



JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, nueve (09) de julio de dos mil veinte (2020)

Auto interlocutorio: N° 23-20

RADICADO	05001-33-33-034-2019-00331-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIIENTO DEL DERCHO LABORAL
DEMANDANTE	YOLMHY AIDE GÓMEZ CHALARCA
DEMANDADO	NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FOMAG
ASUNTO	Resuelve excepciones previas y mixtas

1. Antecedentes

Mediante auto del 14 de enero de los corrientes, se convocó para el día 25 de marzo de 2020 a las 9:00 AM como fecha para la celebración de audiencia inicial. No obstante, atendiendo a que desde el 16 de marzo de 2020 al 30 de junio de la misma anualidad los términos de procesos judiciales ordinarios - como el de la referencia- estuvieron suspendidos¹, no se realizó en la fecha prevista la audiencia, por lo que pasa a resolverse previas las siguientes

2. Consideraciones

Pone de presente el Juzgado que el Ministerio de Justicia y el Derecho expidió el Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*" y que en tal normativa dispuso específicamente en el art. 12², que en el evento de que se hubiesen propuesto en la contestación de la

¹ De conformidad con los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA 11567 del C.S. de la J. que suspendió términos judiciales, estableció algunas excepciones y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19, la cual ha sido catalogada por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia de salud pública de impacto mundial, en consonancia con Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, así como el Decreto 417 y 637 de 2020, y los Decretos que ordenaron el aislamiento preventivo obligatorio en el territorio colombiano, entre ellos, el 457, 531,593, 636 y 749 del 2020 expedidos por el Gobierno Nacional.

² "Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas. Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión. Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente. La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando

demanda excepciones previas -art. 100 del Código General del Proceso- o las mixtas enunciadas en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, se procedería, previo traslado del art. 110 de CGP, a resolver mediante auto, en la forma que señalan los arts. 100 a 102 *ibidem*.

Sobre la aplicación de la norma procesal en el tiempo el art. 40 de la Ley 153 de la Ley 1887 señala:

"art. 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad."

Aunado a que el Decreto 806 de 2020, precisó en su motivación y en el art. 2º, que tales disposiciones se aplicarían a los procesos judiciales en curso, como el de la referencia.

3. Caso concreto

Se observa que en el proceso *sub examine*, la entidad demandada propuso entre otras, las excepciones previas y/o mixtas de: **litisconsorcio necesario por pasiva, caducidad, prescripción y falta de legitimación por pasiva**, que encuadran entre aquellos medios exceptivos que deben resolverse en la forma señalada en el art. 12 del Decreto 806 de 2020³ y que, además, se precisa, que ya se surtió el traslado del art. 110 del CGP de tales excepciones, por lo que pasan a resolverse las mismas, en la forma que señala el art. 102 *ejusdem*, así:

3.1. Resolución de excepciones previas y mixtas.

3.1.1. Falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva. Por litisconsorcio necesario podemos entender una pluralidad de sujetos en calidad demandantes (litisconsorcio por activa) o demandados (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial, caso en el que por expreso mandato de la ley, resultaría indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse válidamente, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos ⁴

esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable."

³ Acorde con el art. 40 de la Ley 153 de 1887.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera CP Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., 19 de julio de 2010 Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00073-01(38341).

Toda vez que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no dispone de la regulación de los litisconsortes necesarios, de conformidad con el artículo 306 del mismo, debe tenerse en cuenta lo regulado en el canon 61 del Código General del Proceso, que señala:

"Artículo 61. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio." Subrayas intencionales

En cuanto a la omisión cuando no se vincula el litisconsorcio necesario debe señalarse que el numeral 8 del art. 132 del CGP contempla como una de las causales de nulidad la siguiente:

"(...) 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado."

Igualmente, el canon 134 del CGP agrega que:

"(...) La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio."

Así las cosas, concluye esta Agencia Judicial, que es claro que cuando hacemos referencia al litisconsorcio necesario se hace indispensable la comparecencia de todas aquellas personas que sean sujetos de las relaciones jurídicas o de los actos respecto de los cuales gira la controversia, pues de no comparecer al proceso no podría proferirse sentencia de mérito en tal evento.

