado una inactividad de tal magnitud que autorizara el señalamiento de responsabilidad de las mismas.

En el contexto de los eventos que ocurrieron en esa época, y que se encuentran recogidos a lo largo del proceso, el juzgado vislumbra que la situación fue de un caos y una emergencia palpable. Pues además no se trata solo de la zona que venimos analizando sino de todo el territorio municipal, departamental y nacional. Y es en ese contexto donde las autoridades efectuaron el control, dentro de su capacidad operativa y de las acciones que las mismas circunstancias les permitieron hacer.

37. Informe del Servicio Geológico Colombiano del 15 de febrero de 2012 dirigido a la Superintendencia delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo donde

contesta una serie de preguntas realizadas por esa Superintendencia (p. 337-341 archivo 002 del expediente). De las inquietudes a las que se dieron respuesta se pueden destacar las siguientes:

"Que igualmente se preguntó si "¿ La región en la que se produjo la situación acaecida el 19 de octubre de 2011 y que afectó la planta de potabilización "Luís Prieto Gómez", ubicada en la ciudad de Manizales, era un terreno identificado, de manera previa a la anterior fecha, como naturalmente inestable?" frente a lo cual se contestó que el Servicio Geológico Colombiano, no ha realizado estudios de susceptibilidad y amenaza por movimientos en masa o estudios específicos en la zona donde se encuentra emplazada de la planta de potabilización "Luis Prieto Gómez", por lo cual no se tiene identificado esta zona como naturalmente inestable.

Que si "¿la empresa Aguas de MANIZALES S.A E.S.P, podía y/o debió anticipar que la zona en la que se produjo la situación acaecida el 19 de octubre de 2011 y que afectó la planta de potabilización "Luis Prieto Gómez", ubicada en la ciudad de Manizales, era inestable o podría generar riesgo de deslizamiento por colmatación de aguas, dadas las características geotécnicas, geológicas o de suelos?, se indicó que en general, los suelos aledaños a la planta se corresponden a cenizas volcánicas, con espesores variables que van desde tamaño grava a arenas finas. Este material se caracteriza por ser estable en condiciones seca, pero en presencia de agua, sufre una pérdida repentina de resistencia que se traduce: en la falla de grandes masas de suelo, y que por tanto lo ideal era "contar con un mapa de amenazas por remoción en masa donde se identificara claramente los sectores críticos que pudieran llegar a afectar la planta de tratamiento. Como se mencionó anteriormente, la única manera de tener algún grado de certeza o poder anticipar el fenómeno es mediante un sistema de instrumentación y monitoreo de las zonas inestables."

Como puede verse existe un concepto de una entidad estatal neutral frente a la situación, la que anticipa que las condiciones físicas de la zona posibilitaron la ocurrencia de los deslizamientos que afectaron la planta de tratamiento de aguas, en una zona que no había sido catalogada, por esa misma institución, como inestable.

Salta a la vista entonces que el Servicio Geológico Colombiano deja ver que la zona objeto de análisis en este proceso, por su condición natural y geológica es altamente permeable a situaciones de riesgo por el contacto con alta saturación de agua. En este sentido, las cenizas volcánicas al entrar en contacto con grandes cantidades de agua, van perdiendo resistencia. El punto está en que toda esa zona ostenta las mismas características naturales, por ende, para la determinación de un posible daño era necesario tener un sistema de instrumentación y monitoreo de proporciones monumentales, que, tal vez, lo tornen en una posibilidad muy remota.

38. Acta de Comité Local para la Prevención, Atención y Recuperación de Desastres COLPADE del 28 de febrero de 2011 en la que se presentan proyectos de obras civiles de emergencias y se decretó la alerta amarilla cuyo fin fue el “alistamiento de planes de contingencia” (p. 167-172 archivo 003 del expediente).

Se confirman nuevamente las gestiones adelantadas por las entidades para evitar o prevenir desastres.

39. Acta de Comité Local para la Prevención, Atención y Recuperación de Desastres COLPADE del 3 de marzo de 2011 por medio de la cual se declara alerta roja en el Municipio y se precisa la urgencia de hacer un llamado al Gobierno Nacional para que agilizara la aprobación de los recursos necesarios para el proyecto “Gestión integral del riesgo en Manizales” presentado ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el 8 de febrero de 2011, pues se “requiere realizar con URGENCIA la totalidad de las obras civiles del mencionado proyecto” para evitar que los problemas de deslizamientos e inestabilidades se incrementen. (p. 173-177 archivo 003 del expediente).

Según lo anterior, es abundante la evidencia tendiente a mostrar las actividades que desplegaron las entidades del orden territorial para tomar acciones conducentes y pertinentes para la mitigación del riesgo en los municipios de Manizales y Villamaría. Se insiste en que bajo estos medios de prueba no es posible atribuir desidia u omisiones de mérito para imponer una carga indemnizatoria, porque lo que muestran los medios de prueba que reposan en el expediente, es que las entidades actuaron hasta donde les fue posible y hasta donde las circunstancias se los permitió.

De este documento también se puede apreciar la magnitud de fenómenos atmosféricos que se vivía en todo el territorio nacional, así como la declaratoria de alerta roja por alto riesgo de avalanchas, inundaciones y deslizamientos, entre otras decisiones que refieren el cumplimiento de las funciones de las entidades estatales.

40. Acta de Comité Local para la Prevención, Atención y Recuperación de Desastres COLPADE del 28 de marzo de 2011 por medio de la cual se declara urgencia manifiesta en la ciudad (p. 178-186 archivo 003 del expediente).

41. Acta de Comité Local para la Prevención, Atención y Recuperación de Desastres COLPADE del 16 de abril de 2011 por medio de la cual se dispone entre otras cosas, instalación de una estación meteorológica en la cuenca alta

de la Quebrada Manizales por el sector de Maltería hasta el sector de Verdum y lograr dragar la quebrada para la protección de las industrias que quedan al margen de la misma. (p. 187-194 archivo 003 del expediente).

42. Acta de Comité Local para la Prevención, Atención y Recuperación de Desastres COLPADE del 20 de abril de 2011 por medio de la cual se dispuso solicitar al Ministerio del Interior recursos por 300 millones de pesos reforzar el dragado de la cuenca de la Quebrada Manizales. (p. 195-200 archivo 003 del expediente).

En líneas generales en este documento se ratifican las observaciones hechas a lo largo de esta providencia sobre la intensidad de las lluvias, la cantidad de deslizamientos y desastres que se generaron por la época lluviosa y el estado de alarma generalizado en el Municipio de Manizales por la ocurrencia de una buena cantidad de desastres naturales. De manera que el contexto va configurando unas circunstancias de irresistibilidad e imprevisibilidad considerables a las que las entidades del Estado no podían atender al mismo tiempo y con la misma capacidad de inversión que si se tratara tan solo de uno o dos eventos aislados.

De acuerdo a las reglas de la experiencia, si se verifica una histórica condición de emergencia causada por las altas precipitaciones, es dable concluir que la capacidad de respuesta se va haciendo cada vez más débil ante la ocurrencia de tantos y tan dispersos desastres naturales.

43. Oficio con radicado 01168, con fecha del 18 de agosto de 2011. Referente al Alto riesgo de avalancha, sector desde la planta de Aguas de Manizales hasta Tierra Viva, enviado por Jorge Eliécer Buitrago Uribe, asesor de Infraestructura y Vías, de la Secretaría de Planeación Villamaría-Caldas, al señor Juan David Arango Gartner, director de Corpocaldas (p. 77 archivo 003 del expediente).

44. Oficio con fecha del 18 de agosto de 2011, con relación al movimiento de masa presentado en el sector de Sabinas, como consecuencia de la Ola Invernal presentada a finales del año 2010 e inicios del 2011 enviado por la señora Carmenza Jaramillo de Echeverry y los señores Leónidas Robledo y Octavio Jiménez Obando, al alcalde de Villamaría (p. 78-79 archivo 003 del expediente).

45. Oficio con radicado S.I.A 800 – 2182, con fecha del 16 de septiembre de 2011, referente a la solicitud con radicación No.01168 de agosto 18 de 2011- sector desde la planta de Aguas de Manizales hasta Tierra Viva, enviado por el

subdirector de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas, Ingeniero Jhon Jairo Chismo Leguizamón, al Doctor Jorge Eliecer Buitrago Uribe, Asesor de Infraestructura y Vías de la Alcaldía Municipal, Villamaría-Caldas. (p. 80 archivo 003 del expediente).

46. Oficio con radicado CREPAD-414, con fecha del 18 de mayo de 2011, referente a la solicitud de visita técnica por parte de Corpocaldas, enviado por María del Pilar Pérez Restrepo, jefe UDEPADE, al director de Corpocaldas (p. 81 archivo 003 del expediente).

47. Oficio referente al informe Visita de Asesoría Técnica, realizado por Corpocaldas el 23 de mayo de 2011, con número de radicación DP (355556) caso 004037AT, lugar de problemática Vereda Gallinazo – Enseguida del restaurante Tierra Viva. Municipio de Villamaría (p. 83-85 archivo 003 del expediente).

48. Oficio con radicado 0008261, con fecha del 08 de mayo de 2011, referente al Derecho de Petición, Inminencia de riesgo para destrucción de construcciones, enviado por la señora Carmenza Jaramillo de Echeverry y los señores Alejandro Echeverry Jaramillo y Juan Camilo Echeverry Jaramillo, a María del Pilar Pérez, directora de la Junta Regional de Atención de Desastres de la Gobernación de Caldas (p. 82 archivo 003 del expediente).

49. Oficio con fecha del 26 de marzo de 2012, referente a la Prevención y mitigación del riesgo de nuevos desastres en la Vereda Gallinazo y en los sectores aledaños al acueducto Luis Prieto de Manizales, enviado por los señores Ana Lucía Muñoz Jiménez, Carmenza Jaramillo de Echeverry, Octavio Jiménez Obando y Leonidas Robledo Palacio, a la Alcaldía de Manizales, Alcaldía de Villamaría y a Corpocaldas (p. 87-88 archivo 003 del expediente).

50. Oficio S.I.A 06607, con fecha del 15 de junio de 2012, referente a respuesta oficio No. 04001 de 13 de abril de 2012, Vereda Gallinazo, Municipio de Villamaría, enviado por el Subdirector de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas, Ingeniero Jhon Jairo Chismo Leguizamón, al señor Octavio Jiménez Obando y Otros (p. 89-94 archivo 003 del expediente).

51. Oficio D.G. 100, con fecha del 26 de septiembre de 2011, referente al Plan de Contingencia vía Manizales-Bogotá, Época invernal, enviado por el Director general de Corpocaldas a Jorge Ricardo Gutiérrez Cardona, Director de la Regional de INVIAS (p. 95-96 archivo 003 del expediente).

52. Oficio S.I.A. 03780, con fecha del 23 de abril de 2012, referente a Actualización Recomendaciones solicitadas para Acción de Tutela 2011-0083, Quebrada la Mula, Diamante y Sabinas vía Bogotá, Municipio de Manizales, enviado por el Subdirector de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas, Ingeniero Jhon Jairo Chismo Leguizamón, al Doctor Víctor Hugo López Pérez, Secretario de Gobierno de la Alcaldía de Villamaría (p. 97-100 archivo 003 del expediente).

53. Oficio S.I.A. 06994, con fecha del 27 de junio de 2012, referente a la respuesta oficio CEMAI-700.3-1662-12, Radicado No. 6380 del día 12 de junio de 2012, sector Sabinas Vía Manizales-Bogotá, Municipio de Manizales, enviado por el Subdirector de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas, Ingeniero Jhon Jairo Chismo Leguizamón, a Juan Carlos Pérez Vásquez, personero Municipal de Manizales. (p. 101-104 archivo 003 del expediente).

54. Acta No. 15 del 18 de octubre de 2011 “Comité de Emergencias de Aguas de Manizales S.A E.S.P” por destrucción de tubería que abastece agua a Cumbre y Villa luz por desprendimiento de tierra del 17 de octubre de 2011 (p. 299-301 archivo 002 del expediente).

Buena parte de estos memoriales ya fueron analizados de manera individual por esta servidora judicial, no obstante, se reitera que ellos dan cuenta de las misivas remitidas por los demandantes a las diferentes entidades del Estado y al cruce de información de esas mismas autoridades, las cuales confirman las condiciones ambientales por las que atravesaba la zona, la causación de daños en épocas anteriores a octubre y diciembre del año 2011, cuando ocurrieron los deslizamientos de la finca “La Marmolera”.

También se pueden observar los esfuerzos hechos por la parte pasiva del litigio tendiente a ejecutar acciones para la mitigación del riesgo y la generación de condiciones favorables para el beneficio de la comunidad.

55. Planos ubicación de los botaderos y zonas de depósito (p. 324-328 archivo 013 del expediente).

56. Planos de ubicación zona de depósito del KM 9+100 y derrumbe planta Luis Prieto (p. 332-336 archivo 013 del expediente).

57. Escombrera la Playita. Certificación de la Alcaldía de Manizales (p. 342 archivo 013 del expediente).

58. Comunicación del 19 de octubre de 2011- Instituto Nacional de Vías (p. 346- archivo 013 del expediente).

59. Comunicación del 7 de octubre 2011- Alcaldía de Manizales. (p. 348-350 archivo 013 del expediente).

60. Certificación Alcaldía de Manizales sobre la escombrera de Malhabar (p. 352 archivo 013 del expediente).

61. Comunicación del 28 de diciembre de 2012- Instituto Nacional de Vías. (p. 354-356 archivo 013 del expediente).

Entre los archivos 55 a 61 acabados de enumerar, el Juzgado es del criterio que se logró demostrar que INVIAS, a través de sus contratistas, cumplía con las condiciones necesarias para la disposición de los residuos que recogía del área en la que estaba haciendo las intervenciones en ejecución del contrato 663 de 2009; contaba con los sitios para disponer de ese material y con las autorizaciones para ejercer tal disposición de residuos, de manera que no hay razones ni medios de prueba que logren desvirtuar esta conclusión.

62. Resumen de actividades finca “La Marmolera” realizado por Corpocaldas (p. 23-42 archivo 006 del expediente).

En este documento se da cuenta de las acciones que se emprendieron el 20 de octubre de 2011, es decir, cuando ocurrió el primer deslizamiento y tuvieron que adoptarse medidas para que no ocurriera uno de mayor proporción. De manera que es posible considerar que las entidades adoptaron las acciones que técnicamente eran viables para evitar un siniestro de mayores proporciones.

63. Visita técnica al sector “Chupaderos la Florida” el 13 de enero de 2012, de parte de la Gobernación de Caldas en acatamiento a orden de Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes (p. 93-103 del archivo 007 del expediente).

De este medio de prueba se pueden hacer varias observaciones entre ellas que las construcciones que existían por la zona del rio Cajones o La maría se encontraban en la zona de inundación del rio, sobre anteriores depósitos del mismo, considerado como un corredor de riesgo medio a alto por inundación. Este dato es determinante para establecer la exposición de los demandantes a los posibles daños, las condiciones físicas y geológicas de la zona y las modificaciones que se deben hacer en el Plan de Ordenamiento Territorial para que esta zona quede clasificada como de alto riesgo por inundación. Esto último supone que dentro de la clasificación del PBOT del Municipio de Villamaría, no estaba clasificado como tal debido al comportamiento histórico de la zona.

64. Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. O5RO029521, primer certificado de fecha 04-11-2011 No. O5RO50888 (p. 25- 36 del archivo 012 del expediente).

65. Copia auténtica del Clausulado General de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual- Condiciones Generales expedida por Confianza S.A. (p. 37-48 del archivo 012 del expediente).

66. Carátula de póliza del seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual. (p. 117-143 del archivo 012 del expediente).

67. Condiciones generales de la póliza de seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual. (p. 145- 163 del archivo 012 del expediente).

Las anteriores pólizas de seguros es importante mencionarlas debido a que se trata de las condiciones generales para una eventual condena en la condición de llamadas en garantía de estas aseguradoras.

68. Experticia del 6 de septiembre de 2018 por el perito Jairo Correa Cardona con avalúo de los daños ocasionados a los predios de los demandantes (p. 86-138 archivo 006 del expediente).

La valoración de este medio de prueba se realizará más adelante, una vez se valore la sustentación y contradicción del dictamen pericial. No obstante, el Despacho desea hacer unas observaciones con base en las fotografías que reposan adosadas a esa experticia, pues ellas tienen que ver con la apreciación de los salones o construcciones destinadas al cultivo de champiñones, debido a que llama la atención que están solo a unos metros de distancia del cauce del rio.

Pese a que en esta etapa no se profundizará en el análisis de este medio de prueba tan importante para una eventual tasación de los daños, esta juez si desea poner en evidencia las dificultades que representa la obtención de la información y las apreciaciones que en esa época se podía hacer en el campo. Debe recordarse al respecto que los desastres datan del año 2011 y la experticia del año 2018, tiempo más que considerable y significativo para estimar que la zona probablemente ha sufrido cambios y revegetalización, así como posiblemente se hayan hecho construcciones o intervenciones que impiden realizar con exhaustividad un estudio técnico como el que se ordenó de oficio.

Extrañamente la parte actora no cumplió con la carga de la prueba en una oportunidad que hubiese permitido aclarar con mayor precisión la cuantificación de los daños y la estimación de los perjuicios. Se extraña que con la demanda no se haya aportado un dictamen pericial con los requisitos y exigencias del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso. Esta carencia probatoria puede llevar al fracaso de las pretensiones indemnizatorias por la carencia en su estimación y probanza. Pues la inactividad probatoria de la parte no es responsabilidad del Juzgado, quien incluso decretó de oficio la experticia mencionada.

Adicionalmente, se recuerda que, bajo los anteriores medios de prueba, el Despacho dispuso de manera preliminar y en la audiencia inicial, que en el proceso se puede tener por probado lo siguiente (p. 161 y siguientes del archivo 004 del expediente):

1. Los días 30 y 31 de marzo de 2011 la coordinadora del comité local de emergencias y el cuerpo de bomberos voluntarios del municipio de Villamaría (Caldas), realizaron inspecciones a la finca donde funcionaba la empresa Organicultivos & Setas S.A.S. en las que se constató que varias bodegas de cultivos se inundaron, debido al taponamiento de la obra que conduce las aguas lluvias a la quebrada Cajones.

2. El 20 de mayo de 2011 la coordinadora del Comité Local de Emergencia del Municipio de Villamaría (Caldas) realizó inspección a la finca Acuarela del Rio de propiedad del señor Octavio Jiménez Obando y se constató que el 50% de la finca fue arrasada por la creciente de la quebrada Cajones. Igualmente se constató que el predio se inundó como consecuencia del taponamiento de la obra que conduce las aguas lluvias a la quebrada.

3. El 26 de abril de 2011, el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Municipio de Villamaría, Caldas, efectuó revisión del predio La Vega Lote II de propiedad de la señora Carmenza Jaramillo de Echeverri y certificó que la propiedad, a la fecha, había desaparecido en un 45%.

   En el mismo sentido certificó el Cuerpo Oficial de Bomberos del Municipio de Villamaría (Caldas) el 24 de mayo de 2011.

4. El 14 de junio de 2011 Corpocaldas realizó visita de campo en la que constató que, a partir de las avalanchas de los meses de noviembre de 2010 y mayo de 2011, se han visto afectadas por proceso de socavación lateral en ambas márgenes de la quebrada La María, donde además el cauce cambió su curso, migrando hacia la margen izquierda y comprometiendo considerablemente el

predio Luis Prieto, predio la Vega II y el predio donde se ubica el Restaurante Tierra Viva, arrasando parte de las construcciones de la Vega II y dejando las otras construcciones muy cerca del borde de la terraza aluvial.

5. Desde el 17 de octubre de 2011 hubo dos deslizamientos de tierra que afectaron la planta Luis Prieto I y II y destruyeron el tanque de distribución n° 2, hecho aceptado por Aguas de Manizales y por el Municipio de Manizales y además documentado en el acta 16 del Comité de Emergencias de Aguas de Manizales del 19 de octubre de 2011.

6. El 19 de octubre de 2011 ocurrió un deslizamiento en la finca denominada “La Marmolera” con una magnitud de aproximadamente 190000 m3 de tierra movilizada, de los cuales en su mayoría arremetieron contra el tanque de distribución n° 2 y las conducciones que van de la Planta Luis Prieto a la Planta Niza.

7. El 21 de noviembre de 2011 el Cuerpo Oficial de Bomberos del Municipio de Villamaría, Caldas, efectuó revisión de la finca Acuarela del Rio de propiedad del señor Octavio Jiménez Obando y certificó que la propiedad, a la fecha, había desaparecido ya en un 80%, por el cual notificaron la evacuación inmediata.

8. El 21 de noviembre de 2011, el Cuerpo Oficial de Voluntarios del Municipio de Villamaría, Caldas, efectuó revisión del predio la Vega Lote II de propiedad de la señora Carmenza Jaramillo de Echeverri y certificó que la propiedad, a la fecha, había desaparecido en un 90% por el cual notificaron la evacuación inmediata.

