

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 25269-33-33-001-2022-00035-00

DEMANDANTE: OSCAR SARMIENTO CARREÑO

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG Y MUNICIPIO DE FACATATIVÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

ASUNTO: Auto resuelve excepciones previas

Facatativá, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

1. Antecedentes.

Ingresa al Despacho el expediente identificado como se anuncia en el epígrafe, con constancia secretarial que da cuenta de que se encuentra vencido el término de traslado de las excepciones; al respecto, se destaca que, durante el traslado de la demanda, las entidades demandadas, propusieron las excepciones que plantearon como (i) falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Educación, (ii) prescripción y (iii) caducidad.

Revisado el expediente se constata que la Secretaría del Juzgado corrió traslado de las excepciones propuestas por el municipio de Facatativá de conformidad con el par. 2º del art. 175 de la Ley 1437 de 2011-L.1437/2011-, modificado por el art. 38 de la Ley 2080 de 2021¹, es decir, atendiendo lo dispuesto en los arts. 201 y 201A de la norma previamente citada; durante el traslado el demandante se opuso a los argumentos de defensa².

Mientras que, de las excepciones propuestas por el Ministerio de Educación, se observa que la entidad demandada acreditó el envío de la contestación y, por tanto, de las excepciones propuestas, a los demás sujetos procesales, anexando copia digital al mensaje de datos enviado al buzón electrónico reportado para notificaciones; en vista de ello, de conformidad con el par. 2º del art. 175 ib, la Secretaría del Juzgado prescindió del traslado secretarial y, dado que han

¹ Por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

² 017TrasladoExcepciones.pdf

transcurrido dos (2) días hábiles después del día en que se envió el mensaje, se concluye que el término de tres (3) días que establece el par. 2° precitado, que corresponde al traslado de las excepciones, se encuentra vencido.

Durante el traslado la demandante se opuso a la prosperidad de estas³.

2. Fundamentos de la excepción propuesta

2.1. Municipio de Facatativá – Secretaría de Educación⁴

Propone la excepción mixta de **caducidad**, limitándose a señalar, en términos generales, en que consiste la caducidad, sin precisar, ni demostrar, en qué forma aquella se configura en el caso concreto.

2.2. Ministerio de Educación Nacional⁵

Propone las excepciones mixtas de (i) falta de legitimación por pasiva, (ii) prescripción y (iii) caducidad.

En cuanto a la **falta de legitimación por pasiva** señala que el municipio, por ostentar la calidad de empleador de la demandante, es quien tiene la obligación de realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías, esto en virtud de la L.29/1989, la L.715/2001, y el D.1075/2015 modificado por el D.1272/2018 y el D.3752/2003.

Refuerza su argumento indicando que, de conformidad con el art. 57 de la L.1955/2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes, establecidas en la L.91/1989 deberán ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial.

En torno a la **prescripción**, acudiendo a la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del Consejo de Estado, planteó las hipótesis respecto al momento a partir del cual debe contabilizarse el término para su determinación para los asuntos regidos por la L.50/1990 y su configuración frente a la acumulación de anualidades sucesivas de moras en la consignación de cesantías; no obstante, no se señala con precisión la razón para entender configurado tal fenómeno en el caso concreto.

Sobre la excepción de **caducidad** únicamente la propone como posible en el caso concreto, sin exponer los argumentos, ni aportar las pruebas que lo respalden

3. Argumentos de la oposición a la excepción propuestos por el demandante

³ 018DescorreTraslado.pdf

⁴ 016ContestaciónMunicipioFacatativá.pdf

⁵ 015ContestaciónMinEducación.pdf

Frente a la excepción de **caducidad**, se limitó a citar los lits. d de los nums. 1º y 2º del art. 164 de la L.1437/2011; frente a las demás, propuestas como previas, guardó silencio.

