REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE FACATATIVÁ

Facatativá, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	252693333003-**2021-00201**-00
DEMANDANTE:	JHON JAIRO PRECIADO BARRIOS
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA SECRETARIA DE EDUCACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DECISIÓN:	RESUELVE EXCEPCIONES

Procede el Despacho a resolver las excepciones previas propuestas por la parte demandada al ser la oportunidad correspondiente en virtud de lo previsto por el 40 de la Ley 2081 de 2021, en ese sentido se tiene la siguiente

SITUACIÓN FÁCTICA

Vencido el término de traslado de la demanda se encuentra que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la vinculada Fiduciaria Previsora S.A. Fiduprevisora, y el Departamento de Cundinamarca fueron notificadas de la demanda, la contestaron y formularon las siguientes excepciones previas.

1. El **Ministerio de Educación** formuló la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva del Fondo** para el pago de la sanción mora, al expresar que el fondo de prestaciones sociales del Magisterio está autorizado a pagar con sus recursos propios la mora por el pago tardío de las cesantías y hasta el 31 de diciembre de 2019, lo que fue pagado en este caso. También propone esta excepción al estimar que no tiene competencia para pagar la sanción con posterioridad al 31 de diciembre de 2019, pues estima que con posterioridad, tal deber la tiene el ente territorial correspondiente.

El Ministerio de Educación también propuso la excepción **de ineptitud sustancial de la demanda por no cumplir con el artículo 161 del CPACA No se demostró la ocurrencia del acto ficto.** Al efecto inserta un aparte de jurisprudencia y luego explica que en el presente asunto no se acata el precepto del artículo 163, 166 y 167 del cpaca; no obstante, omite explicar las razones por las cuales la demanda no tiene los requisitos formales o tiene una indebida acumulación de pretensiones.

2. Por su parte, **la Fiduciaria la Previsora S.A.** contestó la demanda y propuso que la parte demandante no se ocupó en convocar a la audiencia de conciliación extrajudicial a la FIDUPREVISORA S.A. EN POSICIÓN PROPIA, esto es, como sociedad de carácter financiero y sin tener en cuenta lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- E.O.S.F.-, y en ese sentido omitió **agotar el requisito de procedibilidad de convocarla a la audiencia de conciliación.**

Por tanto, que tal omisión, tiene relevancia en virtud de lo previsto en el art. 5 de la Ley 1071 de 2006, toda vez que, en caso de mora en el pago de cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo; en concordancia con la prohibición prevista en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, esto es, sobre la puntual destinación se sus recursos.

Que si bien la demandante convocó al trámite de conciliación, ante la Procuraduría 198 Judicial I para Asuntos Administrativos de Facatativá, a la fiduciaria, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG); la actuación de la fiduciaria en dicha audiencia de conciliación extrajudicial, fue como vocera de dicho fondo y nunca actuó ni fue representada en posición propia, esto es, como sociedad de servicios fiduciarios.

En virtud de lo anterior, la Fiduprevisora S.A. en su condición de sociedad financiera de carácter estatal, ni su Comité de Conciliación y Defensa Judicial, tuvo la oportunidad de sesionar, para establecer si en el presente caso, le asistía ánimo conciliatorio de conformidad con el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del Decreto 1069 de 2015.

Adicionalmente, dijo que el procurador delegado no convocó a la Fiduciaria en posición propia y dicho funcionario, tampoco procuró que fuera convocada la Fiduciaria en dicha condición y que presentara la certificación del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Fiduciaria.

De igual forma advierte que el artículo 161 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, señala que "(…) Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. (…)", por lo que debió agotarse el requisito respecto de LA FIDUCIARIA LA PREVISORA. A lo que agrega, que la sanción mora no debe considerarse en sí misma como un asunto de carácter laboral, que haga facultativa el agotamiento de este trámite, toda vez que obedece a "una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación" (Consejo de Estado SU Julio 18 de 2018), lo que la haría un asunto de naturaleza conciliable.

3. El Departamento de Cundinamarca propuso la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva de los entes territoriales en los casos en los que se pretende el pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, aún después de la entrada en vigencia de la ley 1955 de 2019,**

para lo cual expresó que no le corresponde pagar la sanción moratoria por concepto de cancelación tardía de las cesantías; al efecto citó y pide se tenga en cuenta la sentencia del Consejo de estado de seis (06) de agosto de dos mil doce (2012), con número de radicado 2012-01063-00; y la providencia del cinco (5) de julio de dos mil veintidós (2022), al resolver la excepción previa del ente territorial, de falta de legitimación en la causa por pasiva, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con número de radicado 2021 – 00290.