9. El 6 de diciembre de 2011 se presentó otro deslizamiento de tierra en el sector “La Marmolera”.

10. El Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes de Manizales resolvió, el 29 de julio de 2011, acción de tutela (confirmada por el Tribunal Superior de Manizales el 9 de septiembre de 2011), presentada por Carmenza Jaramillo de Echeverri, Leonidas Robledo Palacio y Octavio Jiménez Obando en contra de la Alcaldía de Villamaría, y en la decisión de segunda instancia se desvinculó al INVIAS, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P. y la OMPAD, en consecuencia se dispuso para la protección de los derechos fundamentales al trabajo, vida digna, integridad personal y dignidad, que la Alcaldía de Villamaría determinara cuáles eran las obras que debían ejecutarse para superar el riesgo que amenazaba tales derechos de los demandantes.

11. Entre el Consorcio vías del Centro y la Cooperativa de trabajo asociado Kennedy Ltda se suscribió contrato y su respectivo otro sí, cuyo objeto fue ejecutar en

forma autogestionaria el mantenimiento rutinario para la carretera Estación Uribe-Puente de la Libertad, Ruta 50005 y para la carretera puente La libertad-Fresno, ruta 5006 (…). Objeto que debió cumplirse por lo menos hasta el 7 de febrero de 2012.

12. Entre INVIAS y el Consorcio Vías del Centro se celebró contrato 0663 del 2009 cuyo objeto fue la realización de estudios y diseños, gestión social, predial ambiental y construcción del proyecto “Honda-Manizales”.

13. Entre INVIAS y el Consorcio ETSA-PEBSA se celebró contrato 0663 de 2009 cuyo objeto fue la realización de estudios y diseños, gestión social, predial ambiental y construcción del proyecto “Honda-Manizales”.

14. Entre INVIAS y la Unión Temporal 5 se celebró contrato 1731 de 2004 para el mejoramiento y mantenimiento integral de la ruta Ibagué-Mariquita y Manizales-Fresno-Honda del corredor vial del centro, incluido el mantenimiento rutinario.

15. Entre INVIAS y el consorcio BIL-JARP se celebró contrato 1931 de 2004 para la interventoría para el mejoramiento y mantenimiento integral de la ruta Ibagué-Mariquita y Manizales-Fresno-Honda del corredor vial del centro.

16. El 15 de junio de 2012, Corpocaldas respondió derecho de petición formulado por la comunidad del sector de Gallinazo relacionado con los hechos que dan origen al presente medio de control, dirigido al señor Octavio Jiménez Obando.

17. El 26 de septiembre de 2011 el Director General de Corpocaldas remitió recomendaciones al Director Regional de INVIAS para el Plan de Contingencias que debía adoptarse con motivo de la ola invernal que se avecinaba en aquel año.

18. El 24 de abril de 2012, Corpocaldas actualizó y complementó las recomendaciones respecto de la problemática del sector.

19. El Comité Local para la Prevención, Atención y Recuperación de Desastres COLPADE se reunió el 28 de febrero, el 3 de marzo, el 28 de marzo, el 16 de abril, el 20 de abril de 2011. En especial se observa que en la declaratoria de alerta roja del día 3 de marzo de 2011 se advirtió sobre el inminente riesgo que había en el sistema principal del acueducto de Manizales por el incremento inusitado de las lluvias en la ciudad.

No sobra advertir que sobre los hechos que se recogieron en la audiencia inicial no puede existir controversia alguna en la medida que corresponde a circunstancias

fácticas que fueron aceptadas por las partes en esa oportunidad procesal. Sin embargo, ello no es óbice para que en el marco de la presente providencia y de la práctica de las pruebas, se adhieran otros elementos que necesariamente deben ilustrar la decisión.

5.4.2. La prueba testimonial

A continuación, se aborda el estudio y valoración de los testimonios recaudados en el proceso. Se aclara que, con el fin de no hacer más extensa y farragosa la presente decisión, se adoptó una metodología de análisis y valoración que recoja puntualmente los principales puntos que son objeto de debate. Como se podrá apreciar, en el proceso se practicó una abundante cantidad de testimonios que refieren detalles técnicos significativos para la adopción de la decisión que se abordará en el proceso.

En este contexto, desde ya se aclara que no se trata de la transcripción literal de cada una de las intervenciones, pues ello supondría una mayor extensión de la presente providencia (que por demás se estima innecesaria). De manera que lo que se procuró hacer con esta metodología, es honrar la necesaria valoración y análisis del volumen de medios de prueba, haciendo énfasis en los temas principales que se abordaron en la declaración.

También se aclara la posibilidad que no se haya respetado el orden de cada uno de los testimonios, ello debido a que, en el proceso de digitalización y organización del expediente físico al expediente digital, se pudo haber alterado el orden de las videograbaciones, no obstante, a juicio de esta servidora judicial, ello no altera las resultas del proceso.

5.4.2.1. Así las cosas, en la audiencia de pruebas comenzó el señor **Jhon Jairo Chisco Leguizamón** (minutos 04:56 en adelante del archivo 026 del expediente), quien se identificó como Subdirector de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas. En su relato resaltó que, para la época, desde su cargo, llegó una información sobre un evento que había ocurrido en “La Marmolera” y se desplazó hacia el lugar de los hechos y verificó de primera mano la magnitud del evento y las consecuencias del mismo. Desde la zona en la que verificó los hechos (Parte alta de “La Marmolera”) evidenció los daños sobre la infraestructura de Aguas de Manizales S.A. E.S.P. motivo por el cual, en conjunto con el Municipio de Manizales, coordinaron una serie de actividades encaminadas a evitar el avance del escarpe, dado que las condiciones de la ladera amenazaba con desprenderse en mayor proporción y a partir de allí se programaron actividades para desacelerar la ocurrencia de un evento mayor, siempre pensando en la infraestructura de la planta de tratamiento Luis Prieto.

En cuanto a las obras que se venían desarrollando entre la vía de Manizales y Letras dijo que se trataba de una rehabilitación, ampliación de curvas e intervención de los taludes superiores y mejoramiento de la capacidad hidráulica de las estructuras de evacuación de aguas que cruzaban la vía para evitar que frente a crecientes que se pudieran presentar en esos cauces se viera afectada la operatividad de la vía. Estas observaciones se efectuaron en su condición de transeúnte e ingeniero con formación en ese tipo de obras.

Cuando el Despacho le preguntó sobre la incidencia de estas obras sobre el deslizamiento de la finca “La Marmolera”, el testigo respondió que de acuerdo con los reportes de funcionarios que fueron desplazados aguas debajo de la planta y el sector de la planta para atender asuntos de asesoría, para esa época, se estaban generando unos eventos de tipo torrencial en el Rio Chinchiná, asociados por la actividad denudativa (procesos de inestabilidad, de remoción en masa y procesos erosivos) recientes y antiguas en las laderas superiores a la vía nacional y a las microcuencas. Para ese entonces se remarcaron unas afectaciones puntuales en esta infraestructura, toda vez que la misma estaba dentro del área de este tipo de eventos al estar construidas sobre terrazas aluviales recientes del Río Chinchiná lo cual hace que sean muy vulnerables a este tipo de eventos que provenían de la actividad denudativa que se estaba dando en la parte alta del Río Chinchiná.

El testigo, al ser preguntado si esa actividad denudativa tenía como causa las obras que se estaban haciendo en la carretera, negó que los trabajos asociados a la rehabilitación de este tramo vial fueran de incidencia mayor, pues en este tipo de situaciones convergen muchos factores tanto de orden natural como de orden antrópico que inducen a este tipo de consecuencias (Tipo de suelos, cambios de permeabilidad, pendientes, longitud de las laderas, usos del suelo, ampliación de fronteras de cultivos o zonas ganaderas y la deforestación, apertura de caminos). La suma de factores posibilitaba la presentación de este tipo de eventos.

Según dijo, el evento de “La Marmolera”, es el más grande en magnitud que él haya podido presenciar desde su cargo como subdirector de infraestructura ambiental. En cuanto a ese predio se puede decir que se trata de una ladera que en sus primeros 80, 100 metros contra el rio Chinchiná, está controlado por este cuerpo de agua; a partir del rio se tiene un escarpe de altísima pendiente, después de eso viene una zona relativamente plana que es en la que se encuentran las edificaciones, la estructura como tal de la casa, y hacia la parte alta se encuentra una longitud importante con una pendiente bastante fuerte. Esa ladera tiene dos usos del suelo principales, el tramo inferior contra el rio Chinchiná es una cobertura vegetal arbórea que da cuenta del tipo de cobertura de la ausencia de procesos erosivos en ese sector que puedan incidir en toda la ladera, en la parte intermedia

(topografía más suave) y en los dos tercios de mayor pendiente, en ese entonces, eran pastos para ganadería, y hacia la parte superior era un bosque de galería antiguo.

El proceso de inestabilidad lo calificó como un proceso SÚBITO, que no contaba con antecedentes o evidencias de proceso de inestabilidad, no se tuvieron reportes de inestabilidad en esa zona que hubiera advertido a Corpocaldas sobre una potencial ocurrencia de un proceso de movimiento de tierra. El deslizamiento corta en la parte superior de esos dos tercios, en el tramo de mayor pendiente. El testigo explicó de manera detallada y técnica la ocurrencia del evento.

Llama la atención que el profesional fue muy enfático en afirmar que por las características de la vegetación de la zona se puede concluir que por allí hay suelos duros, de hecho, en imágenes posteriores al evento, se evidencia que en la base de ese talud hay formación rocosa, que son altamente resistentes a proceso erosivos. Categóricamente expresó que, con anterioridad al 19 o 20 de octubre de 2011, no se percibían procesos erosivos asociados a la dinámica natural del rio Chinchiná, que incidiera o tuvieran efectos posteriores en la inestabilidad generada posterior al evento de “La Marmolera”. Al momento de visitar el sitio del deslizamiento permite inferir que el mismo se produjo en la parte media de la ladera en una zona donde el cauce tiene una menor pendiente y esa fue la base del proceso rotacional que se dio en ese predio.

También es importante advertir que el testigo refirió que el deslizamiento produjo un represamiento de agua, pero señaló que no se midió la cantidad de agua que pudo represarse porque todas las acciones de las entidades competentes se centraron en el escarpe que por las características mostraba unos escarpes secundarios que denotaban que la inestabilidad se encontraba activa ladera arriba. Todo para implementar estrategias para impedir que ocurriera un evento de mayores proporciones.

Por otro lado, el deponente aceptó que con anterioridad al trágico evento de “La Marmolera”, se presentaron una serie de quejas o llamados de atención en torno a otros eventos torrenciales que estaban ocurriendo en la zona. Adicionalmente señaló que esas situaciones estaban asociadas a eventos de crecientes que se venían presentando producto de la actividad denudativa que se generaba en la parte alta de la cuenca del Rio Chinchiná. Este reporte fue remitido al alcalde de la época y al propietario del predio porque sus conceptos, si bien no tienen carácter de ser imperativos desde la óptica del cumplimiento, lo que allí se recomienda sí es para el conocimiento de las entidades municipales y particulares que deben ser garantes de la gestión del riesgo en Colombia.

Las recomendaciones estaban orientadas a consignar unas observaciones que se efectuaron en una visita de campo, donde se detectaron unos procesos erosivos. Las recomendaciones que se dieron estaban orientadas básicamente a prevenir, mitigar, que esos procesos evolucionaran, generando mayores afectaciones. Prevenir situaciones de riesgo asociados a crecientes eventos torrenciales que se presentaran en ambos márgenes.

El entonces señor juez hizo una pregunta orientada a establecer si las entidades públicas han podido desplegar alguna acción para evitar el deslizamiento de “La Marmolera”. Sobre el asunto el testigo dijo que las cuencas hidrográficas tienen un proceso natural que permanece en el tiempo y que es lo que forma o modela el relieve, es decir, la erosión, porque a través de este fenómeno se forma el relieve, las formas del territorio, entre ellos, los valles, cañones, lo que se corta o erosiona en un sector va a una parte baja para formar una planicie donde se depositan los sedimentos de las partes altas de la montaña.

Lo anterior es un proceso continuo, el meollo del asunto empieza cuando las actividades humanas inducen la ocurrencia de procesos en esos sectores, también la naturaleza contribuye en la modelación del relieve. Todo para concluir que mientras existe la ley de la gravedad, siempre habrá erosión en las laderas que con la intervención del hombre se puede incrementar y para esa época había una actividad denudativa muy importante en donde frecuentemente se generaban pulsos de materiales que eran aportados al cauce con las consecuencias mencionadas.

Antes del evento de “La Marmolera” se venían adelantando obras, acompañadas con la asesoría de Corpocaldas, con miras a proteger esas zonas de ladera de alta susceptibilidad a la ocurrencia de estos eventos por las condiciones de pendiente que condicionaron ese tipo de afectaciones. Pero, además dijo que “La Marmolera” nunca había mostrado esos eventos de susceptibilidad que generara un manto de advertencia para que las autoridades competentes adoptaran alguna decisión en esa zona. No hubo advertencias, de modo que lo que allí se venía dando era producto de esos procesos que estaban en la parte alta y que tenían incidencia directa en la inestabilidad de esas laderas.

Una vez hizo el uso de la palabra el apoderado de Corpocaldas, preguntó sobre el elemento detonante del evento de octubre de 2011. El testigo refirió que el elemento más importante es el factor agua, es el de mayor incidencia en este tipo de procesos, en menor proporción los sismos, pero el agua sumada a las altas pendientes y los usos del suelo e intervenciones antrópicas, condicionan que se presenten deslizamientos. Haciendo claridad que cuando se habla de agua se refiere a la

lluvia, que, dicho sea de paso, por esa época se incrementaron de manera considerable.

Según dijo para el año 2010, 2011, en todo el territorio colombiano se comenzaron a presentar una serie de anomalías climáticas a escala global, en ese entonces debido a un enfriamiento de las aguas del Océano Pacífico lo cual generó zonas de baja presión y un enfriamiento de la atmósfera que favoreció una concentración, una inusitada cantidad de nubosidad que hizo una descarga importante de agua en las zonas continentales. Para el año 2011 la red de monitoreo hidrometeorológica en el Municipio de Manizales reportó, en la Zona de La Enea, un descenso para la época de los hechos, eso indica intensidades relativamente bajas, lo cual fue un incremento lento y paulatino de la saturación del terreno que en últimas dio lugar al problema de “La Marmolera”. Pero ocurrió, lo que denota una acumulación considerable.

Refirió además el testigo que, en el Municipio de Manizales, como consecuencia del Fenómeno de La Niña, hubo más de 300 puntos que se vieron afectados por deslizamientos, lo que habla de la magnitud del fenómeno atmosférico. Sin mencionar las inundaciones que se presentaron en el territorio nacional en esta misma época.

Más adelante el testigo refirió que las recomendaciones que se hicieron en algunos memoriales y que fueron notificados a los demandantes y a los alcaldes locales, tenían un contexto y era el de la época en la que se hicieron las visitas y las observaciones, es decir, para el mes de junio de 2011, eran unas recomendaciones puntuales producto de esa observación simple de campo sobre los efectos que se estaban generando sobre esas márgenes para ese momento, porque ya habían ocurrido unos eventos menores en la parte alta, pero, no se preveía ni se tenía el conocimiento de la ocurrencia de un evento de la magnitud que ocurrió. Por esos las obras estaban enfocadas a mitigar los eventos que se venían generando a lo largo de ese tramo del cauce del Rio Chinchiná, evitar que las condiciones de los predios se agravaran pues son obras de tipo preventivo y temporal.

Por otro lado, manifestó que de las observaciones que efectuó en el campo se puede concluir que hubo una exposición al riesgo y a eventos torrenciales, principalmente, toda vez que se encontró infraestructura que estaba localizada sobre el área de influencia, prácticamente sobre el cauce del Rio Chinchiná, como, por ejemplo, lo conocido como “La Champiñonera”.

Para el Despacho, llama poderosamente la atención esta situación de riesgo a la que se expusieron los demandantes, pues si se encontraban asentados en las terrazas aluviales bajas (Zonas planas que están a los lados del cauce principal de

un río), dentro del área de influencia del Río Chinchiná, expuestas a un evento torrencial de la naturaleza ocurridos para esa fecha y eventos posteriores. Las explicaciones del profesional fueron muy claras en cuanto a la ubicación de “La Champiñonera” y la zona donde se asentó.

Del mismo modo, este testimonio es muy importante para la comprensión de lo que ocurrió en la zona objeto del presente medio de control. La claridad expositiva del testigo y la asertividad de sus respuestas, se consideran de alto valor probatorio para la comprensión de lo sucedido en la zona, por tal razón se le concede pleno valor probatorio y se resalta como conclusión que el deponente fue claro en advertir que el fenómeno que generó la emergencia fue producto de unos sucesos asociados a la naturaleza y a las condiciones físicas de alta pendiente de toda esa área. Se vislumbra el énfasis del testimonio en mostrar y explicar que se trató de un acontecimiento imprevisible e irresistible pues la ladera que se derrumbó no mostró evidencia alguna que permitiera adoptar acciones tendientes a evitar el evento. Por supuesto, también recabó en mencionar que la entidad ambiental de la que hace parte respondió de manera oportuna a las solicitudes que le hicieran.

Frente a la disposición de residuos o sobrantes de las obras que se adelantaban en la carretera advirtió que, para le época, estaba prohibido la disposición de materiales en las mismas zonas bajas de la ladera, pues ya existían ciertos sitios donde se podía efectuar el descargue de ese material. También señaló que no recordaba proceso sancionatorio frente al INVIAS o sus contratistas por inadecuada destinación de esos residuos sólidos.

Frente a este elemento probatorio debe decirse que el mismo coincide con la prueba documental que reposa en el expediente en cuanto a la ubicación de sitios destinados para depositar esos materiales, lo cual genera desde ya una credibilidad considerable.

En el testimonio no se encontraron razones que nos permita inferir que el testigo faltó a la verdad u omitió concepto técnico alguno para evadir la responsabilidad de la entidad nacional. Incluso se emplearon fotografías para ilustrar la declaración y para mostrar las consecuencias del deslizamiento y las medidas que se adoptaron para mitigar o restarles fuerza a posibles eventos de mayor magnitud. Relato que concluyó señalando que, desde el punto de vista de la bioingeniería no hay solución para este tipo de problemáticas.

5.4.2.2. Más adelante en la audiencia se hizo presente el señor **Jhony Albeiro Arias** (minutos 36:25 en adelante del archivo 027 y 028 del expediente) quien se presentó como funcionario de Corpocaldas, adscrito al grupo de biodiversidad. Dijo

conocer la zona que es objeto de este medio de control debido a que es un área de especial interés ambiental para la entidad.

Sobre el conocimiento que tenía sobre explotación minera dijo que “Toldafría” se ubica en la vereda Montaño. Para identificar exactamente la zona se emplearon algunos recursos técnicos que sirvieron para determinar la ubicación geográfica. En conclusión, se mostró que la zona minera está muy distante de la zona en donde se producen los hechos. En este orden de ideas, se demostró que dicha actividad no tuvo incidencia en la producción de los daños alegados por la parte actora.

Según la versión testimonial, el aporte de la mina a la quebrada era relativamente poco en el año 2011 y se advirtió que la misma contaba con una licencia y plan de manejo de la Corporación sobre el tipo de aportes que se podían hacer. En cuanto a la confluencia de la quebrada “Toldafría” y el Rio Chinchiná se dijo que la misma se ubica en la zona de termales, es decir, tres kilómetros más debajo del área donde ocurrió el evento. Zona en la que no se encontraban áreas de minería por ser una zona de interés ambiental sobre la que no se pueden efectuar este tipo de actividades.

De este testimonio el Despacho concluye que el evento por el que se reclaman los perjuicios no tuvo influencia de actividad minera de la zona, debido a la distancia donde se comprobó la existencia de minas para la época.

5.4.2.3. También se hizo presente en la audiencia el señor **José Dionisio Castellanos** minutos 00:12:20 en adelante del archivo 028 del expediente) quien se identificó como ingeniero civil y se presentó a la audiencia como testigo por solicitud de la parte actora. En la declaración se refirió a las condiciones técnicas de la época en la que sucedió el deslizamiento que afectó el Municipio de Manizales; según dijo, en esa época se estaban haciendo obras entre Manizales y Mariquita y se enteró por medios de comunicación de los problemas de la ladera y evidenció que los cauces tenían problemas de sedimentación por materiales que estaban cayendo sobre la quebrada derivada de las obras que ejecutaba INVIAS.

En su relato también hizo referencia al documento técnico emanado de Corpocaldas que evidenció ciertas condiciones en las que se encontraba la zona y al que hizo referencia el ingeniero Chisco Leguizamón. De paso lo calificó como bien hecho y refleja adecuadamente lo que estaba sucediendo en la zona, situación que denunció a través de los medios de comunicación y los hechos le dieron la razón cuando sucedieron los fenómenos de deslizamientos.

Lo que argumentó fue que la administración municipal hizo caso omiso a sus observaciones y a sus frecuentes declaraciones y a las distintas y reiteradas

intervenciones en los medios de comunicación, debido a ese despliegue de información en los medios fue que tomó la decisión de no pronunciarse directamente ante las autoridades competentes. Finalmente, lo que ocurrió fue producto de la sedimentación del cauce y por las omisiones de las entidades competentes para adoptar decisiones adecuadas para evitar la tragedia que explicó técnicamente desde su perspectiva como la socavación de la ladera que finalmente se deslizó. Era necesario corregir el cauce y evitar la socavación de la ladera y tratar de proteger la planta de otro fenómeno como el que ocurrió en la década de los ochenta. Circunstancia que ratificó en una pregunta que hiciera el apoderado de la parte actora.