4. Consideraciones

Dando alcance al par. 2º del art. 175 de la L.1437/2011, modificado por el art. 38 de la L.2080/2021, es procedente resolver sobre las propuestas, para lo cual se desarrollará la siguiente:

4.1. Tesis del Despacho

En lo que respecta a las excepciones de *falta de legitimación* y *prescripción* propuestas por el Ministerio de Educación-Fomag, el suscrito, se abstendrá de pronunciarse de fondo para hacerlo en la sentencia.

La excepción de caducidad propuesta mancomunadamente por el municipio de Facatativá y el Ministerio de Educación, se declarará no probada.

Para ello se desarrollarán las siguientes premisas argumentativas, veamos:

La caducidad como excepción previa

Sobre este asunto, se recuerda que la caducidad se erige como una sanción que tiene fundamento en que no es posible que el derecho de acción perdure en el tiempo, o se extienda la solución de las controversias, materializando el principio de seguridad jurídica e imponiendo la obligación del interesado de acudir en tiempo al órgano jurisdiccional.

En la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la oportunidad en la que debe ser presentada la demanda, para todos los medios de control, fue plasmada en el art. 164 de la L.1437/2011.

En particular, para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (lit. d), la norma consagró el término de 4 meses *contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso*.

Razón por la cual, es razonable considerar que, quien alegue la configuración de la caducidad en el marco del precitado medio de control, tendrá a su cargo el demostrar que la demanda fue interpuesta por fuera de aquel lapso (4 meses) lo cual exige, claramente, acreditar la fecha de notificación del acto administrativo pretendido nulo, pues ese extremo temporal es el elemento definitorio de la oportunidad.

Recuérdese que la Ley 1564 de 2012⁶ (L.1564/2012), en su art. 167, dispone:

⁶ Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Al respecto, puede decirse que el primer párrafo normativo corresponde a un desarrollo básico del principio *onus probandi incumbit actori*⁷ mismo que se flexibiliza, en el segundo, atendiendo a las circunstancias y particularidades del caso, correspondiendo al Juez su determinación.

Si bien, se ha entendido que las normas de distribución de la carga de la prueba son esencialmente preceptos que atribuyen una carga, esto es, determinan a quien –a que parte- corresponde probar tal hecho, una lectura más profunda del asunto, o mejor, una lectura sobre la *praxis*, lleva a concluir que lo que en verdad contienen dichas normas es el efecto intrínseco sobre la admisibilidad de la pretensión de la parte interesada, derivado del riesgo de que el hecho no quede probado en el proceso⁸.

Explica el maestro Taruffo⁹ que: “*las normas acerca de la carga de la prueba adjudican las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de los hechos principales. El criterio general para esta asignación es que cada parte cargará con los efectos negativos que se derivan de no haber probado los hechos sobre los que fundó sus pretensiones.*”.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Previo a abordar el estudio de los planteamientos, el suscrito ve prudente aclarar que, si bien es cierto que el Código General del Proceso (art. 100) no señala a aquella como excepción *previa*, el Consejo de Estado¹⁰ ha indicado que la misma

⁷ En torno al principio, ver: Medellín Becerra, Carlos. La Interpretatio Iuris y los Principios Generales del Derecho. Ed. Legis. 2017. Pg. 59.

⁸ Cfr. Peyrano, Jorge W. La Carga de la Prueba. En: Escritos sobre Diversos Temas de Derecho Procesal. En: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>

⁹ Op. Cit. Pg. 147

¹⁰ CE S1 auto de 30 de noviembre de 2020, exp. 25000-23-41-000-2015-00663-01 MP. N. Peña; CE S3 sA, auto de 6 de noviembre de 2020, exp. 25000-23-36-000-2015-00850-02 MP. J. Sáchica.

constituye una de esa índole¹¹ o una de las denominadas *mixtas*¹², por lo que la parte demandada está facultada para plantearla *ab initio* de modo que la misma sea resuelta de manera preliminar, tal como una auténtica excepción previa.