El Departamento de Cundinamarca también propuso la excepción de **indebida representación del demandante**, pues advierte la configuración de defecto sustancial en la relación jurídica entre el apoderado y el extremo demandante, al no cumplir los requisitos normativos dispuestos para la concesión del poder, contenidos en el artículo 74 del Código General del Proceso, al considerar que no cumple el requisito del poder especial, ya que en el otorgado no se indica de forma determinada y claramente identificada los asuntos sobre los cuales se confiere.

En tal virtud, advierte la no coincidencia de las pretensiones de la demanda y del poder, lo que en su criterio genera un vicio en el mandato, que genera la indebida representación de la parte actora, a lo que agrega, que el poder no contiene las pretensiones de la demanda, pues se limita a indicar que es otorgado para presentar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin señalar la totalidad de las pretensiones enunciadas en el libelo demandatorio.

La parte actora se pronunció sobre las excepciones solicitando se desestimen, con fundamento en lo siguiente:

Frente a la excepción formulada por el **Ministerio de Educación de falta de legitimación en la causa por pasiva del Fondo** solicita que se tenga en cuenta que esta autoridad si está legitimada en la causa, conforme lo estipulado en la jurisprudencia, la cual indica que esta llamado a responder, como así lo ha establecido la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 041 del 2020; al igual que lo señalado por el Consejo de Estado Subsección B en providencia de 5 de diciembre de 2013 dentro del expediente 25000232500020090046701 (2769-12).

Respecto de la excepción formulada por el Departamento de Cundinamarca quien señala la inexistencia de obligaciones señala que tampoco esta llamada a prosperar, pues desde la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, la responsabilidad del pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías correrá a cargo de la Secretaria de Educación Territorial, cuando la culpa por el pago extemporáneo le sea imputable.

Por último, frente a la excepción de indebida representación de la demandante propuesta por el Departamento de Cundinamarca, señala que revisado el poder resulta evidente que no existe vicio en el mismo y por ende la excepción no tiene sustento alguno.

CONSIDERACIONES:

Pues bien, **en relación con la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por no demostrarse la ocurrencia del acto ficto**, el despacho debe efectuar la interpretación de la excepción propuesta, y de entrada es posible señalar que salta a la vista su improsperidad atendiendo que no acierta el extremo pasivo al afirmar que no se cumplieron en rigor con los requisitos de la demanda y que por ello se conjuga la excepción prevista por el numeral 5º del artículo 100 del CGP.

Ciertamente, porque es infundado lo que asevera sobre que la parte actora no cumplió con el protocolo que cita para que propicie la ocurrencia del silencio administrativo negativo, pues este no está formulado en ningún protocolo legalmente establecido.

Al respecto viene al caso tener en cuenta que el artículo 83 del cpaca señala:

> **ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO.** Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.
>
> En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.
>
> La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Como se observa, en ninguno de los apartes de este texto normativo se hace alusión a algún trámite que deba agotar el demandante, como por ejemplo, acudir a la petición (Art. 23 C.P.), con miras a que la autoridad le explique que no le ha respondido.

Ahora bien, no debe pasar inadvertido que las excepciones previas son condiciones taxativas que tipifica circunstancias procesales puntuales que deben cumplirse como requisito a la hora de promover la demanda, de modo que desde esa perspectiva tampoco tiene entidad para prosperar la excepción propuesta, esto se desprende de la misma nominación que le dio el actor a su defensa formal en tanto indica que es una "ineptitud sustancial…".

Véase que el numeral 5º del artículo 100 del CGP dice: 5. Ineptitud de la demanda por falta de los ***requisitos formales*** o por indebida acumulación de pretensiones (resaltado fuera de texto), como se advierte el anterior texto legal condiciona esta excepción al ámbito adjetivo, lo que obviamente no se cumple en este caso y esto es así porque precisamente una de las discusiones sustantivas que contienen las pretensiones de la demanda es que se declare que existió el silencio negativo, lo cual sin lugar a dudas es una de las situaciones que deben ser resueltas al decidir de fondo.