De acuerdo a lo concluido luego de escuchar esta versión testimonial se puede decir que el testigo le atribuye los daños a las obras que se efectuaron aguas arriba por parte de INVIAS por la sedimentación, socavación y deslave de las laderas, pero dijo que no tenía conocimiento puntual de algunos sitios más cercanos a las obras realizadas por la entidad de vías. Lo que aseguró es que era probable que ello hubiera ocurrido, pero no lo pudo asegurar, tan solo se circunscribió a lo relacionado con los sedimentos que se encontraban en el cauce, apoyado una y otra vez con lo reseñado por la geóloga de Corpocaldas en el informe al que ya se ha hecho alusión y que reposa en el expediente. También se puede concluir que de haberse tomado las medidas necesarias y la ejecución de obras se hubiera podido evitar la afectación, pero que deberían efectuarse otros estudios técnicos para llegar a la conclusión de las necesidades puntuales.

En conclusión, dijo que la génesis del problema que se evidenció se debe a la modificación del cauce que generó socavación de la ladera, porque la naturaleza demanda un flujo natural de los cauces, de lo contrario se padecen las consecuencias. Por eso se resalta que se debieron ejecutar las sugerencias que planteó la profesional que hizo el informe de Corpocaldas.

A esta altura puede decirse que en el proceso no pudo demostrarse sin lugar a equívocos que se haya hecho una inadecuada disposición de los residuos que surgieron de las tareas ejecutadas por el INVIAS. El testigo no fue consistente en la presentación de sus argumentos para demostrar este punto, pues ni siquiera constató en el campo la disposición de tales residuos. De hecho, los medios de prueba documentales y la versión testimonial que ya se ha analizado muestran un escenario completamente distinto al planteado por este profesional.

No le constan los sitios exactos en los que se hicieron las intervenciones por parte del INVIAS ni nada de lo relacionado con la ejecución del contrato y la intervención de las curvas de la carretera Manizales-Fresno. Y dejó dudas sobre si las razones de los deslaves y sedimentos provenían de las obras o de fenómenos naturales que

ocurrieron sobre esa misma zona. De manera que para el Despacho existen dudas en torno a lo expuesto por el testigo, debido que sembró incertidumbre sobre si la sedimentación de la cuenca provenía de las obras que se ejecutaron.

5.4.2.4. Posteriormente, se hizo presente la señora **Martha Cecilia Lasso Orozco** (minutos 01:51:05 en adelante del archivo 028 del expediente) quien no aportó elementos nuevos o relevantes para tener en cuenta dentro del proceso, más allá de los presuntos daños que padecieron los demandantes.

5.4.2.5. A su turno compareció en la audiencia la señora **Sandra Montoya Barreto** (minutos 00:09:38 en adelante de la videograbación que reposa en el archivo 030 del expediente). Sobre su versión testimonial se advirtió que conoce la zona en la que ocurrieron los eventos desde 1992-1993 aproximadamente, en razón a que entró a trabajar en la Sociedad Agrícola La Vega que tenía una finca en Gallinazo de propiedad de Carmenza Jaramillo y sus hijos. A continuación, describió unas salas de 20 metros en las que se cultivaban champiñones, salas de material en las que no se dieron eventos de deslizamiento o inundación hasta la época en la que trabajó en la zona (1996). De lo que se dio cuenta fue por razones de los medios de comunicación.

La testigo refirió que, pese al cambio de empleo, siguió frecuentando la zona por asuntos de experimentación con hongos comestibles y medicinales, por tal motivo le constan las condiciones de la zona antes de los hechos y encontró que seguían en pie las salas de cultivo hechas en concreto, las cuales no se vieron afectadas hasta ese momento. Los espacios mantenían limpios y se les realizaba mantenimiento periódico. En la versión testimonial hizo una descripción de la zona, de lo que observó del rio y su comportamiento y unas descripciones generales de lo que observó de la zona para el momento.

Según dijo, para el momento de la presentación del testimonio ya no existen las salas de cultivo. Además de señalar que ignoraba si la empresa siguió con la explotación económica de los predios luego de 1996, salvo asuntos de carácter experimental.

Infiere el Despacho que la testigo fue llamada a declarar para la demostración de la existencia de unas salas de cultivo de champiñones que desaparecieran con el deslizamiento del año 2011. Sobre el asunto se concluye que la explotación económica se extendió hasta el año 1996, según lo que manifestó la declarante. De manera que quedan serias dudas en cuanto a que para el año 2011 y años anteriores se estuviera realizando una explotación económica de lo que a lo largo del proceso se ha denominado “La Champiñonera”.

A este testimonio se le concede valor probatorio debido a la ilustración que le concedió al Despacho en cuanto a la explotación económica de una parte del bien. No se identificó intención alguna de faltar a la verdad o callarla total o parcialmente.

5.4.2.6. Luego compareció la señora **Ana Lucía Muñoz Jiménez** (minutos 00:59:11 en adelante de la videograbación que reposa en el archivo 030 del expediente) quien se identificó como auxiliar de enfermería del Puesto de Salud de la Vereda Gallinazo desde hace 27 años (para el momento de la presentación de la declaración). En un primer momento explicó la ubicación de los predios de los demandantes y la afectación sucesiva que fue ocasionando el paso de las avalanchas y fenómenos naturales, puntualizando las edificaciones que se encontraban en esos predios antes de los meses de octubre y diciembre de 2011.

En su relato, entre otros argumentos, manifestó que la quebrada empezó a cambiar su cauce y a subir el nivel del agua, entre el año 2010 y 2011, debido a la cantidad de lluvias que se precipitó en la época, lo cual también originó cambios en la extensión de las propiedades de los demandantes, pues los mismos se fueron achicando con el paso del tiempo.

Para el Juzgado no hay razones para desestimar el presente testimonio debido a que se trató de la versión de una habitante habitual de la zona, quien dio cuenta de lo que le constaba en torno a los hechos relacionados con la reducción de la extensión de los predios de la parte actora, la explotación económica y las avalanchas que afectaron la zona.

En conclusión, se puede decir que la testigo ratifica muchas de las afirmaciones que se hicieron por parte de los demás testigos, de manera que se le otorga valor probatorio. Eso sí, en conjunto con los demás medios de prueba.

5.4.2.7. También se recepcionó el testimonio de **Oscar Yony Calderón Blandón** (minutos 00:08:25 en adelante de la videograbación que reposa en el archivo 031 del expediente) quien se identificó como ingeniero independiente y ex trabajador del INVIAS. El testigo fue requerido para que informara lo que le constara sobre las obras que se realizaron entre el año 2009 y 2011 en la vía que de Manizales conduce a Fresno. El testigo respondió que el contrato consistía en mantenimiento vial (limpiar la vía, las cunetas, los puentes y alcantarillas) el cual se realizaba las 24 horas del día, 7 días de la semana, para lo cual se disponía de personal, maquinaria y transporte de los residuos que se recogían en razón de los derrumbes que se levantaran de la vía.

También se refirió a material sobrante, sobre lo cual indicó que se trataba del material que se recogía en razón de los deslizamientos (lodo, piedra, ceniza

volcánica) los cuales eran recogidos y conducidos a dos áreas que se tenían destinadas para tal fin. Cuando bajaban algunas crecientes y transportaban palos y piedras, las alcantarillas y box culvert (cajones para permitir el paso del agua por debajo de la vía) se tapaban, motivo por el cual había que acudir de manera inmediata para destaparlos para que se normalizara el paso del agua por estos sitios.

El testigo mostró conocer detalladamente el proceso de destinación del material que se recolectaba por el mantenimiento de la vía Manizales-Fresno. No hay mérito para restarle valor probatorio pues no se encontraron razones para advertir que se quiso faltar a la verdad. Se concluye que en el proceso se demostró que a la vía se le efectuó un mantenimiento periódico y que se hizo la destinación adecuada del material sobrante que se recolectó en razón del mantenimiento que se le efectuó a la carretera.

Eso sí, no se pronunció sobre lo que ocurrió en la vereda Gallinazo pues dijo no haber visitado la zona, solamente la observó a lo lejos. El énfasis de su declaración fue ahondar en las actividades de mantenimiento y recolección del material en razón de los deslizamientos que podían acontecer en la zona; a tal punto que se aceptó que mucho del material podía caer en los potreros aledaños y por aguas de escorrentía llegar a los cauces de los ríos, porque en muchas ocasiones se trataba de eventos de grande magnitud que no se podían controlar totalmente. También quedó clara su negación sobre los requerimientos hechos por Corpocaldas a los contratantes relacionados con la forma en la que se llevaba a cabo la labor de mantenimiento, ello por no constarle.

Este testigo ilustró de manera considerable al Juzgado en relación a las causas de los deslizamientos que se presentaban en la zona y que eran objeto de rehabilitación de la vía. La explicación que dio estaba orientado a los fenómenos antrópicos que se combinan con grandes cantidades de agua en la parte alta de la vía y se convierten en un fenómeno incontenible. También fue clara la explicación en torno al transporte, compactación y destinación del material que resultaba del mantenimiento de la carretera. Ratificando así que no hay evidencia que señale la inadecuada disposición de residuos.

También se refirió a que era el encargado de realizar los trabajos de perfilamiento y ampliación de las curvas más pronunciadas que se encuentran en esa carretera. Al material que se extraía de este trabajo se le hacía la destinación en volquetas para llevarlas hasta la zona destinada para su disposición. Se resalta que el testigo negó, de manera rotunda y categórica, que se permitiera que el material se arrojara sobre la vía, al contrario, dijo que el mismo se debía recoger de manera inmediata, a la

par de los trabajos que se realizaban en los taludes pues se trataba de recursos naturales cuya vigilancia debía ser profesional y cuidadosa.

Además de lo ya dicho, el testigo coincidió con otros testigos en el sentido de asegurar que no se tiene conocimiento acerca de alguna decisión adoptada por la autoridad competente que determinara sancionar a los contratistas o a INVIAS por la disposición inadecuada de residuos; habló incluso que nunca se le hizo un llamado de atención. Adicionalmente se pronunció sobre las intensas lluvias y la frecuencia con la que debían acudir a la zona para atender el mantenimiento.

Cuando fue preguntado por los trabajos de explanación para la ampliación de la vía y su relación con la colmatación de los cauces, aclaró que eso nada tenía que ver con los problemas de las crecientes de las quebradas porque “eso era aguas arriba que se presentaban esos fenómenos”. Según dijo, lo que hacían era “*muy aparte*” y no tenía una relación lo uno con lo otro.

También aclaró que cuando era imposible recolectar todo el material de los derrumbes por las zonas bajas en las que quedaba, se acordaba con los dueños de los predios para dispersarlo y se realizaban trinchos (elementos de contención en guadua para formar una barrera y compactar los sitios) para que el material se confinara en esos sitios y posteriormente se “revegetaliza”, era una medida que se enmarcaba dentro de lo que podían hacer, lo cual contaba, además, con la autorización de la interventoría. Es decir, se adoptaban acciones dentro de la medida de las posibilidades para evitar otro tipo de consecuencias sobre los predios.

Sumado a lo anterior, sostuvo que es realmente muy difícil que el material llegue hasta las quebradas, el que alcanzaba a llegar era material mínimo, según su versión. Al declarante también se le preguntó puntualmente sobre el evento ocurrido el 11 de abril de 2011, frente a lo cual se mostró muy seguro y refirió lo que había vivido y lo que había verificado en la zona en su labor de mantenimiento y monitoreo de una de las quebradas que nunca había presentado un comportamiento y una creciente como el que presentó ese día. Saltó a la vista la seguridad y el nivel de detalle con el que se pronunció el declarante.

Dicho sea de paso, el señor Calderón manifestó que los derrumbes que el presenció sobre la vía fueron realmente muy pocos; lo que más se presentaba eran temas asociados a las crecientes de las quebradas. Eso sí, en algunos sectores de la vía Manizales-Fresno hubo pérdida de banca debido a una creciente de la quebrada La Siberia, entre otras referidas en la audiencia.

Para el Despacho este testimonio es muy ilustrativo para efectos de constatar las labores que ejecutó INVIAS a través de su contratista, el Consorcio Vías del Centro,

el mantenimiento periódico de la carretera y la disposición final de los residuos y material, así como de la ejecución de las actividades de perfilamiento y ampliación de algunas curvas de esa misma arteria vial. En este sentido se le concede alto valor probatorio, en la medida que se trató del testimonio de un profesional quien estuvo al frente de estas actividades y quien tuvo la información de primera mano acerca de la ejecución de unas actividades a las que varias veces se ha señalado como la fuente que generó el daño, y más específicamente, como la actividad que produjo la sedimentación y la variación del cauce del Rio Chinchiná.

Se subraya que este testimonio compagina, en líneas generales, con el que presentara el señor Jhon Jairo Chisco Leguizamón, en lo correspondiente al tema central objeto de la prueba testimonial (Disposición de residuos y carencia de medidas administrativas y sancionatorias por la inadecuada disposición de los residuos).

5.4.2.8. Juan Alberto Zuluaga Muñoz (minutos 01:53:15 en adelante del archivo 31 del expediente y minuto 00:00:00 de la videograbación del archivo 32 del expediente) quien se desempeñaba para la época como jefe vías urbanas del Municipio de Manizales, Caldas. En un primer momento el testigo hizo un relato detallado de las obras que se adelantaron por vía que de Manizales conduce a Fresno, haciendo énfasis en las necesidades que se fueron presentando por las temporadas de invierno, como por ejemplo la rehabilitación del puente de la Playita; afectaciones que se dieron como consecuencia de la cantidad y velocidad del agua que provenía de las inmediaciones de la Planta Luis Prieto.

El testigo, al ser preguntado por el Despacho sobre la incidencia de las actividades que se hacían en la carretera y que pudo tener incidencia en lo que ocurrió en la planta Luis Prieto, afirmó que no tenía nada que ver. Según dijo, ninguno de los trabajos u obras han podido afectar directamente a la planta Luis Prieto ni a esa quebrada. A su torno también refirió lo relacionado con los residuos que se recogían con el mantenimiento de la vía. De su intervención se denota la coincidencia con la versión testimonial que, sobre el asunto, se ha hecho a lo largo del proceso, respecto de los sitios donde se depositan, los acuerdos que se hacen sobre el sitio donde se van a depositar los residuos y la autorización de la entidad ambiental.

Adicionalmente, negó que se le hubiera hecho un requerimiento por parte de Corpocaldas o INVÍAS en cuanto al manejo de las obras o los materiales resultante de las mismas; no fueron sancionados por alguna circunstancia para la época en la que trabajó para el Consorcio Vías del Centro.

El declarante también explicó detalladamente el funcionamiento de las cooperativas que se encargan de hacer el monitoreo a la vía. Se resalta que la exposición fue

muy detallada, lo cual demuestra que quien rinde el testimonio tiene un alto conocimiento del funcionamiento de lo relacionado con el mantenimiento de la carretera y el monitoreo de la misma. También hizo referencia al lamentablemente incidente “del bus de Bolivariano” que se lo atribuyó a un evento inesperado de la quebrada La Mula, la cual incluso, en días normales se comportaba como una lámina de agua muy pequeña que incluso podía ser canalizada con obras de infraestructura.

Es importante resaltar que el declarante se refirió a la intensidad de los fenómenos atmosféricos que se presentaron entre los años 2010 y 2011, los cuales, según dijo no se habían presentado hasta esas fechas, así como lo relacionado con las obras de adecuación de la que fue objeto la vía con ocasión del cambio climático, la actividad de deforestación y, en general, la actividad antrópica en el área.

La descripción detallada del testigo confirma otras versiones testimoniales que sobre el asunto fueron recaudados en el proceso, de manera que existen razones de peso para concederle pleno valor probatorio en cuanto a la disposición del material sobrante de las obras de mantenimiento y ampliación de la vía que de Manizales conduce a Fresno, sobre los sitios a los que eran depositados ese mismo material, sobre el monitoreo de esa misma arteria vial y sobre la ausencia de sanciones de la autoridad competente por la inadecuada disposición del material sobrante; también en cuanto a las características de las zona, la evidencia de actividades antrópicas sobre las laderas. No hay razones para restarle mérito probatorio a estas conclusiones amparado en que el declarante fue muy específico, directo y puntual en lo que refirió en la audiencia, mostrando un detallado conocimiento del funcionamiento del monitoreo y acciones preventivas en caso de siniestros en la mentada vía.

5.4.2.9. A la audiencia de pruebas también compareció la señora **Lina María Osorio Lozano** (Minutos 00:05:58 en adelante del archivo 034 del expediente) quien se presentó como ingeniera y especialista en vías y transporte, y quien actuó como residente de interventoría de un tramo de vía entre La Playita y el Puente de la Libertad. De manera que, aunque haya hecho una narración de los hechos se refirió a la ola invernal y los derrumbes que se presentaron, se le resta valor probatorio en la medida que manifestó expresamente no constarle muchos de los hechos y dijo no haber tenido mucha interacción con las personas que estaban encargadas de los sectores de la vía más allá del puente de La Libertad, salvo, luego del acontecimiento más grande que sucedió y que ocasionó los daños en la planta Luis Prieto (finales de 2011).

Para el Despacho este medio de prueba no tiene mucho peso o valor probatorio, salvo en lo referido al mantenimiento de la vía, pues sus alusiones fueron muy

generales y propias no de lo que presenció sino por la idea que ella se formó de la situación. No obstante, se resalta que en su versión coincide con el tema de la disposición del material que se recogía en razón del mantenimiento de la vía, así como requerimientos o llamados de atención por parte de la autoridad ambiental competente y de las condiciones de la quebrada La Mula en la que se generó la avalancha que generó la tragedia del “bus de Bolivariano”, sobre la cual dijo que, en condiciones normales, esa quebrada es “*un hilito*”.

Es posible también resaltar que la profesional manifestó varias veces que, desde su punto de vista, la intensidad de la lluvia produjo una muy buena cantidad de avalanchas y derrumbes sobre la carretera; mismas que eran desconocidas hasta el año 2011. Para esta servidora judicial es muy recurrente que los profesionales que presentaron su testimonio en el proceso señalen que las consecuencias que afectaron la vía eran fenómenos atmosféricos inusitados y poco frecuentes hasta el año 2011.

5.4.2.10. Más avanzada la audiencia, también compareció el señor **José Alfredo Zuluaga Vargas** (Minutos 00:50:53 en adelante del archivo 034 y minutos 00:00:00 en adelante del archivo 035 del expediente). Quien se presentó como geólogo adscrito al Municipio de Manizales, Unidad de Gestión del Riesgo.

En su versión testimonial el declarante dijo no conocer exactamente los hechos que sucedieron en el año 2011 en la planta Luis Prieto, pero, que por razón de su vinculación en el Municipio tuvo conocimiento de la fuerte creciente que ocurrió en el Rio Chinchiná y sus afluentes que generó una avalancha aguas abajo y que afectó el sector de la vereda Gallinazo. En este relato se advirtió nuevamente o relacionado con las emergencias que sucedieron en todo el país como consecuencia de la fuerte ola invernal del Fenómeno de La Niña, circunstancia que fue considerada por el IDEAM como momentos atípicos generados por el cambio climático que se está dando a nivel global y que tuvo altas repercusiones en nuestro territorio.

El testigo explicó geográficamente cuáles son las consecuencias de una abundante lluvia y las características principales que dieron lugar a las crecientes y los daños que se generaron (socavación de cauces y otros).

Este profesional, en opinión de esta servidora, fue muy elocuente en su explicación y muy gráfico para dar cuenta de lo que sucedió en la zona. Esto le brindó mucha claridad al Juzgado para ilustrar el fenómeno. Llama poderosamente la atención que el declarante expuso que las construcciones que están en la zona no se debieron ubicar en las llanuras de inundación, porque los fenómenos de la naturaleza son muy complejos y ello puede conllevar a que el rio vuelva a reclamar

su territorio. Para su explicación se apoyó en las fotografías que se encuentran en el expediente con el fin de precisar las condiciones geomorfológicas de la zona objeto del presente medio de control y otros datos asociados a la faja de protección ambiental del rio.

También fue muy enfático en afirmar que sus apreciaciones las daba desde su experticia como geólogo y funcionario de la Unidad de Gestión del Riesgo del Municipio de Manizales, subrayó que la ocurrencia de los fenómenos que ocurrieron en la zona fueron imposibles de predecir y siguen siendo difíciles de predecir sin la presencia de síntomas de alarma que se reporten a las entidades competentes. Lo que dijo fue que su versión se basa en la interpretación de los hechos que sucedieron desde el punto de vista técnico que se puede apreciar del sitio y de las imágenes que reposan en el expediente. Pero, a pesar de lo anterior, fue muy claro en atribuir a la ola invernal del año 2011 todos los siniestros que sucedieron en Manizales, unido a muchas otras variables de tipo humano.

5.4.2.11. A las versiones testimoniales anteriores se suma la del señor **Álvaro Vásquez Vásquez** (Minutos 00:29:50 en adelante del archivo 035 y minutos 00:00:00 del archivo 36 del expediente) quien se identificó como ingeniero civil al servicio de la Secretaría de Obras Públicas y la Unidad de Gestión del Riesgo (en vinculaciones anteriores). Sus afirmaciones estuvieron orientadas a sostener que para el año 2011, como servidor de la Unidad de Gestión del Riesgo, se tuvo muy poco conocimiento del tema, solamente recordó que para el año 2011, los demandantes presentaron una solicitud para incluirlos como damnificados y se les diera ayuda porque estaba sufriendo afectaciones en esos predios. Una vez hecha la verificación del sitio donde se asentaban los predios, se estableció que los mismos se encontraban en el Municipio de Villamaría. Motivo por el cual se les remitió a esa municipalidad.