Además, vale precisar que, en lo que tiene que ver con el trámite que debe imprimirse ante la eventual configuración de las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, *falta manifiesta de legitimación en la causa* y prescripción extintiva, con la modificación introducida por la L.2080/2021 al par. 2° del art. 175 de la L.1437/2011, se dispuso que se declararán fundadas en *sentencia anticipada*, en los términos del num 3° del art. 182A *ejusdem*.

Entonces, tras la regulación procesal brevemente señalada, para lo que es de interés en este asunto, surgen al menos dos escenarios frente a la decisión de la excepción de *falta de legitimación en la causa*, veamos:

1. La excepción de falta de legitimación en la causa será objeto de decisión en *sentencia anticipada*, en virtud del par. 2 del art. 175 *ejusdem*, siempre que la misma sea **manifiesta**, esto es, que aquella surja evidente, sin que se requiera de mayores disquisiciones ni sean necesarios elementos de juicio adicionales a los que hasta el momento de la decisión hayan sido aportados por las partes; esto implica que, si el Juzgador ve necesario hacer un análisis profundo del entorno fáctico o normativo sobre los que se sustenta la excepción o requiere agregar o acudir a elementos de prueba nuevos y distintos de los que se cuentan en el expediente, se concluye que la carencia de legitimación no resulta ser **manifiesta** por lo que la decisión deberá posponerse hasta tanto se cuente con elementos suficientes para su definición.

2. La excepción de falta de legitimación en la causa será objeto de decisión por auto, tal como una *excepción previa*, al vencerse el traslado de la demanda y antes

¹¹ CE S3 sA, providencia de 21 de septiembre de 2016, exp. 27001-23-33-000-2013-00271-01 MP. C. Barrera. En la providencia explicó: “El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A., prevé las excepciones previas como medios de defensa del accionado encaminados a dilatar la entrada a juicio. Su condición de previas o dilatorias resulta de la falta de capacidad para enervar por completo la pretensión principal del actor; por lo tanto, su constitución no aniquila el derecho subjetivo sustancial que se pretende hacer valer en el proceso, pero sí obliga a que el demandante subsane las inconsistencias presentadas, pues de otro modo impedirán la continuación del trámite del asunto. Entre las mencionadas excepciones se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda.” (Negritas fuera de texto original)

¹² CE S5, auto de 30 de octubre de 2020, exp. 11001-03-28-000-2020-00034-00 MP. R. Araujo, en esa oportunidad, al revisar la excepción de falta de legitimación por pasiva, indicó: “105. Se precisa que las excepciones previas y mixtas tienen como finalidad controvertir el medio de control en su etapa inicial teniendo como fundamento las irregularidades o vicios que pueda presentar la demanda, es decir, su razón de ser es depurar el procedimiento y en último caso terminarlo de manera anticipada como ocurre, por ejemplo, en el caso que se compruebe la ocurrencia de la caducidad.” (...) “107. Sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil se recalca que en anteriores pronunciamientos de la Sala, se ha abordado el problema jurídico de determinar si esta entidad en calidad de autoridad interviniente en la adopción de actos electorales, debe ser vinculada o no en los procesos originados en el ejercicio de la acción de nulidad electoral, de conformidad con el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.”. Puede consultarse, también: CE S2 sB, auto de 8 de octubre de 2020, exp. 05001-23-23-000-2017-02078-01 MP. C. Palomino.

de convocar a audiencia inicial o correr traslado para alegar de conclusión y proferir sentencia anticipada, siempre que el planteamiento sobre el que se sustenta no se encuentre probado o se carezca de razón jurídica para su declaración, es decir, que la carencia de legitimación en la causa no haya sido suficientemente soportada o el respaldo normativo se encuentre ausente o se derive de una errada interpretación; en ese escenario, el Juez, se reitera, *por auto*, negará su configuración declarándola no probada.