En tal caso, corresponde a la entidad demandada, al dar respuesta a la demanda demostrar que la demanda incurre en una ineptitud sustancial porque dio respuesta, para lo cual debió allegar el oficio o la resolución con la cual emitió respuesta de fondo.

En ese contexto, de haberse emitido acto administrativo dando respuesta de fondo a lo solicitado por la demandante, lo cierto es que correspondía a la pasiva demostrar tal supuesto, aportando las copias de la actuación administrativa que al efecto se surtió; ello, por cuanto, en virtud del artículo 167 mencionado, se encuentra en mejor posición para probar que la entidad emitió respuesta, lo que se acompasa con la carga que le impone el parágrafo del artículo 175 del CPACA, en cuanto a que es deber de la entidad pública remitir copia de los antecedentes administrativas, so pena de incurrir en falta disciplinaria gravísima.

Por lo anterior, **se declara no probada** la excepción de inepta demanda del medio de control formulada por la demandada en este proceso. Sin condena en costas. De otro lado, no hay excepciones previas pendientes por resolver y tampoco aparece configurada alguna que deba ser declarada de oficio.

Ahora, frente a **la excepción que denominó ineptitud de la demanda formulada por Fiduciaria Previsora S.A. Fiduprevisora**, observa el despacho que, primer lugar, que la audiencia adelantada ante la Procuraduría se verificó el 22 de julio de 2021, en la cual, pese a que en el expediente solo aparece la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad, lo cierto es que no se puede establecer dicha constancia emitida por la Procuraduría, que la fiduciaria efectivamente fuera llamada por la parte actora.

No obstante, dada la fecha en la que se radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías y la aparente configuración de la sanción mora (antes de 31 de diciembre de 2019), el despacho, a través del auto admisorio, consideró oportuno vincular a la FIDUCIARIA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA pero en calidad de vocero del patrimonio autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), de ahí que su presencia en este proceso solo obedece al hecho de que los dineros que eventualmente se reconozcan por concepto de sanción mora estarán a cargo de dicho fondo, y solo hasta el 31 de diciembre de 2019, lo anterior con independencia de si se deben expedir los títulos por parte del Tesoro Nacional, conforme ordena el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

En ese contexto, es claro que será carga de la parte actora convocar a la fiduciaria a la audiencia de conciliación y presentar pretensiones concretas frente a esta para que responda con sus dineros propios por la eventual mora, claro está, la generada con posterioridad al 1 de enero de 2020; si el demandante omitió tal deber, su actuar, será objeto de estudio en la sentencia. Lo cierto es que, reitera el despacho, la vinculación de la fiduciaria, como vocera que realizó el despacho, se justificó en tanto se llegase a configurar la aludida mora la mora hasta el 31 de enero de 2019, lo que también será objeto de estudio en la sentencia.

De acuerdo con lo anterior, se declarará no probada la excepción de ineptitud de la demanda.

En relación con la excepción de **indebida representación del demandante**, al considerar que no cumple el requisito del poder especial, ya que en el otorgado no se indica de forma determinada y claramente identificada los asuntos sobre los cuales se confiere, se debe señalar que cotejado el poder conferido por el actor se encuentra expresamente, que se otorgó para:

> "…que en mi nombre y representación inicie y lleve hasta su terminación el trámite de Demanda de Nulidad del Acto Ficto o presunto negativo originado con la petición radicada el 8 de junio de 2020, en cuanto se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el art. 5 de la Ley 1071 de 2006, y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". (Archivo Digital No. 3 fol 8).

De lo anterior resulta evidente que la excepción no encuentra sustento por lo que se declarará no probada.

Respecto a la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por el Ministerio de Educación – FOMAG y el Departamento de Cundinamarca** se debe precisar que en los términos del parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, estas excepciones serán desatadas en la sentencia, pues el último inciso de la citada norma exige la falta manifiesta de legitimación en la causa y en este caso, las propuestas, requieren el estudio de fondo del asunto, como quiera que se debe verificar en primer lugar si se configuró la sanción mora, y en caso afirmativo, establecer a partir de qué momento y así definir a quién, eventualmente, le correspondería el pago.

Por otra parte, se encuentra que en esta instancia procesal que no hay hechos probados ni constitutivos de excepciones previas que deban ser declaradas de oficio.