Luego de esta explicación, describió ampliamente una serie de desprendimientos de la montaña que ocasionaron unos flujos de lodo de menor o de mayor intensidad que afectó la zona de inundación de las quebradas y el área objeto del presente medio de control. También explico la ubicación de la finca “La Marmolera” y su distancia frente a la carretera que de Manizales lleva a Letras. La suscrita advierte un considerable esfuerzo del profesional para explicar lo que se le preguntó y denotó el manejo y conocimiento considerable de la zona y de los detonantes de riesgo.

Valga resaltar que el ingeniero visitó el sector y estuvo incluso haciendo monitoreo a la zona del evento. Motivo por el cual pudo pronunciarse sobre las razones que pudieron producir el evento de “La Marmolera”, en que claramente advirtió que se trataba de una saturación de aguas de una buena cantidad de ceniza volcánica de la que está compuesta esta finca, que por procesos de infiltración permearon los

suelo y condujeron a la desestabilización del talud; la quebrada no incidió en nada en el fenómeno de “La Marmolera”, porque el deslizamiento se genera a 50 metros del rio, a media ladera entonces estaba muy retirado de la mismo, por lo que no hubo ningún tipo de contribución de la quebrada. “La Marmolera” obedece a un fenómeno prolongado de intensas lluvias, pero ningún otro factor externo, solamente el de las aguas lluvias, según expuso.

A lo anterior añadió que el problema de inestabilidad de la finca “La Marmolera” fue de manera súbita de lo que se pudo concluir de los hechos era que no tuvo un aviso previo y no se tuvo conocimiento previo que antes del 17 de octubre estaba pasando algo, la ladera no había manifestado ningún síntoma de que en ese predio estaba ocurriendo algo. Los daños estaban causados mucho antes de que ocurriera el evento de “La Marmolera”, esta es la cronología de los hechos.

De manera que no se le puede atribuir los daños causados al evento de “La Marmolera” sino a otros eventos que impactaron las viviendas por haber sido construidas en zonas de inundación y no respetar la franja de retiro del rio, sumado a ello, se tuvieron crecientes sobre la quebrada, obviamente el cauce no tiene un trayectoria recta, tiene una sinuosidad y por eso el rio cambia de dirección y por eso el rio socavó lateralmente y afectó esas viviendas, esa es la forma en la que sucedieron los daños, según el concepto del testigo. Si las edificaciones estuvieran por fuera de la faja de retiro no se hubiera presentado ningún daño.

Adicionalmente hizo referencia a la importancia que tenía para el municipio mantener la carretera en buen estado y el establecer el grado de afectación para mantenerla en condiciones de transitabilidad y así no exponerse a pérdidas económicas. Razones que los llevaron a realizar el monitoreo frecuente en la arteria vial entre Manizales y Bogotá.

También explicó que todos los afluentes de la zona se vieron expuestos a un aumento considerable de su caudal en razón de las fuerte lluvias, que llevaron a la ocurrencia de material de arrastre que generó daños en los predios aguas debajo de la cuenca. Que dicho sea de paso se encontraron edificaciones que no respetaron la franja de retiro y padecieron las consecuencias naturales de la creciente del rio. El testigo fue reiterativo que en sus observaciones las construcciones que sufrieron daños no respetaron la faja forestal del rio y quedaron a merced de la dinámica del cauce. Tanto así que, para cuando ocurrió lo de “La Marmolera”, prácticamente los daños ya estaban causados, todo de acuerdo con las conclusiones a las que se llegó con base en el material recopilado; solo se salvaron unas construcciones que sí estaban por fuera de la franja de retiro.

Este elemento probatorio coincide con otros medios de prueba que reposan en el expediente, incluso de carácter documental y, como pude concluirse, es determinante para empezar a perfilar que los daños no solo pudieron provenir de un evento de la naturaleza sino que, además, los mismos actores se expusieron a un riesgo asentándose sobre la llanura de inundación sin el debido respeto por la franja de protección ambiental.

A la pregunta de la apoderada del Municipio de Villamaría y que representa interés para el Despacho, el testigo refirió que para el 17 de octubre de 2011, fecha en la que ocurrió el primer deslizamiento en la finca mencionada, se percataron que la ladera se encontraba muy activa, motivo por el cual no era conveniente realizar ningún tipo de intervención con maquinaria porque cualquier intervención era muy difícil y equivaldría a exponer a las personas a una muerte segura (“era un suicidio meterse uno allá”). Luego de ese primer deslizamiento donde se efectuó el corte de agua, Corpolcadas hizo unas vistas técnicas y recomendó unas acciones que eran muy limitadas por la misma actividad de la ladera. Situación que tornaba el asunto como irresistible. No obstante, Corpocaldas sí efectuó unas intervenciones y unos manejos de aguas en la corona y hacer unas conformaciones geométricas hacia los lados, entre otras acciones, pero detener el problema era imposible, un hecho irresistible para todas las entidades.

Otro punto que llama la atención del Despacho es que el testigo se refirió a que los daños reclamados, que hoy son objeto de la demanda, ocurrieron en calendas distintas a las de octubre y diciembre de 2011, de tal manera que “La Marmolera” es otro caso excepcional que fue directamente causada por una temporada larga de lluvias.

En conclusión, este testigo confirma una vez más lo relacionado con el fenómeno de lluvias y la incidencia de este sobre la generación del derrumbe de “La Marmolera”. Y la irresistibilidad de los fenómenos que ocurrieron en octubre y diciembre del año 2011. Este aspecto es muy importante para ir decantando la conclusión general a la que el Despacho debe arribar. Y es que resulta reiterativo que se señale al fenómeno de lluvias como factor detonante no previsible para las entidades públicas demandadas.

Este testigo también fue interrogado, como casi todos los demás testigos, sobre la disposición del material que se recogía como consecuencia del mantenimiento de la vía, lo ocurrido con el “bus de Bolivariano” y en general con las responsabilidades y plan de ejecución de las labores de INVIAS y la construcción de unas obras de ampliación de las curvas de este mismo carreteable. Versión que coincide en líneas generales con las anteriores, en el sentido de no encontrarse evidencia sobre la inadecuada disposición de residuos.

5.4.2.12. También se hizo presente **Hernando Chica Aguirre** (minutos 00:00:19 y siguientes del archivo 037 del expediente), quien se identificó como ingeniero civil, residente de programación de la Concesión Pacífico 3 y ha sido contratista del INVIAS para el período de julio de 2012 y junio de 2016, en la obra que conduce de Manizales a Honda, Tolima.

En su relato se evidenció un conocimiento muy cercano de las actividades de interventoría que ejercía el consorcio ETSA PEBSA. Pues cuando se le preguntaron por las avalanchas del año 2011 dijo que se trató de unas circunstancias "apoteósicas", "salidas de contexto" que no se había previsto un periodo invernal como el sucedido en ese tiempo. En el ejercicio de su función administrativa dijo no constarle que a la entidad se le haya realizado algún requerimiento de carácter ambiental y sancionatorio.

El testigo dio cuenta de los contratos celebrados por el INVIAS, la identificación de las obras, su ubicación geográfica puntual y el mantenimiento de la vía en las fajas que corresponden a la entidad nacional, es decir, la calzada como tal y a lado y lado 30 metros, zona en la que se debía efectuar el mantenimiento y adecuación por gestión de la entidad para la que trabajaba.

En su relato hizo referencia a la actividad humana y a la erosión causada por la explotación ganadera que existe en la zona, elemento que va generando infiltración del agua que a la postre conduce a deslizamientos. Al testigo también se le preguntó sobre la disposición del material que recogían proveniente de los derrumbes, los sitios en los que se depositaban tales sobrantes y, en general, la disposición final de tales residuos. Su versión coincide con los testigos que ya rindieron su testimonio, ratificando entonces que tanto el contratista como la interventoría tenían unos protocolos para depositar el material de excavación y de derrumbe y que existía un plan para este manejo, el cual se entiende debidamente acreditado, pues de lo referido por los testigos se pudo establecer que, en efecto, las entidades cumplían con estos requerimientos de la autoridad ambiental, pero también de la legislación sobre la materia, no encontrando que se haya demostrado que los contratistas incumplieran con estos protocolos establecidos en la ley. Para el Despacho el punto queda completamente claro, dado que fue reiterativo por parte de los profesionales que presentaron su declaración.

A esta altura del análisis de la prueba testimonial queda claro lo relacionado con este tópico puntual sobre la adecuada disposición de los residuos, quedando claro, además, que este material no era arrojado a las quebradas o afluentes de la zona por considerarse como una actividad totalmente prohibida la cual contaba con una

vigilancia especial. Por lo menos en este punto se extraña una prueba que muestre algo contrario a lo sostenido por los declarantes y por la prueba documental.

Al declarante también se le preguntó por la quebrada La Mula, sus características, su ancho y su influencia en la causación del incidente del “bus Bolivariano”. En términos generales coincide con las otras versiones en cuanto a que se trata de un comportamiento anormal y que en épocas anteriores era una quebrada de bajo caudal y de dimensiones pequeñas. Además, también se ratificó que se trató de un evento inusitado que tomó por sorpresa a expertos, lo que motivó la construcción de elementos de ingeniería que le permitiera atender eventos de mayor magnitud en la zona.

Adicionalmente, se aclaró en qué consistían las labores de interventoría que ejercía el Consorcio ETSA PEBSA. Pregunta que fue contestada y que ilustró al Despacho en torno a la verificación del cumplimiento de las actividades del contratista que tenía a cargo el mantenimiento, seguimiento, monitoreo y adecuación de la carretera y la distancia en la que se debían efectuar estas actividades, las cuales nunca fueron en la parte alta de la vía o de la ladera, pues no era ese el objeto del contrato.

5.4.2.13. A la prueba testimonial se sumó el señor **Sebastián Henao Arango** (minutos 00:47:15 y siguientes del archivo 037 del expediente) quien se identificó como ingeniero civil independiente y trabajó para Aguas de Manizales desde 1997 hasta el 2012. Como si no fueran pocos los profesionales que rindieron testimonios, se sumó uno adicional que refirió en su relato aspectos generales de los acontecimientos de la zona de Gallinazo y los daños que se le causaron a los demandantes, resaltando como uno de los detonantes las constantes lluvias de la época. Circunstancias de las que conoció en razón de su vinculación con Aguas de Manizales que resultó afectada por esas avalanchas.

También calificó como un hecho súbito al evento de “La Marmolera” de los cuales no se tenían llamados de alerta que tomó por sorpresa a todas las entidades. Tanto es así que en razón de un programa que venía adelantando la empresa de servicios públicos se dispuso hacer una evaluación del riesgo en el área de influencia, del cual se concluyó que no se avizoraba un riesgo inminente o fallas o “tarjaduras” en la parte alta del predio varias veces referido.

En cuanto a la ola invernal del año 2011 dijo que los registros de la Universidad Nacional reportaban un aumento sustancial en los fenómenos de lluvias que alertaron a las autoridades por la acumulación de lluvias, en general dijo que se trató de un año muy lluvioso. También se refirió a otras avalanchas y fenómenos de riesgo asociados a las fuentes hídricas de la zona. Eso sí, aclaró que son dos asuntos distintos los fenómenos de la parte alta de la carretera y otro el del predio

de “La Marmolera”. Por eso fue tajante en señalar que se trata de eventos diferentes porque los desprendimientos son puntos distanciados y lejanos.

Este profesional coincidió en la versión del testigo anterior sobre las razones que produjeron el deslizamiento de “La Marmolera”: lluvias acumuladas en el suelo hasta que produjeron la inestabilidad del talud, que no se trató de un evento en la “pata” de la ladera, sino que se produjo desde la zona media de la montaña.

En su relato también refirió que Aguas de Manizales salió afectada por el deslizamiento, no solo los demandantes, para lo cual refirió el daño al principal tanque de la planta de tratamiento y los ductos de conducción del agua, entre otros. También explicó aspectos técnicos relacionados con el tratamiento de las aguas para el consumo en la ciudad.

Este testimonio fue muy importante para entender el funcionamiento de la planta de tratamiento, conocer la perspectiva de la empresa de servicios públicos y la ratificación de los hechos o versiones sobre los fenómenos dañinos. La ratificación de las intervenciones efectuadas por parte de Corpocaldas para evitar que se desencadenara un evento más perjudicial en la finca “La Marmolera”, además del peligro que significaba ejecutar acciones adicionales teniendo en cuenta las condiciones de la zona y la continuidad de las lluvias.

Llama la atención la ratificación de este profesional en el sentido de asegurar en su relato que no era posible prever este evento. Resultó categórico en su respuesta. También se auscultó el conocimiento sobre la disposición del material sobrante de los derrumbes y cortes que se hicieron en la vía a lo cual se pronunció diciendo que no le constaba.

En el expediente reposa un Despacho Comisorio librado para la recepción de unos testimonios que fueran decretados en la audiencia inicial (archivo 033 del expediente). La señora juez que auxilió al Despacho no pudo recepcionar el testimonio de Juan Pablo Echeverri Rivas pues el mismo no se hizo presente.

5.4.2.14. Posteriormente se hizo presente el señor **Carlos Eduardo Rodríguez Pineda** (minutos 00:00:00 en adelante del archivo 039 del expediente) quien se identificó como profesor de la Universidad Javeriana, ingeniero civil con maestría en geotecnia y mecánica de suelo, con doctorado en dinámica de suelos y posdoctorado en evaluación de amenaza por deslizamiento. Según su versión testimonial, dijo conocer los acontecimientos que afectaron la planta de tratamiento de aguas Luis Prieto debido a que luego de los sucesos vino a adelantar unas visitas técnicas, por lo cual observó el deslizamiento de la parte alta de la finca “La

Marmolera” y hacer el recorrido por la zona donde pasó el flujo de lodos desde la parte alta.

En esa primera visita lo que se encontró fue un deslizamiento de grandes magnitudes, clasificado como deslizamiento rotacional, compuesto, parte traslacional parte rotacional; complejo por la forma en la que generó el flujo de lodos. También hizo inspección de la corona del deslizamiento y lo que vio fue un alto fracturamiento del suelo, en el punto ya se estaban haciendo unas obras de mitigación, drenes, cunetas, entre otras observaciones técnicas y de lo que encontró en la zona referidas por el testigo en su relato.

Posteriormente hizo una nueva visita, años después, y en esa visita lo que se estaba haciendo es adelantar las obras de estabilización, ya se había hecho gran parte de la conformación de todo el talud y se habían hecho las obras de manejo de aguas y estaban haciendo obras de diques de contención a lo largo de la quebrada. Sin embargo, aclaró que tuvo conocimiento que luego de su primera visita ocurrió un nuevo deslizamiento el cual no tuvo la oportunidad de evaluar.

Cuando fue preguntado por las causas del deslizamiento habló de tres tipos de causas, a saber: condicionantes (asociadas a las condiciones normales del terreno), contribuyentes y detonantes. En cuanto a las primeras dijo que lo que se encontró fue una gran pendiente, intervención muy fuerte en los predios, una deforestación muy alta, evidencias claras de evidencia de pastoreo que normalmente inducen procesos de erosión y materiales muy permeables en la parte superior y en la parte baja materiales de baja permeabilidad y eso favorece cuando el agua llega al contacto entre los dos empieza a acumular el agua, lo que se denomina un nivel freático colgado. También es una zona geomorfológicamente montañosa por plegamientos.

Dentro de los factores contribuyentes lo que indicó fue que las lluvias que se dieron en el 2010-2011 fueron excepcionales en todo el país. Haciendo énfasis que el año 2010 fue todo lluvioso, de manera que cuando llegaron los períodos normales de lluvia del 2011 las condiciones del suelo eran más susceptibles de lo normal porque la humedad del suelo no se recupera. En el año 2011 no hubo descenso tan marcado en las lluvias, de manera que cuando llegaron las lluvias de noviembre de 2011 las condiciones de susceptibilidad eran mucho más críticas de lo normal.

Y finalmente el factor detonante fueron las lluvias del mes de noviembre de 2011 que también fueron excepcionalmente muy altas. Estos factores condicionaron la ocurrencia del proceso.

El testigo explicó que el deslizamiento al que hace referencia involucraba la parte baja y parte media (lo que estaba deforestado). También explicó los drenajes que pasan por la zona y que tuvieron que ver con ese deslizamiento. Eso sí, aclaró que es posible que esos drenajes tuvieran incidencia en la producción del deslizamiento, el tema fue que cuando él hizo su visita, como el deslizamiento ya había pasado, las evidencias ya no se veían a simple vista. Pero consideró que, con la cantidad de lluvia que estaba cayendo hubo proceso de socavación, erosión que pudo ser de los factores contribuyentes en el proceso.

En cuanto a la incidencia de la parte alta de la zona y la incidencia de la supuesta colmatación de cauces por las obras que se estaban desarrollando en la carretera que de Manizales conduce a Fresno, el testigo manifestó que él no se trasladó a esos sectores, solamente se concentró en el punto específico de “La Marmolera”, por ello no se pronunció sobre este tópico.

En su relato también resaltó los daños que sufrió la planta de tratamiento y las obras que se estaban haciendo para la protección de la misma. También dijo haber hecho algunas recomendaciones que eran básicamente las mismas que se empezaban a ejecutar en el sector.

Cuando fue preguntado si los daños de la planta Luis Prieto potenciaron el torrente que se generó aguas abajo con ocasión del desastre que se generó en diciembre de 2011. Al respecto dijo que no creía que fuera un factor importante en el flujo que se dio después del deslizamiento, lo que pasa es que estos materiales son finos de baja plasticidad que fluyen muy fácilmente entonces con o sin la planta el flujo se hubiera generado.

Cuando el despacho preguntó si los recursos con los que contaba la ingeniería para esa época era posible haber mitigado, desaparecido o anulado el riesgo o qué podía hacerse desde el punto de vista de las entidades que convergen en el proceso para que las consecuencias de ese fenómeno no se presentaran. Según respondió, en un mes era muy difícil que se implementaran acciones que evitaran el deslizamiento, pues las medidas de mitigación que se estaban haciendo son las que se comienzan normalmente a hacer para tratar de evitar que el agua ingrese, como factor contribuyente y detonante, la idea es tratar que siga entrando, pero para evitar un proceso de esa magnitud toca hacer obras de movimientos de tierras muy grandes o implementar estructuras de contención que tardan mucho tiempo en construirse, entonces en un tiempo tan corto no es posible hacer obras que impidieran que se volviera a dar el proceso.

Llama la atención de esta servidora que el testigo manifestó que de los sitios en los que sintió miedo de hacer reconocimiento de campo, fue justamente en esta área,

todo, debido al riesgo que representaba para la vida por las condiciones de inestabilidad que eran muy precarias, por ende, dijo, las condiciones no eran seguras para trabajar.

Según dijo el testigo, la causa determinante para la ocurrencia del fenómeno fue la interacción de muchas cosas, sin embargo, si uno debe decir cuál es la causa final para que se diera el proceso, el testigo dijo que las lluvias, porque las condiciones naturales del terreno siempre han estado, pero no se puede coger un factor único.

Claramente el testigo mostró el reconocimiento de la zona, se mostró muy seguro de sus respuestas y, por supuesto, fue evidente su experticia en este tema de deslizamientos. Para el Despacho, este testimonio ratifica una vez más las condiciones que detonaron los deslizamientos de “La Marmolera” y la incidencia de la lluvia en la producción de los mismos. A esta altura, las reiterativas posturas técnicas y las versiones sobre los hechos van marcando un rumbo en la conclusión a la que tendrá que arribar el Despacho, y es que no se puede actuar de espaldas a la abundante experiencia con la que cuentan la mayoría de personas que fueron llamadas a rendir testimonio y que ilustraron la perspectiva de esta servidora judicial.

No se puede pasar por alto el hilo de la narrativa que se ha logrado apreciar en las conclusiones de los profesionales que comparecieron al proceso, y es que, si no todos, la mayoría ha coincidido en varios puntos, como la incidencia de los fenómenos atmosféricos en la causación de los desastres, las condiciones geomorfológicas de la zona, la actividad antrópica, la imposibilidad de prever el derrumbe, las intervenciones que se emprendieron luego del primer deslizamiento y el riesgo que significaba realizar una intervención de mayor magnitud para esa misma época. Lo relatado permite evidenciar que en el proceso se ha demostrado cuáles fueron las principales causas detonantes de los eventos perjudiciales para la ciudad y los demandantes, pero ninguna de ellas apunta a la posibilidad de endilgar la responsabilidad a las acciones u omisiones de alguna de las entidades demandadas.

Esta célula judicial se ha formado una imagen muy clara de lo que sucedió; no son pocas las versiones que fueron traídas a este proceso para la constatación de los hechos y la reconstrucción de eventos que ocurrieron con una antelación considerable a la celebración de la audiencia. No obstante, ello no es óbice para impedir que se pueda hacer un acercamiento a los acontecimientos y se pueda hacer una reconstrucción basados en experiencia empírica de terceros y de una abundante experiencia técnica. De manera que, desde ya, se anuncia el alto valor probatorio que se le concede a las versiones técnicas que han presentado las autoridades demandadas en este proceso.