Prescripción

Al respecto, la doctrina¹³ enseña que la prescripción *“es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular;...”*¹⁴

Por ahora, baste con señalar que el Consejo de Estado¹⁵ ha explicado que, en materia de sanción moratoria, la prescripción debe atenderse aplicando el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

4.2. Caso concreto

La demanda adelantada por Oscar Sarmiento Carreño, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la nulidad del acto administrativo que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria elevada ante la Secretaría de Educación de Facatativá.

1. En relación con la excepción de caducidad, ni la Secretaría de Educación, ni el Ministerio de Educación, demostraron la fecha en que fue notificado el acto administrativo plasmado en el oficio n.º FAC2021EE003077 para, con ello, definir si la demanda fue o no interpuesta en la debida oportunidad; para el suscrito, no basta pues con proponer la excepción, como lo hizo la Secretaría de Educación, ni suponerla posible, como lo hizo el Ministerio; por el contrario, era necesario acreditar la fecha de notificación del acto administrativo, para establecer así el transcurso del tiempo que supone la configuración de la caducidad del medio de control (4 meses); máxime si se tiene en cuenta que, el art. 66 de la L.1437/2011 impone, a la autoridad que expide el acto administrativo, el deber de notificarlo por lo que, en este caso, no habría lugar a relevar de la carga probatoria a las entidades pues ellas son las que se encuentran en mejor posición para aportar la evidencia que respalde su dicho.

¹³ El profesor López Blanco, señala: En mi opinión, de acuerdo con el sistema que nos rige, no hay duda alguna de que la prescripción es una forma de extinguir el derecho de acción que emana de determinado derecho sustancial es decir mirado en concreto; el derecho de acción en abstracto, nunca será objeto de prescripción (...)

¹⁴ Coviello, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil. UTEHA 1949, citado por Carlos Betancur Jaramillo, Derecho Procesal Administrativo, pág. 135, Señal Editora. 1996.

¹⁵ Cfr. CE S2 sentencia de unificación CE-SUJ2 004 de 25 de agosto de 2016 MP. L. Vergara

2. Para resolver sobre la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, que ha propuesto el Ministerio de Educación, se encuentra que la parte demandante pretende, lograda la nulidad del acto administrativo, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, al estimar que, en virtud de la L.50/1990 debió consignarse, en su favor, tanto los *intereses a las cesantías* como sus *cesantías* en las fechas que señala la norma -31 de diciembre 2020 y 15 de febrero 2021-, respectivamente.

El Ministerio de Educación propone que es al municipio, al ser el empleador de la demandante, a quien se debe atribuir la obligación de realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías, para lo cual acude a las Leyes 29/1989 y 715/2001, al D.1075/2015 modificado por el D.1272/2018 y el D.3752/2003 y al art. 57 de la L.1955/2019, razón por la cual aduce que la responsabilidad derivada de la mora debe asumirla la entidad territorial.

No obstante, debe recordarse que la Ley 91 de 1989¹⁶, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fomag, en su art. 9°, dispuso que las prestaciones sociales que le corresponde pagar al Fondo, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, con el concurso de las entidades territoriales; por lo que no es del todo cierto que la Secretaría de Educación sea la única autoridad legitimada en este asunto, pese a tener la calidad de empleadora, ello en la medida en que el reconocimiento de las prestaciones corresponde al Fondo, entendido como una cuenta especial de la Nación.

Por otro lado, al revisarse el art. 57 de la L.1955/2019¹⁷, se encuentra que:

Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán **reconocidas y liquidadas** por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y **pagadas** por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (negrilla del Juez)

El que, para lo que tiene que ver con la sanción moratoria, debe complementarse con su parágrafo, el cual señala que:

La **entidad territorial** será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** será responsable únicamente del pago de las cesantías. (negrilla del Juez)

Como puede verse, la norma, con suficiente claridad, atribuye (i) la obligación de reconocimiento y liquidación de las cesantías a la Secretaría de Educación y (ii) la obligación de pago, al Fomag.