En ese orden de ideas, se tiene que la parte demandada argumenta la prosperidad de esta excepción amparada en el hecho que fue el ente territorial al cual se encontraba adscrito el demandante, el que habría incurrido en una

demora en la expedición del acto administrativo que reconoció las cesantías solicitadas, por lo que estima, debe ser este el llamado a responder por la mora causada.

Sobre el particular, es preciso subrayar que la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** ostenta en virtud de la ley, claros compromisos a su cargo respecto del pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados con posterioridad a la promulgación de la **Ley 91 de 1989, conforme a lo previsto en los artículos 4 y 5 de la misma.**

Así las cosas es indudable la obligación -de rango legal- que le asiste al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG** de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes mediante la aprobación del proyecto de reconocimiento que realice el ente territorial -en nombre en cualquier caso del Fondo, que es finalmente el responsable legal para todos los efectos- y que sea aprobado por la FIDUPREVISORA, tratándose por ejemplo de -cesantías definitivas, cesantías parciales, auxilios o intereses a las cesantías y pensiones-.

De lo expuesto y advirtiéndose que en el presente proceso se demanda el acto ficto o presunto que se entiende que niega la petición de reconocimiento de la sanción moratoria, la cual está a cargo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio así quien haya expedido el acto fuere la Secretaría de Educación territorial, pues se entiende que actúa a nombre y representación del FOMAG, ha de concluirse que dicha prestación económica está a cargo en virtud de la ley, del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se *itera* que la Secretaria de Educación de la entidad territorial a la que pertenece el docente, solo actúa como simple vocero de **FOMAG**, por lo que quien está en el deber legal (**arts. 4 y 5 de la Ley 91 de 1989**) de responder y de resolver las controversias suscitadas en torno a tal solicitud prestacional es finalmente, a no dudarlo la **Nación Ministerio de Educación – FOMAG** y no la entidad territorial, **no configurándose el alegado litisconsorcio necesario** y por ende resulta abiertamente improcedente la prosperidad de la excepción propuesta, por lo que debe negarse.

3.2. Con relación a la excepción de **Caducidad**, debe indicarse que la misma es notoriamente improcedente, en tanto que se está sometiendo a control de legalidad un acto ficto estructurado ante la alegada falta de pronunciamiento expreso de la entidad pública accionada, siendo pertinente recordar que el *artículo 164 numeral 1 literal d) de la Ley 1437 de 2011*, es claro en señalar que podrá demandarse en cualquier tiempo actos que sean producto del silencio administrativo.

En el *sub lite*, se avizora que la parte actora, a través de abogada presentó solicitud de reconocimiento de sanción por mora ante la entidad **23 de enero de 2019** -ver folios 18-20-, sin que a la fecha obre prueba de un pronunciamiento expreso, por lo que conforme al *canon 83 ejusdem*, al ser elevada una petición ante la administración y haber transcurrido más de 3 meses sin respuesta, se debe entender como ficción legal, que se ha configurado un acto ficto producto del **silencio administrativo negativo**, es

decir, que la respuesta ha sido negativa a efectos de que el administrado pueda acudir a su control de legalidad ante la justicia administrativa. El art. 161-2 *ibidem*, señala que, estructurado el silencio administrativo con relación a la primera petición, se podrá acudir directamente ante la jurisdicción. En consecuencia, acorde con las anteriores premisas, la excepción de caducidad en el presente asunto se *itera*, es improcedente.