5.4.2.15. Como si lo anterior no fuera poco, en la diligencia también se recaudó el testimonio de **Blanca Adiela Ramírez Correa** (Minutos 00:50:00 en adelante del archivo 039 del expediente) quien se presentó como geóloga y profesional universitaria de Corpocaldas. La deponente expuso lo que le constaba y había observado en campo sobre la visita que efectuó con ocasión de una solicitud de la UDEGER sobre el sector de la Vega y "La Champiñonera" en mayo de 2011.

Según lo manifestado en la audiencia, ella realizó una visita a unas construcciones que habían sido edificadas sobre una terraza aluvial, zona conformada con depósitos de material de rio. También encontró que, para la época de la visita, en el sector se encontraban vestigios de que la infraestructura ya había sido afectada por los procesos de socavación que se encontraban en ese momento. Versión que se apoyó con fotografías analizadas en la audiencia.

Entre otras explicaciones que expuso la testigo ella solo había realizado visita a este sector, negó que se hubiese desplazado aguas arriba o por la carretera nacional. En cuanto a la faja forestal protectora señaló que es la margen que se debe conservar desde el borde del cauce hacia ambos márgenes, esto para proteger la infraestructura y la vida de las personas contra procesos erosivos, de inundaciones y torrenciales; en este sector, de acuerdo a la normativa aplicable, la faja es de 30 metros mínimo, que debe constar de cobertura ambiental protectora u obras de mitigación del riesgo, crece de vías, poliductos o servicios públicos domiciliarios. No obstante lo anterior, dijo que, cuando ella fue a la zona, encontró infraestructura construida sobre la franja, lo cual condujo a que la misma se encontrara expuesta, por eso, dentro del informe que redactó señaló la necesidad de reubicar la infraestructura que se encontraba dentro de la faja de protección en esas zonas de amenaza. Se insiste que lo que se observó en las fotografías en la que se fundamentó la versión testimonial, se muestra la ubicación de la infraestructura y la "invasión" de la faja a la que se ha aludido. De hecho, se observa que las construcciones están casi al borde del cauce del rio.

También fue preguntada por las recomendaciones que hizo para las construcciones de unos jarillones en la zona, su explicación estuvo orientada a mostrar las razones de la medida temporal y preventiva para evitar que se afectara la infraestructura, pero, la primera recomendación fue la reubicación de la infraestructura. También se dio que estas obras deberían contar con una autorización de Corpocaldas. Las recomendaciones van dirigidas a los propietarios de los predios, los cuales fueron informados de estas conclusiones.

Una mención especial amerita la aclaración en torno a que las obras que ella recomendó no iban orientadas a evitar los fenómenos que ocurrieron en "La Marmolera", porque a esa fecha no se tenía evidencia de inestabilidad en el sector,

además, este sitio dista aproximadamente 500 metros de la planta Luis Prieto. Además, que las condiciones topográficas, geomorfológicas son diferentes, porque la zona donde se encuentra la infraestructura es más plana y está compuesta por terrazas aluviales mientras que la Zona de “La Marmolera” tiene otra ubicación geológica.

Este testimonio evidenció que las construcciones por las que se demanda en este proceso incumplieron con la franja de protección del cauce del Río Chinchiná y que fueron los propietarios de esta infraestructura los que se expusieron a los daños y a riesgos inminentes por flujos torrenciales. Todo, debido a que en la zona no era recomendable levantar este tipo de infraestructura, pues en el área solo se permite la existencia de cobertura forestal protectora y otras obras mencionadas en el testimonio y en líneas antecedentes. Llama la atención esta versión testimonial, debido a que ello significaría que los demandantes también contribuyeron en la generación del daño al exponerse a la fuerza de la naturaleza a posibles riesgos que ponen en peligro la vida y la infraestructura del lugar. Mucho más cuando se aclaró que el PBOT y la ley ambiental establece 30 metros de franja de protección.

5.4.2.16. Luego se hizo presente el señor **Jorge Alberto Hernández Restrepo**, geólogo con maestría en teledetección, funcionario de Corpocaldas (Minutos 00:00:00 en adelante del archivo 040 del expediente). Luego de los generales de ley, el Juzgado efectuó una serie de cuestionamientos orientados a establecer lo que conocía acerca de las avalanchas en la vereda Gallinazo en el año 2011.

Para responder, el testigo se valió de unas imágenes del 2011 para mostrar el deslizamiento y la afectación de la planta de tratamiento. En su explicación manifestó que, pese al conocimiento que tenía de las obras que se estaban realizando en la vía que conduce a Bogotá, no podía sostener que ambos fenómenos tuvieran una relación ya que no realizó estudio alguno que permita tener una trazabilidad o conexidad entre un evento y otro. De lo que sí tuvo conocimiento fue del fenómeno de “La Marmolera” y de la Planta Luis Prieto. Es en ese contexto en el que se realizó la declaración y las explicaciones que se dieron en la audiencia.

Esta versión coincide con las declaraciones de la testigo anterior en cuanto a las edificaciones que se encontraban “casi dentro de la lámina de agua del curso que pasa por allí” lo que origina que cualquier tipo de carga de sedimento o de agua intentará ocupar el cauce normal del desarrollo del rio, principalmente las terrazas aluviales, lo cual, se expondrá a peligros por los fenómenos que pudieran ocurrir.

Se resalta de esta intervención que el testigo adujo que en el sector de “La Marmolera” está compuesta, en su base, por una roca muy dura, motivo por el cual es posible advertir que la situación no se presentó por la socavación de la corriente

ni por eventos que se hayan generado aguas arriba, fue una situación generada desde la parte alta. Según dijo, lo que se deslizó fueron fenómenos muy potentes de cenizas volcánicas y piroclastos que se deslizaron de la parte superior y cubrió todo lo que se encontraba en la parte de debajo de la montaña, pero la roca quedó intacta.

Estas observaciones se hicieron directamente en campo en razón del ejercicio de sus competencias, pero también por su formación que le permite hacer interpretaciones a partir de imágenes y fotointerpretación de cuál puede ser la evolución dinámica de un evento. Además del material fotográfico de un sobrevuelo que se hizo en la zona en abril de 2011.

El señor Juez de la época también preguntó por la posible relación entre las obras que se efectuaban en la carretera y los fenómenos de deslizamiento objeto del presente proceso, a lo que el testigo respondió que no, que no tiene relación lo uno con lo otro, inclusive mirándolo retrospectivamente no tiene ninguna relación porque el deslizamiento ocurrió en la parte superior de la ladera y geográficamente entre la carretera y el sitio del derrumbe distan de manera considerable. Dijo que ni siquiera podría decir que se trató de flujos de sedimentos anormales de aguas que se hayan desplazado por el sector, habida cuenta que la base de la ladera de “La Marmolera” es dura, esa roca dura no es fácilmente socavable por este tipo de eventos, además el sector permanece intacto y la socavación es progresiva, no se da de un momento a otro.

El apoderado de la Corporación Autónoma preguntó por la formación de las terrazas aluviales y las afectaciones que pueden originarse en las mismas en el caso de construir en esos lugares. El testigo explicó lo pertinente y coincidió con la versión de la profesional que lo antecedió en el orden de la palabra y reiteró la distancia que se debe conservar con respecto a los drenajes, zonas que deben ser de protección, de vocación protectora con el fin de evitar afectaciones de potenciales peligros a asentamientos humanos que se asienten muy cerca al curso del agua.

También se ratificó que las edificaciones que se asentaban en la zona, y que se visualizaron en las fotografías, están asentadas en una terraza aluvial y además se puede ver que el cauce está pasando por la cimentación de las estructuras, motivo por el cual si se da un evento muy fuerte como el de octubre el cauce “sigue derecho”. También recordó que el PBOT del Municipio de Villamaría, habla de 30 metros contados a partir de la rivera del rio que es la zona por donde se desarrolla naturalmente. Debe decir el Despacho que en esta versión testimonial se mostró con las fotografías que sirvieron de base para el relato, que, efectivamente, las construcciones no respetaban los 30 metros de la franja de retiro.

Una pregunta importante hecha por el apoderado de la entidad ambiental, estuvo orientada a si los eventos que ocurrieron en el sector eran técnicamente previsibles. A lo cual se respondió que no era previsible tal deslizamiento, porque era una zona que presentaba una cobertura vegetal importante (como se mostró en las imágenes), entre otras observaciones. La conclusión es contundente y coincidió con la mayoría de los testigos que comparecieron a la audiencia de pruebas.

Adicional a lo anterior, el testigo también refirió las medidas adoptadas por Corpocaldas para evitar un desplazamiento más rápido de la ladera o del movimiento en masa. Estas intervenciones, según dijo, se realizaron en asocio con aguas de Manizales y el Municipio de Manizales y además de eso se referenció la instalación de unos conteiner para disipar la energía de cualquier potencial flujo que potencialmente pudiera impactar nuevamente la planta de tratamiento de aguas. Medidas de atención rápidas que eran las más adecuadas para el momento y de acuerdo a las perentorias necesidades.

Entre muchos otros temas que confirman puntos que han quedado claros en este proceso, se ratificó la imposibilidad técnica para prever la ocurrencia de estos fenómenos, pues el comportamiento de la naturaleza impide que se pueda hacer este tipo de estimaciones. Esto desde su punto de vista cómo geólogo.

Para el Despacho el testimonio cumple con el propósito de ratificar, confirmar y reiterar, desde el punto de vista de otro profesional, las conclusiones que han señalado la mayoría de los ingenieros y geólogos (as) que han expuesto su versión empírica y profesional. Después de lo anterior, salta a la vista que se ratifica la “invasión” de la faja de protección del cauce del rio por parte de infraestructura que se expuso a un inminente y previsible peligro cuando ocurriera un torrencial u otro tipo de fenómeno natural, las razones que produjeron el derrumbe en la finca varias veces mencionada y la negación de los fenómenos de socavación del cauce como fenómeno detonante.

5.4.2.17. Finalmente, como consecuencia de un despacho comisorio que se realizara en el proceso, se recepcionó el testimonio del señor **Jorge Horacio Rivera Posada** (Minutos 12:50 del archivo 042 del expediente), quien se identificó como ingeniero agrónomo y doctor en ingeniería en el área de aprovechamiento de recursos hidráulicos con énfasis en erosión, magister en suelos y áreas, entre otros estudios.

El testigo aludió al deslizamiento que ocurrió en Manizales para octubre del año 2011, y dijo que como consecuencia de una solicitud que hiciera Corpocaldas a Cenicafé (sitio donde trabajaba) se desplazó hasta el lugar para analizar el problema junto con otros funcionarios de Corpocaldas y funcionarias de la personería de

Manizales. Según dijo, en el sitio de los hechos se estaban realizando una serie de intervenciones en la zona y explicó técnicamente cuál era su concepto sobre tal intervención y sobre lo que le dijo al director de la época de la entidad ambiental demandada para evitar mayores afectaciones. Todo esto lo recogió en un informe que fue remitido por Cenicafé antes del mes de diciembre del año 2011.

Según dijo, en una segunda visita que efectuó constató que nada de lo que él había sugerido se había hecho, por el contrario, se estaban haciendo una cantidad de obras que no tenían nada que ver con la solución porque podrían acelerarlo más que frenarlo, lo que a la postre ocurrió. Ante esta situación dijo que él ha resuelto muchos problemas en el país y que nunca fue llamado tan solo a una reunión y no aceptar sus recomendaciones sencillas y de muy bajo costo, pero eficientes, debido a que él hizo trabajos de más de 30 años y a la fecha nadie le ha hecho reclamo alguno por esas obras, entre otras manifestaciones que hizo para hablar de sí mismo y el resultado de su gestión profesional, tanto así que el juez que recaudó la prueba le hizo un llamado de atención para que diera su versión como testigo presencial más que como testigo técnico.

Se advierte que la parte demandante remitió las preguntas por escrito, interrogatorio que fue aplicado por el señor Juez. Dentro de las preguntas llama la atención que respondió que no conocía el predio Aquarela del Rio y La Vega II. Sobre las obras realizadas sobre la carretera dijo que no estaba de acuerdo con las intervenciones que estaban realizando. También dijo no conocer los estudios que se hicieron para realizar estas obras, pero solo le constaba lo que vio en prensa y un recorrido que no fue exhaustivo sobre la zona.

El testigo también hizo referencia a la pertinencia y utilidad de las obras que se estaban realizando sobre la vía por parte de INVIAS. Finalmente se resalta que el declarante confirmó el tema de las lluvias frecuentes de la zona.

Para el Despacho es evidente que el testigo es muy elocuente en su versión, su preparación da cuenta de una alta experiencia profesional, sin embargo, no se pudo establecer si él efectuó algún estudio técnico para evaluar de manera exhaustiva la zona y llama poderosamente la atención que su versión de los hechos coincide en líneas generales sobre las observaciones de los expertos, pero discrepa de manera rotunda del manejo que se le dio a la zona y las posibles acciones que se debieron emprender para mitigar. Debe decirse también que el testigo fue muy crítico de entidades como Corpocaldas, en una especie de autoridad intelectual y técnica, incluso se aseveró de esta entidad que el personal “no conoce de suelos”, además que esa misma autoridad “no quieren hacer un cambio en el avance de la ciencia y la tecnología” y que además él pudo decirles “en cinco minutos qué es lo que pasa

y qué es lo que hay que hacer” y no esperar 5 o 6 meses un estudio geotécnico, tiempo durante el cual ya se ha venido la montaña completa.

Para esta juzgadora se trata de enfoques, de paradigmas para abordar una problemática y las discrepancias que entre los profesionales puede existir. No se trata en sentido estricto de restarle mérito a los conceptos intelectuales y/o profesionales del presente testigo, sino que se debe resaltar que para esta servidora no hay alternativa más que concederle peso probatorio a las versiones que presentaron los demás testigos que mostraron mayor consistencia, y en los que se hallaron más puntos de encuentros y mayores características de común denominador.

No es responsabilidad de esta juez establecer cuáles eran las medidas que han debido adoptarse, es responsabilidad de las entidades demandadas determinar tal elemento, habida cuenta que en virtud del principio de la buena fe se debe concluir que es su responsabilidad optar por las decisiones que consideren pertinentes, al margen de las discrepancias que puedan existir de otros profesionales que no fueron tenidos en cuenta para mitigar los efectos de un deslizamiento.

Tampoco es responsabilidad de esta servidora, enjuiciar a las entidades demandadas por la presunta ausencia de control integral de suelos, cuencas y demás elementos del ambiente como factores detonantes para la ocurrencia de fenómenos como el que aquí se evalúa. Escapa de la competencia de la Rama Judicial en esta oportunidad procesal, hacer un análisis holístico o integral de las acciones para la mitigación de un riesgo.

5.4.3. Sobre el peritaje

Jairo Correa Cardona, agrónomo y perito valuador se hizo presente en la audiencia para rendir la sustentación del dictamen pericial que fuera ordenado por el Despacho (minutos 00:07:24 en adelante del archivo 044 y minutos 00:00:00 del archivo 45 del expediente). A esta persona se le explicó cuál sería la dinámica de la audiencia.

En un primer momento, el profesional hizo una exposición de la experiencia que tenía en la actividad bancaria para asunto de valoración de predios. Aclaró que era la primera vez que hacía este peritaje ante la Rama Judicial. Se exploró por parte del juez de su experiencia en el avalúo de predios rurales

Luego, refirió la ubicación de los predios objeto de la demanda y señaló que fueron varias las dificultades a las que se enfrentó debido a que las construcciones ya no existían por el paso del tiempo. Razón por la cual se extrajeron fotografías del

expediente, informes y, en general fotografías áreas del lugar, se hicieron consultas en la oficina de infraestructura de Villamaría para determinar qué era lo que tenía que valuar.

Posteriormente refirió las observaciones que realizó para llegar a estimar que los predios fueron afectados en un 40%. Para estimar los daños dijo haber utilizado dos metodologías para poder determinar las diferencias y evaluaciones en el precio de los bienes. De lo que concluyó que valía 50 millones de pesos por hectárea para el año 2008, desde el punto de vista de la depreciación. Aquí hizo las explicaciones pertinentes para mostrar cuál fue la valoración y de dónde llegó a las conclusiones.

El apoderado de la parte actora tuvo la posibilidad de preguntarle al testigo por las razones en las que se basó para hablar de depreciación, cuando los predios de la zona tienen una alta vocación turística, por ello, un aumento en el precio de los bienes. El perito respondió que él se basó en la destinación del uso del suelo que establece el POT del Municipio de Villamaría.

El profesional explicó que, en su opinión los predios sufrieron unos daños, motivo por el cual el precio de los mismos no puede ser superior, porque, justamente, está evidenciando unas afectaciones, un detrimento a los mismos. Lo que si aclaró el profesional es que él no pudo valorar lo que estaba debajo de la tierra como tuberías desagües y demás, debido a que no eran evidentes o no podía realizar una correcta valoración si no podía ver esos vestigios.

En su relato el experto hizo un esfuerzo por explicar de dónde obtuvo los cálculos que presentó en el estudio, los datos en los que se fundamentó, observaciones que tuvieron frecuentes oposiciones u observaciones que, directa o indirectamente, minaron el valor probatorio de dicho de la experticia.

En opinión de este Despacho Judicial, en la sustentación y contradicción del dictamen, se denota que la parte actora tuvo muchos reparos al estudio y que se encontraba insatisfecho con el resultado del mismo, en la audiencia fue posible establecer dicha condición. De hecho, se hicieron varios llamados de atención para que el apoderado de la parte actora hiciera interrogantes puntuales y no generara espacios de diálogo con el perito o afirmaciones que parecieran más alegatos de conclusión que contradicción del medio de prueba analizado.

Para esta servidora judicial el señor Jairo Correa hizo un esfuerzo considerable para explicar las razones y el fundamento de sus conclusiones. No se evidenciaron indicios para determinar que se faltó a la verdad o que se quiso callar total o parcialmente. Las respuestas fueron claras y consistentes, al margen de si se estaban o no de acuerdo con los resultados. Las respuestas orientadas por las

inquietudes de los apoderados de las partes trazaron el rumbo de la exposición, en especial sobre la metodología para la valoración de los predios por comparación de mercado para determinar el valor real del predio rural.

También se dijo que se basó en el método de entrevistas a otros peritos, pero, fue cuestionado porque dicha metodología no se evidencia dentro del dictamen, así como tampoco se evidenció la metodología residual que se dijo fue empleada para llegar a los resultados (según los cuestionamientos del apoderado de la Corporación Autónoma). Por otro lado, se le preguntó sobre el conocimiento la ocurrencia de otros eventos que pudieron afectar el predio; pregunta que fue rechazada por el Despacho.

Entre otros temas, se le consultó si observó los libros de contabilidad de la empresa que funcionaba en la zona para cultivo de setas, con el fin de establecer el lucro cesante, se dijo que solo se había basado en la declaración de renta presentada por el año 2010. También se abordó el tema de la zona de retiro y faja de protección, sobre lo que se advirtió que esta área es de 30 metros, pero no es prohibido emplearla en zonas de cultivo, solamente se prohíbe el levantamiento de edificaciones.

La veracidad de los precios de mercado de los predios del sector fue cuestionada debido a que no se puede esclarecer a ciencia cierta de dónde se obtuvieron los datos de referencia. El profesional manifestó que se basa en una averiguación con peritos debido a que en la zona no existían predios con los que se pudieran comparar.

La apoderada de Aguas de Manizales volvió sobre el tema de la probanza relacionada con los datos contables para determinar la producción de la empresa que supuestamente se asentaba en la zona. Una pregunta que para el Despacho se torna en relevante en la medida que, tal y como se planteó en la audiencia, el objeto social de una empresa se puede ejecutar no solo en la zona que se debate en este medio de control sino en otra parte del territorio nacional. Es llamativo que el perito no haya tenido en cuenta tal elemento para la valoración.

Los apoderados y apoderadas de las partes lograron poner en entredicho muchas de las afirmaciones y valoraciones que hizo el profesional. Es llamativo que incluso el apoderado de la parte actora, a quien le interesaba principalmente las resultas de este estudio, minaron de manera considerable la plena veracidad a la experticia, no porque se faltara a la verdad, sino porque se sembraron muchas dudas en torno a la aplicación de los métodos a partir de los cuales se obtuvo la información. Las dudas que sembraron a partir de los cuestionamientos, restaron valor probatorio al referido documento y valoración.

A lo anterior se añade la formulación de una objeción por error grave formulado por la apoderada del Consorcio Vías del Centro que fuera sustentado en la audiencia. En este se puso en entredicho la valoración de las orellanas y los métodos bajo los cuales se hicieron los cálculos y valoraciones, pues, en el primer caso la sociedad que se mencionó no es parte del presente proceso. Las preguntas de esta misma abogada estuvieron orientadas a minar la exhaustividad de las cifras que se expusieron en el estudio.

Debe decir este Despacho en este momento procesal que no se pronunciará sobre la objeción al error grave, dado que el Código General del Proceso en el artículo 228, inciso 4, establece que no habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave, de manera que se tuvieron en cuenta los argumentos de la togada para la valoración de la prueba, en el mismo contexto de las preguntas que se efectuaron en la sustentación del dictamen. No sin antes, darle el uso de la palabra al profesional para que se pronunciara sobre la misma, en el sentido de advertir si existió o no un método de comparación para efectuar el valor que se asignó en el peritaje y para que aclare el tema relacionado con haberse fundamentado en la declaración de renta de la sociedad.