¹⁶ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁷ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad.

A la misma conclusión se arriba en torno a la sanción derivada de la mora en el pago de las cesantías, obsérvese que el par. del art. 57 de la L.1955/2019, es contundente cuando señala que la *entidad territorial* será responsable del pago de la sanción por pago extemporáneo derivado del incumplimiento de los plazos definidos para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías en favor de los docentes y que se encuentre a su cargo –radicación y entrega de la solicitud de pago al Fomag-; concluyendo que, ante tal circunstancia, el *Fomag* responderá únicamente por el pago de las cesantías.

Así, ni la L.91/1989, ni la L.1955/2019, permiten admitir que la obligación de pago, tanto de la cesantía, como de la sanción por la mora en su pago, sea exclusiva del ente territorial.

En efecto, al revisarse el texto del art. 57 ib. se advierte que la intención del legislador fue la de delimitar la responsabilidad por la mora en la definición de la situación jurídica que comporta la reclamación de las cesantías por el docente, de tal manera que, cuando la mora sea atribuible a la Secretaría de Educación será la entidad territorial la obligada a pagar, *contrario sensu*, si lo fuere el Fomag, será este el obligado frente al acreedor-docente.

Como puede verse, en el caso concreto, la falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por el Ministerio de Educación, no se encuentra plenamente acreditada, esto es, **no es manifiesta** por lo que habrá lugar a posponer la decisión.

3. Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción extintiva que ha propuesto el Ministerio de Educación, el suscrito diferirá su resolución al momento en que se decida de fondo el asunto al proferirse sentencia, ello por cuanto su definición está atada a la certeza sobre la existencia del derecho que se reclama.

Cuestión final

Con todo, se precisa indicar que lo anterior no obsta para que, en caso de acreditarse la configuración de las excepciones señaladas en el par. 2° del art. 175 de la L.1437/2011, posteriormente el suscrito acuda a la facultad de dictar *sentencia anticipada*, consagrada en el num 3° del art. 182A *eiusdem*.

En mérito de lo expuesto, el Juez Primero Administrativo de Facatativá,

RESUELVE:

PRIMERO: declarar no probada la excepción de *caducidad* propuesta por las demandadas.

SEGUNDO: posponer la decisión en torno a la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* planteada por la Nación - Ministerio de Educación.

TERCERO: diferir la decisión en torno a la *excepción de prescripción*, propuesta por la Nación - Ministerio de Educación, la que tendrá lugar al momento de proferirse fallo.

CUARTO: RECONOCER personería para actuar al abogado HUGO ARMANDO TORRES GARCIA, como apoderado del municipio de Facatativá, en los términos y para los efectos del poder conferido¹⁸.

QUINTO: RECONOCER personería para actuar al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, como apoderado del Ministerio de Educación, en los términos y para los efectos del poder conferido¹⁹.

SEXTO: ACEPTAR la sustitución de poder hecha a favor del abogado JHON FREDY OCAMPO VILLA, para actuar como apoderado del Ministerio de Educación, en los términos del documento allegado²⁰.

SEPTIMO: notificar por estado la presente determinación.

En firme, ingrese al Despacho para proveer.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

-firmado electrónicamente-
MAURICIO LEGARDA NARVÁEZ
Juez

-004-S-000-

¹⁸ 013PoderApoderadoMunicipioDeFacatativá.pdf
¹⁹ 015ContestaciónMinEducación.pdf/fls. 40 – 41.
²⁰ Ibidem/fls.40-41.

Firmado Por:
Elkin Mauricio Legarda Narvaez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 001 Administrativa
Facatativa - Cundinamarca

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: **298a42b5d267d79e3417bf9503803dc22c9cc1428b5ea154398c61ac2535ae99**

Documento generado en 31/10/2022 11:23:49 AM

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