3.3. En cuanto a la **Prescripción** pese a encontrarse enlistada en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA -y en el canon 12 del Decreto 806 de 2020-, debe precisarse que lo es desde el cariz de la prescripción extintiva adjetiva de la acción y no del derecho sustancial propiamente dicho; en el *sub lite*, no será resuelta en esta etapa procesal aun, debido a que previo a acometer un estudio de la misma, se hace indispensable e insoslayable abordar varios problemas jurídicos previos, como es lo relativo a la aplicación o no del régimen general de la sanción por mora contenida en las Leyes 244 de 1995 y 1076 de 2006 al personal docente adscrito a FOMAG, y además, la regulación aplicable en materia de prescripción en el evento de que deba abordarse, lo cual solamente podrá efectuarse en la decisión de mérito una vez se evacue el respectivo período probatorio, razón por la cual la prescripción solamente se abordará una vez se solvente los anteriores interrogantes jurídicos en la decisión de mérito y en la hipótesis de que la respuesta sea afirmativa, se abordara el fenómeno prescriptivo en la sentencia que finiquite la instancia y de ser el caso así se declarará.

3.4. Frente a la excepción de **Falta de legitimación en la causa por pasiva** debemos indicar que con la misma, como bien se sabe, se hace alusión a la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, es decir, es la facultad que surge del derecho sustancial y que deben tener ciertas personas, para formular o contradecir respecto de determinado derecho subjetivo sobre el cual versa la pretensión que es objeto del proceso.

Ahora bien, la legitimación en la causa por pasiva es la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio, es decir, la parte demandada debe ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir, oponerse o contradecir una o varias pretensiones del demandante.

Debe tenerse en cuenta además, que tal como lo ha precisado el Consejo de Estado, debe distinguirse la legitimación de hecho en la causa, que se refiere a la relación jurídico - procesal, establecida entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, que surge de la atribución de una conducta a un sujeto en la demanda y de la notificación de la admisión de la misma a la parte accionada; frente a la legitimación material en la causa, que alude la participación real de las personas en el hecho que originó la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas, y cuya falta, ya sea por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como si lo hace una excepción de fondo.

De conformidad con lo anterior, un sujeto puede estar legitimado en la causa de hecho, pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses, derechos u obligaciones inmiscuidos en el mismo, por lo que las pretensiones formuladas estarían llamadas a fracasar, debiendo negarse la procedencia de las súplicas de la demanda, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵ en otras oportunidades.

En ese orden de ideas, una vez trabada la Litis y teniendo en cuenta las competencias legales que radican en cabeza de la entidad convocada por pasiva -ya citadas en el numeral 3.1.-, así como las conductas, cargos y omisiones que la parte demandante le atribuye en la demanda y los argumentos expuestos por ésta en su contestación como fundamento de la excepción, encuentra este Despacho que la misma está legitimada de hecho o procesalmente para comparecer como sujeto pasivo en el presente medio de control, máxime que como se explicó en el numeral 3.1. de este acápite, la Nación Ministerio de Educación FOMAG, es el ente que legalmente se encuentra facultado para resolver y responder sobre cesantías del personal docente adscrito a dicho fondo, por lo que es claro que es el llamado a comparecer al juicio a ejercer su derecho de defensa, sin que signifique ello un prejuzgamiento en torno al fondo del conflicto arrimado a la Judicatura.

Ahora, en cuanto al fondo de la discusión, esto es, la legitimación **material** en la causa por pasiva es un asunto que solo podrá ser objeto de análisis en la sentencia que concluya la instancia.

En mérito de lo expuesto,

Se resuelve

Primero. No se accede a declarar las excepciones de litisconsorcio necesario por pasiva, caducidad, prescripción y falta de legitimación por pasiva, conforme a lo indicado en la parte motiva del proveído. Las restantes excepciones propuestas, al no ser previas o mixtas en los términos del art. 100 del CGP y del art. 12 del Decreto 806 de 2020, se entenderán resueltas en la decisión de mérito que finiquite la instancia judicial.

Segundo. Ejecutoriada esta decisión, se resolverá sobre sobre la etapa subsiguiente en auto que se notificará por estados electrónicos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO LEÓN CONTRERAS GIRALDO
JUEZ

⁵ Sobre el particular, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 15 de junio de 2000, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, radicación número: 10171.

JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

En la fecha se notificó por ESTADOS ELECTRÓNICOS el
auto anterior. Medellín, 10 de julio de 2020
Fijado a las 8 a.m.

HERNÁN ALONSO ESTRADA RESTREPO
SECRETARIO