En la diligencia judicial el señor Correa manifestó que el avalúo que se le encargó no es un avalúo tradicional con una metodología exacta, porque se partía de algo que no existía, no existían los materiales para comparar como estaba antes y después. Por eso fue necesario anclar el peritaje a valores que ya existían, por eso si se aplica un método comparativo, tal vez no ortodoxo, pero si comparativo, porque no había forma fehaciente y clara para llegar a la conclusión.

Sobre la declaración de renta que se utilizó, dijo que se tuvo en cuenta la declaración de renta de tal entidad porque de la averiguación que efectuó se estableció que quien hacía explotación de la zona era un hijo de la señora Carmenza (Demandante en este proceso) que había tenido una empresa de champiñones que ya se había acabado, por ende, la que estaba en el lugar era la que hacía la explotación. Sin embargo, expresamente dijo que lo que no podía averiguar era que eso es única y exclusivamente de lo que se explotaba en el lugar porque no tenía forma o documentación para que le dijera otra cosa, porque los estados financieros no se pudieron conseguir.

En conclusión, el Despacho estima que existen dudas fundadas para estimar que la solidez, precisión y calidad de los fundamentos de las conclusiones tenga el mérito suficiente para darle pleno valor probatorio (Artículo 232 CGP). Las preguntas hechas por los apoderados y apoderadas de las partes lograron desvirtuar en buena medida la calidad del experticio.

Eso sí, debe resaltarse que no era tarea fácil efectuar el estudio debido a la posible carencia de información en la que se pueda comparar lo que existía versus lo que observó al momento de hacer la visita y valoración empírica de los terrenos. Otro tema adicional es que debido al paso del tiempo las circunstancias de tiempo modo y lugar de la valoración pudo impedir que se efectuara une mejor apreciación. Asunto que se sale de las manos del perito. Por otro lado, se ha dicho ya varias veces que el perito hizo un esfuerzo considerable para responder las preguntas con los elementos que contaba. Tampoco queda duda de su idoneidad, su experiencia y condiciones profesionales para realizar el estudio.

No sobra igualmente referir que quien tenía la carga probatoria para demostrar a cabalidad la cuantificación de los presuntos perjuicios era la parte actora, asunto que dejó librado al desarrollo del proceso.

5.5. Conclusiones

Con fundamento en el análisis individual y en conjunto que acaba de hacerse partiendo de la totalidad de los medios de prueba relevantes que reposan en el expediente, el despacho es del criterio que los medios de prueba arrojan las siguientes conclusiones para la solución del litigio:

1. En el proceso no se logró demostrar que INVIAS y sus contratistas hicieran una inadecuada disposición del material residual originado en la actividad de perfilamiento o ampliación de la vía que de Manizales conduce a Fresno. Todo lo contario, los testigos que se refirieron a este tópico señalaron que no se presentó ningún llamado de atención o sanción por mala disposición de los residuos y también dieron cuenta detallada de los sitios donde se depositaban los residuos. De manera que el Despacho no encuentra acreditado en el plenario motivo alguno para estimar que el Instituto Nacional de Vías o sus contratistas generaron residuos que hubiesen contribuido a la generación de un riesgo o un daño antijurídico.

   No es posible imputar la responsabilidad por los daños alegados por los demandantes, ni a INVIAS ni a los contratistas por medio de los cuales efectuó la intervención, ampliación, mantenimiento y monitoreo del corredor vial que de Manizales conduce a Fresno. En el plenario no se logró ni siquiera acreditar la relación que existía entre la actividad de la entidad nacional de vías y los desastres acaecidos en la zona de la finca “La Marmolera” y Gallinazo, no solo por la distancia de estos dos puntos, sino por la ausencia de prueba que acredite la relación entre ellos.

2. También se puede concluir que INVIAS se encontraba realizando en la zona adecuaciones y/o ajustes al trazado de la vía que generaba material vegetal y mineral que era conducido a unos sitios específicos debidamente autorizados por la entidad ambiental. En el proceso se confirmó por varios profesionales que esta actividad se realizaba de manera juiciosa y permanente, pues era por todos conocidas las consecuencias que podría tener. Tanto los profesionales de la autoridad ambiental demandada, como el contratista y el interventor de la obra señalaron el cumplimiento de estas obligaciones contractuales en la recolección de material incluso 30 metros a lado y lado de la vía.

3. En el proceso también se acreditó la ejecución de un contrato de monitoreo de todo el corredor vial para mantener en condiciones adecuadas y de transitabilidad la zona, de manera que no se encontró evidencia que apunte a relacionar las obras con los desastres ocurridos aguas abajo.

4. También se puede tener por probado el frecuente cruce de información de las entidades públicas involucradas en el presente caso, las acciones que emprendieron para evitar un daño mayor al que ocurrió, las gestiones que se adelantaron para mitigar el riesgo; todo en el marco de las posibilidades técnicas en las que se podían realizar y sin poner en riesgo o peligro la vida y maquinaria de las entidades.

5. En el proceso se demostró que el factor detonante para el acaecimiento de los deslizamientos y avalanchas que ocurrieron en la zona objeto del presente medio de control fue el invierno severo, intenso y con registro de precipitaciones mayores a los promedios históricos. Las alusiones de todos los testigos, así como los registros que reposan en las pruebas documentales, hacen que esta conclusión sea prácticamente incontrovertible, pues los fenómenos atmosféricos que sucedieron entre los años 2010 y 2011 dejaron inerme a la ciudadanía y a las instituciones que legal y constitucionalmente se les impone la vigilancia de los temas ambientales y de mitigación del riesgo.

6. En el proceso tampoco se pudo demostrar la incidencia de la mina Toldafría con los fenómenos ocurridos en la zona afectada objeto de este medio judicial. Los puntos geográficos distan de manera considerable, de tal manera que tampoco puede estimarse como un motor generador de un daño, la explotación minera.

7. En el expediente no se logró demostrar que los deslizamientos se dieran por la socavación del cauce o de la parte baja de la ladera, sino que fue un fenómeno rotacional que se dio por el desprendimiento a media ladera que se generó como consecuencia detonante o asociado al factor climatológico. Es más, los geólogos y geólogas que comparecieron a la audiencia, dieron cuenta de la existencia de

roca en la parte baja de la ladera que incluso desvió parte del deslizamiento al frente de la planta Luis Prieto.

8. En el proceso se advirtió una y otra vez que existía la imposibilidad técnica para prever la ocurrencia de estos fenómenos, pues el comportamiento de la naturaleza impide que se pueda hacer este tipo de estimaciones, sumado al comportamiento del clima y a las condiciones geológicas y de composición de las laderas de la zona y que hasta la fecha de ocurrencia de los fenómenos, no se habían evidenciado signos de alarma que alertaran a las autoridades, máxime cuando esta se trataba de una zona contigua a la principal planta de tratamiento que surte de agua a la ciudad de Manizales.

9. No siendo poco lo anterior en el proceso se demostró que los demandantes construyeron edificaciones muy cerca al cauce del rio, en la franja de protección ambiental o de retiro del rio o quebrada Cajones o La María. Ello conllevó a que los mismos accionantes se expusieran de manera imprudente a riesgos asociados a crecientes, avalanchas y torrenciales.

10. En el proceso resulta claro que si existió un daño, el mismo se produjo en épocas anteriores a octubre y diciembre del año 2011, sin embargo, no existen elementos de prueba que, en el caso de una eventual condena, permita cuantificar el daño moral o el daño material de los que pudieron ser víctimas los demandantes. Se extrañan los medios de prueba tendientes a acreditar el daño moral y material alegado en la demanda, de modo que la inactividad probatoria es considerable.

11. En términos generales se podría decir que la parte actora incumplió con la carga de la prueba para demostrar cada uno de los señalamientos que propuso en contra de las entidades demandadas frente al abundante material probatorio exhibido por la parte pasiva del litigio. Lamentablemente, ni siquiera el medio de prueba que fuera decretado de oficio por este Despacho tuvo la suficiente claridad, exhaustividad para desplegar los eventuales efectos económicos que pretendía.

En línea con las conclusiones se negarán las pretensiones de la demanda por la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Evidencia de la configuración de la causal de exoneración de la responsabilidad del Estado denominada “fuerza mayor”, pues en el plenario queda clara la imprevisibilidad e irresistibilidad de los desastres acaecidos en el año 2011 objeto de la presente demanda.

2. Evidencia de la configuración de la causal de exoneración de la responsabilidad del Estado denominada “culpa exclusiva y determinante de la

víctima”, pues en el proceso se demostró la existencia de edificaciones que se encontraban dentro de una zona no apta para la edificación de estructuras de habitación o explotación agrícola.

3. Inexistencia de elementos que permitan la imputación de los daños a las acciones u omisiones de Corpocaldas, El Municipio de Manizales, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., el Municipio de Villamaría y el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, así como de sus contratistas o entidades llamadas en garantía.

4. En conclusión, no se configura ninguno de los tres elementos sobre los que se sustenta la responsabilidad administrativa del Estado: el daño antijurídico, la acción u omisión de la administración y el nexo de causalidad.

Debido a que se ha dado respuesta negativa al primero de los problemas jurídicos, resulta innecesario pronunciarse sobre los demás.

5.6. Sobre las excepciones de mérito

Con el ánimo de no hacer más extensa y farragosa la presente sentencia, el Despacho fusionará todas las excepciones propuestas por las entidades llamadas a este proceso en calidad de demandadas o llamadas en garantía, dado que, la mayoría de estas personas jurídicas coinciden en líneas generales con la estrategia de litigio. De manera que el Despacho, amparado en las facultades de dirección del proceso, y con sumo respeto por el principio dispositivo, estima que las excepciones se podrían fusionar en las siguientes:

1. Ausencia de configuración de los elementos necesarios para la declaración de la responsabilidad del Estado (Imputación).

2. Configuración de la causal de exoneración de la responsabilidad del Estado denominada “culpa exclusiva y determinante de la víctima”.

3. Configuración de la causal de exoneración de la responsabilidad del Estado denominada “fuerza mayor”.

4. Ausencia de prueba para la tasación de los daños materiales y morales.

Las anteriores excepciones se declararán probadas de conformidad con las conclusiones que el Despacho ha expuesto. En este hilo argumentativo esta servidora judicial no considera necesario pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas por las llamadas en garantía debido a que, al no

encontrarse configurados los elementos para condenar al Estado, no tiene sentido avanzar hacia el análisis de la cobertura de pólizas, límites asegurables, falta de legitimación en la causa por activa o por pasiva.

5.7. Costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las siguientes excepciones formuladas por Corpocaldas, El Municipio de Manizales, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., el Municipio de Villamaría y el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, así como de sus contratistas o entidades llamadas en garantía:

1. Ausencia de configuración de los elementos necesarios para la declaración de la responsabilidad del Estado (Imputación).

2. Configuración de la causal de exoneración de la responsabilidad del Estado denominada “culpa exclusiva y determinante de la víctima”.

3. Configuración de la causal de exoneración de la responsabilidad del Estado denominada “fuerza mayor”.

4. Ausencia de prueba para la tasación de los daños materiales y morales.

SEGUNDO: **NEGAR** las pretensiones de la demanda formulada por los señores Carmenza Jaramillo de Echeverri, Alejandro Echeverri Jaramillo, Juan Camilo Echeverri Jaramillo y Octavio Jiménez Obando en el proceso que en ejercicio del medio de control de Reparación Directa presentaron en contra del Municipio de Villamaría, la Corporación Autónoma Regional de Caldas- Corpocaldas-, el

Municipio de Manizales, Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y sus respectivos llamados en garantía.

TERCERO: SIN COSTAS, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

JPRC

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2d279583ea21974753df4a257cf5a2f1655ff05ae463096b80a55f0e9aad418b**
Documento generado en 31/03/2023 04:02:58 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-**2022-00057-**00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ALBA LUCÍA SOTO BAENA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	078
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 036 DEL 10 DE ABRIL DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

> **1.** *Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como el día* ***NOM-175 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021****, expedido por* ***CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA****, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

***2.** Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

***1.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

***2.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

***3.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

***4.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN -** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

***5.** Que se ordene a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

***6.** Condenar en costas a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN** de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 175 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de $5.263.172 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 74 a 75 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El **Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** No contestó la demanda.

2.3.2. El **Departamento de Caldas** (archivo *12ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 26Alegatos*Demandante.pdf)***:**

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *(archivo 25AlegatosFomag.pdf***:** Adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del 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, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.
En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la "consignación" entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No presentó alegatos.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- ¿Es *procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas propuso la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad

facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –*

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas sí se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del

empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934[1], otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945[2], se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946[3] replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo[4].

Desde el punto de vista jurisprudencial[5], ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.[6]

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 12**.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*
>
> *"a) ….*

---

[1] «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.
[…]
ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:
a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;
b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;
c).En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.
PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

[2] Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

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

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

[5] Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

[6] Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

"(…)

"f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continúo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años."

***"ARTÍCULO 17**.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: "a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942."*

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

***"ARTÍCULO 6º**.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses."*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

***"Artículo 99-** El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1. *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
2. *El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
3. *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el*

fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4. *Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*
5. *Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.*
6. *Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a: a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.*
7. *Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.*

***Parágrafo.** - En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía."*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema[7].

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: ***3ª)**. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

[7] Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (…)".

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

> ***Artículo 1°.*** *El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998…*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

> *"Artículo 2º:*
>
> *(…)*
>
> ***Parágrafo*** *- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

***"3.- Cesantías**:*

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

> ***“Artículo 81****. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
>
> *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (…)”*

Y aunque la Ley 91 de 1989 se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías en su artículo 13:

> *“**Artículo 13.** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*
>
> *a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
>
> *b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo”.*

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002[8], señaló en su artículo 3º, que *"los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000".*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996,** que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece

[8] "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial"

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado ha considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990 en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede

afirmar que también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectivo que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la ratio decidendi, siendo los obiter dictum, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran incescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi d*e la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.

2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.

3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que "*se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador*" y culmina ordenando *"a la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno*

al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

> *65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas*

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extendérseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado79 en sostener que «a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

"*El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".*

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA,** se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ,** citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

> ***"ARTÍCULO 8.*** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*
>
> *El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
>
> *Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.

El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.

7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.

Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

***PARÁGRAFO:** En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

"Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial."

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser*

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *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.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *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.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

***Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales**. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:*

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir l a totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

(…)

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, ***el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley****, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

(…)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman del patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.

- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

- 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.

De lo que concluye el Fondo que "*el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia*".
En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

> *Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:*
>
> *1.Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el*

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el ***05 DE FEBRERO DE 2021****. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional, en orden a:
«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado 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 FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto 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 y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 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 y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, 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 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, 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.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, 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», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	***Docente cobijado por la Ley 91/89***
Salario: $1.200.000 *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual):* ***$400.000***	*Salario: $1.200.000* *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías):* ***$840.840***

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para 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 perciba, 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.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales,

como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente*.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. 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.*

2º. 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 período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

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

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

"(…) ***ARTÍCULO TERCERO****: Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año" (…)*

ARTICULO CUARTO*: 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 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 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)""* Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2005 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de $5.263.172 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200057.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989[9] se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero

[9] **ARTÍCULO 4.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. S**erán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(…)

de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría "*consignación de las cesantías*", no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de $85.648, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **ALBA LUCÍA SOTO BAENA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo "25Alegatos*Fomag.pdf"* del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada ISOLINA GENTIL MANTILLA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.091.660.314 y tarjeta profesional No. 239.773 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "25Alegatos*Fomag.pdf"* del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **52277f440a411a68cb7c5b7a07b5ae9680e9d4430fcd9f3a369aa4c3b910cf17**

Documento generado en 31/03/2023 04:47:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-**2022-00059-**00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ALEJANDRA MARÍA ESPITIA ZAMORA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	079
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 036 DEL 10 DE ABRIL DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

> **1.** *Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como el día* ***NOM-177 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021****, expedido por* ***CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA****, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

***2.** Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

***1.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

***2.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

***3.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

***4.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN -** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

***5.** Que se ordene a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

***6.** Condenar en costas a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN** de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 10 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 177 del 08 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de $5.176.924 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 74 a 75 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El **Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** No contestó la demanda.

2.3.2. El **Departamento de Caldas** (archivo *12ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 25Alegatos*Demandante.pdf)***:**

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *(archivo 26AlegatosFomag.pdf***:** Adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del 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, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.
En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la "consignación" entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No presentó alegatos.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- ¿Es *procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas propuso la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues

es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones*

económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas sí se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934[1], otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945[2], se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946[3] replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo[4].

Desde el punto de vista jurisprudencial[5], ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.[6]

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

---

[1] «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.
[…]
ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:
a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;
b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;
c).En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.
PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

[2] Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

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

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

[5] Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

[6] Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

*“**ARTÍCULO 12**.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*

“a) ….

“(…)

“f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continúo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

*“**ARTÍCULO 17**.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: “a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”*

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

*“**ARTÍCULO 6º**.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

*“**Artículo 99-** El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1. *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

2. *El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
3. *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.*
4. *Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*
5. *Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.*
6. *Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a: a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.*
7. *Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.*

Parágrafo. *- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía."*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores

vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema[7].

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: ***3ª**). El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (…)"*.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

> ***Artículo 1°.** El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998…*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

[7] Sentencia Su- 041 de 2020

"Artículo 2º:

(…)

***Parágrafo** - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

***"3.- Cesantías**:*

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de

diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional".

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, "por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

> ***"Artículo 81**. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
>
> *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (…)"*

Y aunque la Ley 91 de 1989 se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías en su artículo 13:

> *"**Artículo 13.** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*
>
> *a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo".

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002[8], señaló en su artículo 3º, que *"los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000".*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996,** que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

[8] "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial"

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y

jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado ha considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990 en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectivo que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la ratio decidendi, siendo los obiter dictum, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran

incescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi d*e la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.

2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.

3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que "*se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente*

consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador" y culmina ordenando *"a la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990*."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

> *65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para*

los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extendérseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado79 en sostener que «a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados

por la Ley 50 de 1990», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

"*El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".*

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA,** se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ,** citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte

Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

> ***"ARTÍCULO 8.*** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*
>
> *El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
>
> *Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
>
> *El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
>
> *El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.*
>
> *7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.*
>
> *Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.*
>
> *Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.*

Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

PARÁGRAFO: *En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

"Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial."

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

> ***ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS.*** *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*
>
> ***PARÁGRAFO 1o.*** *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.*
>
> ***PARÁGRAFO 2o.*** *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*
>
> ***PARÁGRAFO 3o.*** *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*
>
> ***PARÁGRAFO 4o.*** *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*
>
> *El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo*

prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *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.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales*. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:*

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir l a totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

(…)

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, ***el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley****, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

(…)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman del patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.

- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

- 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.

De lo que concluye el Fondo que "*el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia*".
En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1.Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el ***05 DE FEBRERO DE 2021****. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la*

información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional, en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado 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 FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto 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 y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 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 y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, 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 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, 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.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, 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», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	***Docente cobijado por la Ley 91/89***
Salario: $1.200.000 *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual):* ***$400.000***	*Salario: $1.200.000* *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías):* ***$840.840***

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías

correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para 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 perciba, 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.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año

anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente*.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

> ***Artículo primero.*** *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. 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.*
>
> *2º. 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 período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.*
>
> *3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.*
>
> *4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.*

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

> *"(…)* ***ARTÍCULO TERCERO****: Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de*

Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año" (…)

***ARTICULO CUARTO**: 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 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 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)""* Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2007 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de $5.176.924 (fls. 74-75 02AnexosDemanda202200059.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989[9] se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite

[9] **ARTÍCULO 4.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. S**erán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(…)

en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría "*consignación de las cesantías*", no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99

de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de $857.552, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **ALEJANDRA MARÍA ESPITIA ZAMORA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo "26Alegatos*Fomag.pdf"* del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada JOHANNA MARCELA ARISTIZÁBAL URREA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.262.068 y tarjeta profesional No. 299.261 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "26Alegatos*Fomag.pdf*" del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **206a72b45d080ae10ca6c6db21484cdea62af3f5b07c10eb6708a7d571263b12**
Documento generado en 31/03/2023 04:47:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-**2022-00060-**00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARÍA LUCELLY PÉREZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	080
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 036 DEL 10 DE ABRIL DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

> **1.** *Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como el día* ***NOM-513 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2021****, expedido por* ***CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA****, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

***2.** Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

***1.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

***2.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

***3.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

***4.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN -** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

***5.** Que se ordene a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

***6.** Condenar en costas a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN** de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 22 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 513 del 22 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de $2.900.865 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 78 a 79 del archivo "02EscritoDemandaAnexos.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. El **Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** No contestó la demanda.

2.3.2. El **Departamento de Caldas** (archivo *12ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de “Buena fe” e “*Inexistencia de la obligación*”.

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 25Alegatos*Demandante.pdf)***:**

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *(archivo 26AlegatosFomag.pdf***:** Adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del 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, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.
En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la "consignación" entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas : No presentó alegatos.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- ¿Es *procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas propuso la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad

facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –*

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.

De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:

1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.

(…)

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración, gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas sí se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del

empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934[1], otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945[2], se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946[3] replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo[4].

Desde el punto de vista jurisprudencial[5], ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.[6]

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 12**.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*
>
> *"a) ….*

---

[1] «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.
[…]
ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:
a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;
b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;
c).En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.
PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

[2] Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.

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

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

[5] Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).

[6] Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

"(…)

"f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continúo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años."