Consecuentemente con lo anterior, corresponde proceder de conformidad con lo presupuestado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, en vista de que la resolución de este asunto obedece a puro derecho.

En esa medida, el Despacho establece que el objeto del litigio se concentra en determinar si procede declarar la existencia del acto ficto negativo y a título de restablecimiento, se disponga si procede el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de

la Ley 1071 de 2006 al demandante, por cuanto no se le canceló a tiempo el valor reconocido por cesantías parciales, reconocidas a través de la Resolución 00011 de 17 de enero de 2020. En caso de que se deba reconocer dicho emolumento, procederá el despacho a definir a cargo de cuál entidad se encuentra a cargo su pago.

Por lo tanto, se les concederá a las partes el término en común de diez días para que alleguen sus alegatos de conclusión por escrito, lo que se hará extensivo con la delegada del Ministerio Público quien podrá presentar su concepto, si lo considera pertinente.

Finalmente, al no encontrarse probadas, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Despacho **RESUELVE**:

PRIMERO. TENER EN CUENTA que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, la Fiduciaria LA PREVISORA S.A. y el Departamento de Cundinamarca fueron notificadas de la demanda, la contestaron y propusieron excepciones.

SEGUNDO. DECLARAR NO PROBADA la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por no demostrarse la ocurrencia del acto ficto, propuesta por el Ministerio de Educación – FOMAG.

TERCERO. DECLARAR NO PROBADA la excepción de ineptitud de la demanda por no agotar el requisito de procedibilidad, propuesta por la Fiduciaria Previsora S.A. Fiduprevisora S.A.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADA la excepción de Indebida Representación del Demandante, propuesta por el Departamento de Cundinamarca.

QUINTO. DECLARAR que en este asunto no existen hechos probados ni constitutivos de excepciones previas que deban ser declaradas de oficio.

SEXTO. PONER DE PRESENTE que las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, serán desatadas en la sentencia.

SÉPTIMO. TENER COMO PRUEBAS los documentos allegados con la demanda y la contestación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, la Fiduciaria LA PREVISORA S.A. y del Departamento de Cundinamarca.

OCTAVO. DETERMINAR que el objeto del litigio se concentra en si procede declarar la existencia del acto ficto negativo y a título de restablecimiento, se disponga si procede el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 al demandante, por cuanto no se le canceló a tiempo el valor reconocido por cesantías parciales, reconocidas a través de la Resolución 00011 de 17 de enero de 2020. En caso de que se deba reconocer dicho emolumento, procederá el despacho a definir a cargo de cuál entidad se encuentra a cargo su pago.

DÉCIMO. CORRER TRASLADO a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión en el término común de diez (10) días; dentro del mismo término, el Ministerio Público podrá rendir concepto, si a bien lo tiene.

DÉCIMO PRIMERO. En los términos del poder conferido se reconoce personería al Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS para que actúe como apoderado del MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONPREMAG.

DÉCIMO SEGUNDO. Se reconoce personería al doctor JHON FREDY OCAMPO VILLA, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.010.206.329 de Bogotá D.C. y T.P. 322.164 del C.S.J., para que en los términos del poder sustituido por el Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS, actúe como apoderado de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONPREMAG.

DÉCIMO TERCERO. Se reconoce personería a la doctora TATIANA MARCELA VILLAMIL SANTANA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.833.714 de Bogotá, portador de la tarjeta profesional No. 278.574 del Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe como apoderado especial de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A.

DÉCIMO CUARTO. En los términos del poder conferido se reconoce personería a la Dra. FRANCIA MARCELA PERILLA RAMOS, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.105.587 de Bogotá D.C., portador de la tarjeta profesional No. 158.331 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe como apoderada del Departamento de Cundinamarca.

DECIMO QUINTO. Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

PAOLA ANDREA BEJARANO ERAZO
JUEZ

wlmm

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE FACATATIVA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El anterior auto fue notificado a las partes por Estado No. **05** **de fecha: 17 de febrero de 2023** a las 8:00 a.m. En constancia firma,

MERCY CAROLINA CASAS GARZÒN
SECRETARIA

Firmado Por:

Paola Andrea Bejarano Erazo

Juez Circuito

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingenieria

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **ae6d36ad45b30a2afd7528059da75146dea1fd7dc5ead6ac0661aab70d08d126**

Documento generado en 16/02/2023 10:26:28 AM

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