***"ARTÍCULO 17**.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: "a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942."*

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

***"ARTÍCULO 6º**.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses."*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

***"Artículo 99-** El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1. *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
2. *El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
3. *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el*

fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4. *Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*
5. *Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.*
6. *Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a: a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.*
7. *Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.*

***Parágrafo.** - En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía."*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema[7].

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: ***3ª)**. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en*

[7] Sentencia Su- 041 de 2020

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (…)".

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

> ***Artículo 1°.*** *El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998…*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

> *"Artículo 2º:*
>
> *(…)*
>
> ***Parágrafo*** *- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

***"3.- Cesantías**:*

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

> ***“Artículo 81****. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
>
> *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (…)”*

Y aunque la Ley 91 de 1989 se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías en su artículo 13:

> *“**Artículo 13.** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*
>
> *a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
>
> *b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo”.*

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002[8], señaló en su artículo 3º, que *"los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000".*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996,** que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece

[8] "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial"

claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado ha considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990 en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede

afirmar que también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectivo que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la ratio decidendi, siendo los obiter dictum, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran incescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi d*e la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.

2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.

3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que "*se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador*" y culmina ordenando *"a la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno*

al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

> *65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas*

complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extendérseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado79 en sostener que «a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de

septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

"*El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".*

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA,** se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ,** citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad

contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

> ***"ARTÍCULO 8.*** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*
>
> *El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
>
> *Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.

El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.

7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.

Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

***PARÁGRAFO:** En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

"Artículo 12°.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público

oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial."

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser*

objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. *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.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La*

incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *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.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

***Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales**. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:*

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir l a totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

(…)

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, ***el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley****, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

(…)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman del patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.

- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

- 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.

De lo que concluye el Fondo que "*el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia*".
En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

> *Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:*
>
> *1.Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el*

mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el ***05 DE FEBRERO DE 2021****. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional, en orden a:
«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado 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 FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto 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 y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 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 y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, 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 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, 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.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, 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», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	***Docente cobijado por la Ley 91/89***
Salario: $1.200.000 *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual):* ***$400.000***	*Salario: $1.200.000* *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías):* ***$840.840***

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para 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 perciba, 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.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales,

como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente*.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

Artículo primero. *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. 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.*

2º. 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 período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

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

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

"(…) ***ARTÍCULO TERCERO****: Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año" (…)*

ARTICULO CUARTO*: 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 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 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)""* Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2007 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de $2.900.865 (fls. 78-79 02AnexosDemanda202200060.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989[9] se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero

[9] **ARTÍCULO 4.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. S**erán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(…)

de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría "*consignación de las cesantías*", no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de $641.022, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **MARÍA LUCELLY PÉREZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo "26Alegatos*Fomag.pdf"* del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada DIANA MARÍA HERNÁNDEZ BARRETO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.383.288 y tarjeta profesional No. 290.448 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "26Alegatos*Fomag.pdf"* del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fac9ebe7b8040ae51d9587c1cd0e375e1e36eae8a3e3bccd22228b664f056e6b**

Documento generado en 31/03/2023 04:47:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-**2022-00098-**00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	CAROLINA BASTOS BEDOYA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	081
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 036 DEL 10 DE ABRIL DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

> **1.** *Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como el día* ***NOM-435 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2021****, expedido por* ***CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA****, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

***2.** Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

***1.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

***2.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

***3.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

***4.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN -** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

***5.** Que se ordene a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

***6.** Condenar en costas a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN** de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 58 a 61 del archivo "02AnexosDemanda20220009800.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 22 de septiembre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 435 del 22 de septiembre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 52 a 57 del archivo "02AnexosDemanda20220009800.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de $7.539.699 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 31 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 73 a 74 del archivo "02AnexosDemanda20220009800.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda:

2.3.1. El **Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** (archivo *014ContestacionFomag.pdf*)**:** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 "*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*" expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precisando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual** sobre **el saldo de las cesantías existentes** a 31 de

diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 "*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*" expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la "consignación de cesantías". En lugar de una consignación, los docentes tienen la

posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.
En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó "*Inexistencia de la obligación*".

2.3.2. El **Departamento de Caldas** (archivo 0*12ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los

recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de "Buena fe" e "*Inexistencia de la obligación*".

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 26Alegatos*Demandante.pdf)***:**

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada

año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *(archivo 25AlegatosFomag.pdf***:** Adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del 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, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los

docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de "liquidación de estas", teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.
Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.
En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la "consignación" entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados

como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas: No presentó alegatos.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- ¿Es *procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas propuso la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.*
>
> *De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:*
>
> *1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;*
>
> *2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.*
>
> *(…)*

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración,

gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas sí se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934[1], otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta

[1] «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.
[…]
ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:
a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;
b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;
c).En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.
PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945[2], se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946[3] replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo[4].

Desde el punto de vista jurisprudencial[5], ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.[6]

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 12**.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*
>
> *"a) ….*
>
> *"(…)*
>
> *"f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.*
>
> *Cada tres años de trabajo continúo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años."*
>
> ***"ARTÍCULO 17**.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: "a) Auxilio de cesantía a*

---

[2] Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.
[3] ***«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»***
[4] «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»
[5] Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).
[6] Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942."

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 6º****.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses."*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

> ***"Artículo 99-*** *El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*
>
> 1. *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
> 2. *El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
> 3. *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.*
> 4. *Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*
> 5. *Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.*
> 6. *Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a: a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;*

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7. *Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.*

Parágrafo. *- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía."*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema[7].

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: ***3ª)****. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (…)"*.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a).

[7] Sentencia Su- 041 de 2020

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

> ***Artículo 1°.*** *El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998…*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

> *"Artículo 2º:*
>
> *(…)*
>
> ***Parágrafo*** *- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*
>
> *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".*

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

> *"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales,*

mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

***"3.- Cesantías**:*

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, "por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

> ***"Artículo 81**. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (…)"

Y aunque la Ley 91 de 1989 se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías en su artículo 13:

*"**Artículo 13.** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo".

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002[8], señaló en su artículo 3º, que *"los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000".*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996,** que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

[8] "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial"

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado ha considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990 en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectivo que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la ratio decidendi, siendo los obiter dictum, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran incescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi d*e la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.

2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.

3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que "*se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador*" y culmina ordenando *"a la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990*."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su

vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

> *65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»*
>
> *66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extendérseles en*

razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado79 en sostener que «a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

> "*El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".*

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA,** se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ,** citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento

por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

> ***"ARTÍCULO 8.*** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*
>
> *El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
>
> *Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*

El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.

7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.

Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

***PARÁGRAFO:** En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

"Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.

4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y

8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial."

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *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.

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de

la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *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.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

***Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales**. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:*

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir l a totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

(…)

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, ***el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley****, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

(…)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman del patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.

- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

- 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.

De lo que concluye el Fondo que "*el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia*".
En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

> *Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:*
>
> *1.Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.*

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el ***05 DE FEBRERO DE 2021****. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la

información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional, en orden a:
«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado 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 FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto 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 y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 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 y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, 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 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, 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.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, 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», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	***Docente cobijado por la Ley 91/89***
Salario: $1.200.000 *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual):* ***$400.000***	*Salario: $1.200.000* *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías):* ***$840.840***

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para 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 perciba, 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.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente*.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

> ***Artículo primero.*** *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. 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.*

2º. 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 período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

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

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

"(…) ***ARTÍCULO TERCERO****: Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año" (…)*

ARTICULO CUARTO*: 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 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 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)""* Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2005 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de $7.539.699 (fls. 73-74 02AnexosDemanda202200098.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989[9] se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las

[9] **ARTÍCULO 4.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. S**erán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(…)

cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría "*consignación de las cesantías*", no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de $958.927, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, propuesta tanto por el DEPARTAMENTO DE CALDAS como por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* propuesta tanto por el DEPARTAMENTO DE CALDAS como por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **CAROLINA BASTOS BEDOYA** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo "25Alegatos*Fomag.pdf"* del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada JOHANNA MARCELA ARISTIZÁBAL URREA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.262.068 y tarjeta profesional No. 299.261 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "25Alegatos*Fomag.pdf"* del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4a1f3f3fbf06d14e3cfd933fdcec9b4a584269d74ca9ad5faf964c6db6e9af52**

Documento generado en 31/03/2023 04:47:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-**2022-00170-**00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MÓNICA ANDREA GONZÁLEZ SALGADO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA Nº:	082
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 036 DEL 10 DE ABRIL DE 2023

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente:

> **1.** *Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como el día* ***NOM-605 DEL 22 DE OCTUBRE DE 2021****, expedido por* ***CARMENZA QUINTERO TORRES- PROFESIONAL UNIVERSITARIA DE NÓMINA****, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991,*

indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

***2.** Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

***1.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN** a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.*

***2.** Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

***3.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una*

las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

***4.** Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN -** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*

***5.** Que se ordene a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN,** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*

***6.** Condenar en costas a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN** de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantía y el pago tardío de los intereses del año 2020. *Hecho documentado en las páginas 61 a 64 del archivo "02AnexosDemanda20220017000.pdf" del expediente.*

2. Mediante comunicación electrónica del 12 de octubre de 2021, se dio respuesta a la petición a través del Oficio NOM 605 del 12 de octubre de 2021 y Respuesta masiva del Fomag del 06 de agosto de 2021, donde no se accedió a la solicitud de pago de sanción mora. *Hecho documentado en las páginas 56 a 60 del archivo "02AnexosDemanda20220017000.pdf" del expediente.*

3. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de $3.213.590 y le realizaron el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a la vigencia 2020 el 27 de marzo de 2021. *Hecho documentado en las páginas 76 a 77 del archivo "02AnexosDemanda20220017000.pdf" del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad de los actos administrativos mencionados a través de los cuales se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así mismo, la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.

2.3. Contestación de la demanda:

2.3.1. El **Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** (archivo *014ContestacionFomag.pdf*)**:** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 "*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*" expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Precisando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual** sobre **el saldo de las cesantías existentes** a 31 de

diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 "*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*" expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la "consignación de cesantías". En lugar de una consignación, los docentes tienen la

posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.
En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó "*Inexistencia de la obligación*".

2.3.2. El **Departamento de Caldas** (archivo 16*ContestacionDemandaDeptoCaldas.pdf*) señala que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refiere que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explica que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los

recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, las excepciones de "Buena fe" e "*Inexistencia de la obligación*".

2.4. Traslado de Excepciones:

Dentro del término de traslado de las excepciones la parte demandante no se pronunció.

2.5. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante (archivo 27Alegatos*Demandante.pdf)***:**

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda y afirmó que quedó probado en el proceso que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de la parte demandante al FOMAG dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Indicó que la finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990.

Adujo que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos; actuación que solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada

año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

Expuso que no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad, por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Manifestó que de conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, como se puede evidenciar, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Valga aclarar que aduciendo a un recurso de apelación referente a una providencia que aún no ha dictado este despacho, explica que la liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Concluye que queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben CONSIGNAR en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *(archivo 29AlegatosFomag.pdf***:** Adujo que en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del 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, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los

docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Precisa que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente y que esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Reiteró que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.
En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Con respecto a los intereses a las cesantías aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

Refirió que la base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados

como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Argumentó que se acredita que la parte demandante se encuentra afiliada al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Concluye afirmando que es claro que NO le asiste derecho a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

2.5.3. Departamento de Caldas *(archivo 28AlegatosDeptoCaldas.pdf)***:** Se ratificó en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda y manifestó que lo expuesto por la parte actora es cierto en el sentido de que se debe aplicar la Ley 91 de 1989, al ser este el régimen excepcional para los docentes y allí no está consagrada la INDEMNIZACIÓN MORATORIA, entonces mal haría el juez en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Indica que para el caso en cuestión, la Secretaría de Educación cumplió con todos los parámetros establecidos sin incidir su actuar en un eventual retardo del pago, por tanto, su conducta no es imputable como causación de la mora por el pago.

Reitera que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.

Insiste en que los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes, pues la destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo, en este caso, La Fiduprevisora S.A. Así las cosas, existe una imposibilidad operativa de que exista indemnización moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

Cita como precedente judicial, sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta, del 28 de septiembre de 2022, proceso con radicado No. 2022-00142 en donde se deniegan las súplicas de la demanda, en la medida en que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

Con base en lo anterior, solicita denegar de plano las pretensiones de la parte demandante y se exonere de cualquier tipo de responsabilidad al ente territorial.

2.6. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos Procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se advierte que no existe la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, se recuerda que los problemas jurídicos planteados en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial son:

- ¿Es *procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan?*
- *¿Hay lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?*

Con la solución a los anteriores problemas jurídicos se resolverán de contera los argumentos propuestos por las entidades demandadas para su defensa.

3.3. De la falta de legitimación en la causa alegada por el Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas propuso la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, indicando al respecto que no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, pues es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, en iguales término la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Agregando además que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del Nivel Central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realizar el pago correspondiente.

Para resolver la excepción, se tiene:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- El Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- El Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2015, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 170012333000-201300654-01, estableció lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Ahora, con la expedición del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, solo se reguló el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; así se observa del capítulo II del citado decreto, que en precedencia se ha transcrito.*
>
> *De la lectura y análisis de las normas anteriores, se concluye lo siguiente:*
>
> *1) Que la legitimación por pasiva en este asunto es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;*
>
> *2) Las Secretarías de Educación de los entes territoriales tienen una obligación legal de participar en el procedimiento de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio, como dependencia encargada de conformidad con la ley, de participar en el proceso e incluso de expedir el acto de reconocimiento.*
>
> *(…)*

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad del orden nacional que dirige el sector educativo y en virtud de la Ley 91 de 1989, preside el Consejo Directivo del FOMAG, al que corresponde la administración,

gestión e inversión de los recursos del fondo, y las Secretarías de Educación certificadas son las dependencias del nivel territorial encargadas de la administración del servicio educativo descentralizado que, en vigencia del Decreto 1272 de 2018, y que por virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, tienen competencias en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a los docentes oficiales. Por lo tanto, se trata de autoridades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, con responsabilidades en la atención de solicitudes sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, como son las solicitadas por la parte demandante en el presente proceso.

Sumado a ello el Departamento de Caldas, es el ente encargado de reportar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, el informe consolidado con el número reportes de docentes activos y retirados liquidados a través del aplicativo y el valor total de cesantías, con fecha límite 5 de febrero.

Lo que lleva a concluir que el Departamento de Caldas sí se encuentra legitimado para responder por las súplicas de la demanda, por lo que se declarará no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.4. Estudio normativo y jurisprudencial

3.4.1. Del régimen de cesantías:

Las cesantías se constituyen en una prestación unitaria a favor de los trabajadores y a cargo del empleador, que tiene por objeto cubrir eventualmente la cesación del empleo (si son definitivas) o satisfacer necesidades de capacitación y vivienda (cuando son parciales).

En principio, fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934[1], otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta

[1] «Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados.
[…]
ARTÍCULO 14.- Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:
a). Quince días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;
b). Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad para los treinta días siguientes y la tercera parte para el tiempo restante;
c).En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.
PARÁGRAFO. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello.»

o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945[2], se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

Con posterioridad, la Ley 65 de 1946[3] replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado cualquiera que fuere el motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, reproducida finalmente así en el Código Sustantivo del Trabajo[4].

Desde el punto de vista jurisprudencial[5], ha sido entendida como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.[6]

3.4.2. Marco jurídico en materia de cesantías anualizadas

La Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, creó el auxilio de cesantías, en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 12**.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*
>
> *"a) ….*
>
> *"(…)*
>
> *"f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.*
>
> *Cada tres años de trabajo continúo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años."*
>
> ***"ARTÍCULO 17**.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: "a) Auxilio de cesantía a*

---

[2] Ley 6 de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.», Artículo 17.
[3] ***«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»***
[4] «ARTÍCULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.»
[5] Corte Constitucional. Sentencia SU 336/17. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO (E).
[6] Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, agosto 6 de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ-SII-022-2020

razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942."

A través del Decreto 1160 de 1947, se reglamentó el auxilio de cesantía, indicando el artículo 6º, lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 6º**.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses."*

Posteriormente la Ley 50 de 1990 mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías de la siguiente manera:

> ***"Artículo 99-** El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1. *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
2. *El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
3. *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.*
4. *Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*
5. *Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.*
6. *Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a: a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;*

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7. *Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.*

Parágrafo. *- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía."*

Esta misma Ley 50/90 modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; conocido como retroactividad en las cesantías, (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema[7].

Además de ello, en el régimen anualizado de liquidación de cesantía, se previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, establecida en el artículo 99, Ley 50 de 1990: ***3ª)****. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (…)"*.

En este orden normativo, retomando las disposiciones enunciadas, es claro que la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, según el contenido del artículo 13 transcrito en párrafos anteriores, de lo cual se resalta el literal a en el que se anota que el 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de las cesantías, y el literal b) que refiere la aplicabilidad de las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a).

[7] Sentencia Su- 041 de 2020

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344, estableció expresamente que los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 eran aplicables a los servidores públicos del nivel territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996:

> ***Artículo 1°.*** *El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998…*

3.4.3. El régimen de cesantías aplicable a los docentes oficiales

Ahora bien, tratándose de los docentes, se debe decir que la Ley 91 de 1989 creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación encargada del pago de las prestaciones de los docentes afiliados, entre ellas las cesantías, recursos administrados por una sociedad fiduciaria que en la actualidad es la Fiduciaria La Previsora –FIDUPREVISORA S.A.-.

En lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 reguló:

> *"Artículo 2º:*
>
> *(…)*
>
> ***Parágrafo*** *- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*
>
> *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".*

En el numeral 1° del artículo 15 de la misma disposición, señaló frente al régimen prestacional, lo siguiente:

> *"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales,*

mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Específicamente respecto de las cesantías, el numeral 3° del artículo en cita, reza:

***"3.- Cesantías**:*

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

En similar sentido, la Ley 812 de 2003, "por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", en el artículo 81, señala que el régimen de los docentes vinculados desde la vigencia de esta ley es el regulado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

> ***"Artículo 81**. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (…)"

Y aunque la Ley 91 de 1989 se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías en su artículo 13:

*"**Artículo 13.** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo".

Así las cosas, como puede observarse la Ley 91 de 1989 no reguló lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de *transición normativa*; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que serían regidos por las preceptivas aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989. De esta manera, (i) los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes territoriales nombrados con cargo a sus recursos propios mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, siempre y cuando no hubiere variaciones en la autoridad nominadora (origen de los recursos o presupuesto); y (ii) los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Significa lo anterior que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

El Decreto 1919 de 2002[8], señaló en su artículo 3º, que *"los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000".*

En la actualidad **el régimen retroactivo de cesantías en el ramo docente se aplica únicamente a los educadores nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y a los de vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1996,** que conserven ese tipo de nombramiento.

3.4.3. De las categorías de sanción moratoria relacionadas con cesantías en el ordenamiento jurídico colombiano

Conviene inicialmente establecer claramente el tipo de peticiones moratorias que en torno al pago inoportuno de las cesantías permite el ordenamiento jurídico y que han sido solicitadas por los docentes oficiales.

En primer lugar, se tiene la sanción moratoria contemplada en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que sanciona el pago inoportuno de las cesantías con ocasión de la solicitud que de las mismas haga el empleado, sean estas parciales o definitivas; de la cual se desprende jurisprudencia pacífica en torno a la aplicación de la misma a los docentes, y regulación normativa reciente (artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 942 de 2022) que establece claramente no solo su procedencia, sino la forma como debe ser asumida por quienes tienen injerencia directa en el pago de dicha prestación.

En segundo lugar, se encuentra la sanción moratoria por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, y que consiste en castigar no la demora en el pago después de haber sido solicitada sino la demora en su consignación ante el Fondo Administrador de Pensiones ante el cual se encuentre afiliado el empleado, y que es objeto de control judicial en esta providencia.

[8] "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial"

En tercer lugar, la sanción moratoria por el pago de los intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior, después del 31 de enero del año subsiguiente, contemplada en el artículo primero de la Ley 52 de 1975.

Serán entonces la segunda y tercera sanción moratoria relacionadas, las que ameritan el escrutinio de esta juzgadora en el caso concreto.

3.4.3. Precedente jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte demandante sustenta su demanda en que el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no procedieron de manera efectiva a consignarle a la parte actora las cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero de 2020 ni los intereses de las mismas antes del 31 de enero de 2020. Para sustentar su estrategia de litigio trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes a partir de los cuales concluye que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990, razón que impone el pago de las sanciones respectivas.

Dicha aseveración, de la forma categórica como está planteada, no puede aceptarse por el Despacho, pues si bien es cierto, a dicha conclusión se puede arribar de manera general, el caso concreto expone unos contornos fácticos y jurídicos que difieren de los casos en concreto que se analizaron en dichas providencias y que obligan a un análisis particular y preciso que se realizará más adelante, una vez se esclarezcan las premisas normativas y jurisprudenciales aplicables al litigio que se somete a consideración del despacho.

En efecto, en diferentes decisiones que datan del año 2019 hasta el presente, el Consejo de Estado ha considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes oficiales las previsiones de la Ley 50 de 1990 en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que, en principio, se puede afirmar que también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, interpretación que se ha abierto paso con ocasión de la sentencia de unificación que frente al tema profirió la Corte Constitucional (SU-098/18) ordenando al Consejo de Estado proferir una sentencia acorde con los principios de interpretación conforme a la constitución y de favorabilidad en materia laboral, y sobre la cual volveremos más adelante.

En línea con lo anterior, este Despacho considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, y sobre los cuales fundamenta su demanda, no son susceptibles de aplicarse en la forma automática como se pide; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que deberá asumir el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque los elementos fácticos y normativos que enmarcan el presente litigio no son concordantes con los casos concretos que se deciden en dichas providencias.

Es así que el precedente judicial vertical que obliga a los jueces de menor jerarquía a adoptar de determinada forma las decisiones en casos similares a los decididos en sentencias de unificación, implica para el juzgador un ejercicio intelectivo que va más allá de la aplicación mecánica de una regla jurisprudencial y lo lleva a un escenario de verificación de la identidad entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de unificación y los del caso que se le presenta para su resolución, todo en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica que constituyen la teleología de la función unificadora de las altas cortes.

Como también debe precisarse que quien alegue la aplicación de un precedente debe observar claramente si lo que está planteando como tal se refiere a la *ratio decidendi* de la sentencia o a alguno o algunos de los *obiter dictum* de la misma, pues en el segundo de los casos la obligatoriedad del precedente se relativiza, esto es, ontológicamente, lo que constituye el precedente es la ratio decidendi, siendo los obiter dictum, los dichos, conceptos, preceptos normativos o análisis, que si bien facilitan la construcción argumental de la decisión judicial no se encuentran incescindiblemente ligados con la decisión, razón por la cual pueden o no ser adoptados como fuente de interpretación de las normas.

Así las cosas, el hecho de encontrar de manera aleatoria en una serie de sentencias unas premisas argumentativas que, en principio, serían aplicables al caso que se resuelve, no es suficiente para solicitar la aplicación de un precedente, toda vez que se debe verificar a que supuestos fácticos fueron aplicadas, aun cuando constituyan *ratio decidendi d*e la providencia.

Se precisa entonces que el precedente constituye una verdadera regla de derecho y, en consecuencia, solo está dado apartarse de la postura jurisprudencial cuando se verifica la existencia de hechos que hagan inaplicable el precedente en el caso concreto o que se presenten elementos de juicio sobrevinientes no considerados en su oportunidad por el superior que al analizarse permitan desarrollar de manera más coherente la institución jurídica en mención, en ambos casos, con la debida y suficiente justificación.

Bajo estas consideraciones, procede el Despacho a analizar cada una de las sentencias que la parte actora trae al presente litigio como precedente que a su juicio debería ser aplicado en el caso concreto:

1. Sentencia SU-098 de 2018. Corte Constitucional.

2. Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA. Unificación.

3. Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

4. Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

5. Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA.

6. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

7. Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

8. Radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

La sentencia **SU-098 de 2018**, se puede establecer como la providencia que sirvió de insumo para desarrollar una línea jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales. En ella se adoptó como *ratio decidendi* que "*se concurre en violación directa de la Constitución porque aunque la norma no está expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador*" y culmina ordenando *"a la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990*."

Sin embargo, dicho fallo se enmarcó en una situación fáctica diferente a la que aquí se ventila, esto es, el demandante en su calidad de docente reclamó la sanción moratoria porque no había sido afiliado al FOMAG por el respectivo ente territorial y, por ende, se desconoció la aplicación de la Ley 50 de 1990, pues al no afiliarlo no se le colocaron a su disposición los recursos para el pago de sus cesantías, lo que de contera ameritaba la sanción estipulada. A lo anterior se agrega, que la Corte Constitucional no analizó de manera concreta la diferencia sustancial en la forma como opera el FOMAG, esto es, la dualidad entre el pago de la prestación y a su

vez como administrador del dinero, a diferencia de lo que sucede con los fondos privados regidos por la Ley 50 de 1990 y del propio Fondo Nacional del Ahorro, análisis que indefectiblemente debe realizarse para efectos de determinar la responsabilidad concreta del FOMAG en el *sub judice*.

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia en el **Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, en la cual acogió la interpretación de la Corte Constitucional y en reemplazo de la providencia que fuera atacada por vía de tutela profirió una nueva en la que ordenó el pago de la sanción moratoria al accionante y adoptó como línea de interpretación que, encontrándose un vacío en la norma especial frente a la sanción moratoria por **no consignación** de las cesantías, se debía aplicar la norma general, en este caso, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se debía imputar la penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. La decisión se fundamentó en las siguientes premisas:

> *65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012- 2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»*
>
> *66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extendérseles en*

razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado79 en sostener que «a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU-098/18 del 18 de octubre de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

Caso similar ocurre con lo resuelto en el **radicado 08001-23-33-000-2015-00331-01. 17 de junio de 2021. M.P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, donde la docente nombrada en el Municipio de Piojó (Atlántico) tampoco fue afiliada al FOMAG desde su vinculación, tal como se desprende de los hechos probados que establece el mismo Consejo de Estado en su providencia:

> "*El 3 de junio de 2015, mediante Oficio 1954, el Secretario de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de la sanción moratoria al considerar que la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no se aplica a los docentes oficiales. Adicionalmente, indicó que en todo caso le correspondía al municipio de Sabanalarga consignar el auxilio de cesantías de los años 2000 a 2002, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".*

En cuanto a la providencia proferida en el **Radicado 54001-23-33-000-2016-00236-01. 21 de febrero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA,** se observa que en ella se resolvió como problema jurídico si el demandante era beneficiario del régimen de retroactividad en las cesantías o del régimen anualizado, supuestos fácticos que no se relacionan con el objeto de litigio presentado ante el Despacho, por lo que no se hace necesario analizar la argumentación allí vertida.

En lo que respecta a los pronunciamientos posteriores del H. Consejo de Estado, esto es, **Radicado 08001-23-33-000-2014-00208-01. 10 de julio de 2020. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01. 12 de noviembre de 2020. M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado 08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017). 17 de junio de 2021. M.P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ,** citadas por la parte actora y otras que fueron encontradas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho como por ejemplo la **sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P: William Hernández Gómez**, si bien se acoge el criterio de favorabilidad inicialmente propuesto por la Corte Constitucional se observan diferencias fácticas con el caso concreto que aquí se resuelve.

En efecto, todas las providencias que se acaban de relacionar conservan un mismo presupuesto fáctico, esto es, la ausencia de consignación de las cesantías anualizadas durante los años 2001, 2022 y 2003 en el Municipio de Sabanalarga-Atlántico, entidad territorial que se encontraba en acuerdo de reestructuración de pasivos del que trata la Ley 50 de 1999, que impidió, por razones que no se ventilan en las providencias referidas, la consignación de la tantas veces mencionada prestación y frente a lo cual se arribó a la conclusión de que en ese caso hubo un incumplimiento del ente territorial que ameritaba la aplicación de la penalidad contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, en la mayoría de ellas se negaron las pretensiones o se accedió parcialmente, con ocasión de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

Mención especial merece la sentencia de unificación **Radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) 6 de agosto de 2020 M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA**, pues en ella se unifica la jurisprudencia frente a la prescripción de la sanción moratoria, claramente aplicable a los casos en los cuales procede la sanción, como los que se acaban de reseñar y han sido objeto de pronunciamiento

por parte de las Altas Cortes, pero que NO unifica la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en los casos en los cuales la consignación de las cesantías a los docentes sigue el curso normal que le ha fijado la normatividad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que garantice la disponibilidad cada año de los recursos de las cesantías correspondientes a los docentes afiliados a ese Fondo. Análisis que se efectuará en el numeral subsiguiente.

Nótese entonces que, dentro de las providencias allegadas por la parte demandante y las identificadas en la búsqueda jurisprudencial realizada por el Despacho, no se encuentra una regla jurisprudencial unificadora aplicable al caso concreto que hoy nos ocupa, lo anterior, por cuanto las *sentencias de unificación* estudiadas resuelven casos con supuestos fácticos disímiles y las demás providencias son *sentencias ordinarias*, si se permite la expresión, que no constituyen precedente obligatorio y tampoco resuelven casos similares al presente.

En conclusión, no existe un precedente judicial que de manera inequívoca y categórica obligue a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50/90 en el *sub judice*, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos que rodean el caso para arribar a una decisión que podría o no coincidir con la dispuesta por el Consejo de Estado en los casos que se acaban de reseñar.

3.4.4. Del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 91 de 1989, en su artículo 8 preceptúa:

> ***"ARTÍCULO 8.*** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*
>
> *El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
>
> *Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*

El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.

7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.

Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

***PARÁGRAFO:** En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.*

Y el Decreto 196 de 1995 preceptuó:

"Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.

4. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y

8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial."

Por su parte, la Ley 715 de 2001 respecto del manejo de recursos para la educación por parte de entidades territoriales certificadas estableció:

ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.*

PARÁGRAFO 1o. *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.

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.*

PARÁGRAFO 3o. *El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.*

PARÁGRAFO 4o. *El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.*

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

Y respecto a la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para el funcionamiento del sector educativo, se dijo:

ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de

la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

A su vez, el Decreto 3752 de 2003 *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.*, estableció respecto de la afiliación del personal docente:

***Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales**. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:*

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir l a totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en lo concerniente al manejo y administración de los recursos para el pago de las prestaciones sociales del Magisterio, indica:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

(…)

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, ***el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley****, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

(…)

Ahora bien, el principio de unidad de caja se encuentra definido de manera general en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

Concepto normativo que llevado al caso concreto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se entiende como el recaudo, de todos los rubros destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados, en una caja común para atender su pago.

En ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda indicó claramente las fases que debe agotar para la apropiación de los recursos que conforman del patrimonio autónomo del FOMAG, las cuales se citan de manera textual atendiendo a que es esta la entidad que desarrolla tal procedimiento:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.

- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

- 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.

De lo que concluye el Fondo que "*el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia*".
En efecto, dentro de la prueba documental aportada y debidamente incorporada al proceso se observa el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, en el cual se orientó:

> *Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:*
>
> *1.Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. Por lo tanto, se solicita a cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago.*

Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías. Esta información debe ser enviada al correo electrónico interesescesantias@fiduprevisora.com.co. Como soporte documental, deben remitir al Fondo un oficio acompañado del reporte generado por HUMANO, los reportes IMPRESOS deben llegar firmados por la autoridad nominadora y por el pagador de la Entidad Territorial Certificada, ya que sin las mencionadas firmas los reportes carecen de validez.

Una vez la Secretaría de Educación confirme al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a través de correo electrónico que la información puede ser tomada en línea, el FOMAG procederá de conformidad, haciendo la salvedad que cualquier cambio que la Secretaría de Educación realice en la información en HUMANO, con posterioridad a esta fecha, no se verá reflejado en la información obtenida en línea, por lo tanto no afectará el pago de intereses a las Cesantías, siendo la Secretaría de Educación la responsable por el cambio de valores por fuera de los términos.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el ***05 DE FEBRERO DE 2021****. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.*

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador.

4. La Coordinación de Afiliación de Docentes, Pensionados y Beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG remite mensualmente a cada Secretaría de Educación la base de datos de docentes activos vinculados a través de cada ente territorial, lo anterior con el fin de que cada entidad valide la

información allí contenida, como nombres y apellidos, régimen, fechas de afiliación y posesión entre otros. En consecuencia, los pagos se programan de conformidad a los datos registrados en la base de docentes afiliados y a los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación. (Negrillas fuera de texto.)

En acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 098 de 2018 el Consejo de Estado profirió providencia de reemplazo en el Radicado 76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014. 24 de enero de 2019. M.P. Dra. SANDRA LISETH IBARRA, y pese a que, como ya se mencionó, acató la regla jurisprudencial allí establecida, dejó claramente decantada la diferencia entre la operación de los fondos privados y el FOMAG, en los siguientes términos:

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional, en orden a:
«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.»

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado 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 FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto 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 y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 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 y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, 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 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, 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.

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, 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», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	***Docente cobijado por la Ley 91/89***
Salario: $1.200.000 *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual):* ***$400.000***	*Salario: $1.200.000* *Saldo total de cesantías: $12.000.000* *- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000* *- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías):* ***$840.840***

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para 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 perciba, 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.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.»

De las normas y jurisprudencia citada, se observa entonces que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

De lo que se concluye entonces que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes**, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

De lo cual se tiene que el procedimiento o flujo de recursos de las prestaciones sociales de los docentes, es recibido por la fiduciaria en su totalidad y de forma general por los docentes activos y retirados afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Bajo el anterior contexto, se tiene igualmente que la entidad territorial, según la programación del mismo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba hasta el 5 de febrero de 2021 para reportar las cesantías de los docentes ante el Fondo de Prestaciones Sociales; es decir, que pese a que dicho Fondo cuenta con los recursos para el reconocimiento de las cesantías, sí cumple con el proceso para garantizar su reconocimiento y tener a disposición las sumas reconocidas en tiempo oportuno, no advirtiéndose entonces la existencia de obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, pues las mismas están a su disposición de acuerdo a lo dineros aportados por el Sistema General de Participaciones.

Es por eso que debe concluirse que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, **en los casos analizados por la jurisprudencia**, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contenga diferencias sustanciales.

3.4.4. La consignación de los intereses a las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Respecto al pago de intereses a las cesantías el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el numeral 2, preceptúa:

> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente*.

Y la omisión en el pago tiene una penalidad que contempla la Ley 52 de 1975, así:

> ***Artículo primero.*** *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. 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.*

2º. 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 período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

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

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

No obstante lo anterior, para el caso de pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado:

"(…) ***ARTÍCULO TERCERO****: Las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva Oficina Regional del Fondo del Magisterio en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año" (…)*

ARTICULO CUARTO*: 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 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 6 de febrero y hasta el 15 de marzo de cada año (…)""* Negrilla fuera del texto.

3.5. El caso concreto

3.5.1. Frente a la consignación de las cesantías

La parte demandante solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales correspondientes al año 2020.

Para decidir el derecho que le asiste a la parte demandante, se observa a partir de los documentos allegados que se encuentra con vinculación como docente y

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2013 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de $3.213.590 (fls. 76-77 02AnexosDemanda202200170.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989[9] se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; por lo tanto, es del caso tener en cuenta que si bien el numeral 3 del artículo 99 insistentemente citado, obliga a la consignación de las cesantías como fecha máxima el 15 de febrero del año siguiente, que para este caso sería el año 2021, esta consignación se exige realizarse en el fondo privado que haya elegido el servidor público, no obstante, como ya se advirtió la parte demandante no se encuentra en ningún fondo privado sino en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, si bien es administrado actualmente mediante un contrato de fiducia mercantil por Fiduprevisora S.A., pertenece a la Nación, como entidad encargada del pago de las cesantías de los docentes afiliados al citado fondo, por lo que la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, no se omite en este preciso caso porque al estar afiliado el docente al fondo, la disponibilidad de los recursos está garantizada, toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que, como ya se dilucidó en acápite precedente, este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes, se reitera, son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

En efecto, la regulación contemplada en la Ley 50 de 1990 prevé, con corte al 31 de diciembre de cada año, una liquidación definitiva de las cesantías causadas por ese año en favor del trabajador, y el valor que resulte se consigna antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, en una cuenta individual, a nombre del trabajador y se deja a disposición o en administración del fondo de cesantías que éste elija. De allí que, si esta consignación no se efectúa en el término previsto, es procedente la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, a juicio de esta juzgadora, no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las

[9] **ARTÍCULO 4.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. S**erán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.(…)

cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Es por estas diferencias sustanciales, que no caprichosas ni desfavorables para la parte demandante, ni mucho menos contrarias a la Constitución, que el Juzgado no puede arribar a la conclusión que se plantea en la demanda, esto es, de imputarle omisiones al FOMAG como administrador cuando no realiza ningún traslado con consignación de recursos a ningún otro organismo ni en cuentas individuales de los docentes y, mucho menos, al ente territorial que se constituye en un mero facilitador del proceso. Se tiene visto que el FOMAG es una cuenta que, si bien es administrada por FIDUPREVISORA S.A., pertenece a la Nación como entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo que en el mismo Fondo confluyen la calidad de obligado al reconocimiento de la prestación y de pagador directo de la misma, por lo que la categoría "*consignación de las cesantías*", no puede ser entendida en la literalidad que ofrece el artículo 99 de la Ley 50 de 1999, cuerpo normativo diseñado para otro tipo de régimen que si admite esta condición.

Entonces, si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, debe decirse que en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

3.5.2. Indemnización por el pago inoportuno de intereses de las cesantías

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de $383.694, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG.

En los anteriores términos, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituye razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le es aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975 norma específica para el régimen general.

En cuanto a la reflexión que trae la parte demandante en los alegatos de conclusión en torno a si la fórmula para la liquidación de intereses de las cesantías docentes es o no más favorable frente al régimen general, se recuerda que este aspecto no hizo parte de la fijación del litigio, toda vez que de lo que se trataba en este asunto, tal como se propuso por la parte demandante desde el inicio del proceso, era determinar si en el caso concreto era o no procedente aplicar la sanción moratoria por no consignación de los intereses a las cesantías antes del 31 de enero de 2021 contemplada en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, propuesta tanto por el DEPARTAMENTO DE CALDAS como por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se negarán las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* propuesta tanto por el DEPARTAMENTO DE CALDAS como por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **MÓNICA ANDREA GONZÁLEZ SALGADO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada AIDEE JOHANNA GALINDO ACERO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.863.417 y tarjeta profesional No. 258.462 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 10184 del 09 de noviembre de 2022, visible en el archivo "29Alegatos*Fomag.pdf*" del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería al abogado MAIKOL STEBELL ORTÍZ BARRERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.019.058.657 y tarjeta profesional No. 301.812 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "29Alegatos*Fomag.pdf*" del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **62988a65b250da594025fbf26d3293b04b9e8d2e3234859efe405b9e3637ddb3**

Documento generado en 31/03/2023 04:47:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, Caldas, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-001-**2023-00048**-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	JESÚ ANTONIO GUEVARA RODRIGUEZ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE LA DORADA -CALDAS
AUTO No	0540
ESTADO No	36 DEL 10 DE ABRIL DE 2023

ASUNTO

Procede el despacho a estudiar la admisibilidad de la demanda de referencia, que da origen a la presente actuación.

CONSIDERACIONES

Una vez revisado el expediente, se observa que en este momento resulta improcedente la admisión de la demanda así propuesta en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurada por el señor JESUS ANTONIO GUEVARA RODRIGUEZ en contra del MUNICIPIO DE LA DORADA CALDAS, por las siguientes razones;

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 162 y numeral 2 del artículo 166 la de la Ley 1437 de 2011, deberá aportar copia del contrato de prestación de servicios No. 21061304, el cual fue mencionada en la demanda, pero no fue aportado como se dijo en el capítulo de pruebas, además porque solo fue allegada una certificación visible a folio 12 del expediente digital, que alude al mismo, pero ello no constituye el contrato como tal.

Igualmente, y en relación con las pruebas aportadas, y con el numeral 3 del artículo 162 del CPACA concerniente a los hechos, deberá aclarar el contrato rotulado con el número 05021306, pues si bien en la certificación visible a folio 12 del expediente digital se alude a dicho número, el contrato aportado se encuentra identificado con el número 05021603 según se observa de folios 17 a 20 del expediente digital.

En caso de que dicho contrato no sea el allegado a la actuación deberá aportar el que corresponda al número 05021306.

Así mismo, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4 del articulo 162 de la Ley 1437 de 2011, deberá establecer con claridad las normas violadas en el concepto de la violación, pues si bien alude al artículo 53 de la Constitución Política, en lo demás solo se limitó a decir *"que la entidad enjuiciada desconoció todas las normas que regulan la relación legal que se suscribe entre quienes les prestan los servicios en calidad de trabajadores al estado y este último como empleador (…)"*, pero no especificó cuáles eran esas normas, así como tampoco logra entenderse que las mismas correspondan a las dispuestas en los fundamentos de derecho.

De la misma manera de conformidad con el numeral 2 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 deberá aclarar cuál es el periodo de tiempo por el que pretende el reconocimiento deprecado, pues si bien alude el periodo comprendido entre el 03 de febrero de 2012 y el 30 de junio de 2019, de los contratos allegados se colige que parte de dicho término no fue objeto de contratación.

En caso de corresponder lo solicitado a dicho lapso temporal, deberá allegar la totalidad de los contratos por dicho periodo.

Se RECONOCE PERSONERÍA a la abogada CINDY JHOANA QUESADA BARRERO, identificada con la cédula de ciudadanía 1.105.781.539 y tarjeta profesional No. 186.888 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar de la parte demandante en los términos y para los fines del poder conferido.

El demandante, dará cumplimiento estricto a lo dispuesto por la Ley 2080 de 2021, en cuanto a la remisión de memoriales con destino a este proceso, en concordancia con lo estipulado, en especial, en el artículo 186 del CPACA, los cuales deberán remitirse al correo electrónico admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada por el señor JESUS ANTONIO GUEVARA RODRIGUEZ en contra del MUNICIPIO DE LA DORADA CALDAS**,** por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la parte demandante que corrija su demanda, subsanando los defectos indicados en la parte motiva de esta providencia, dentro del término de diez (10) días, so pena de rechazo. Copia de la corrección debrerá ser enviada al correo electrónico de la entidad demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6278ac9316453ef186d507f0b6a875f6dd9c9c418dfd9fada5703fb677a048cb**
Documento generado en 31/03/2023 04:47:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica