

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE FACATATIVÁ

Facatativá, tres (3) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

**RADICADO:** 252693333003-2022-00091-00  
**DEMANDANTE:** SANDRA ISABEL MORENO MONTAÑO  
**DEMANDADO:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / FIDUPREVISORA S.A. Y DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA  
**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, el Departamento de Cundinamarca, fue notificado de la demanda, la contestó y formuló excepción de fondo.

Por su parte, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y la Fiduciaria Previsora S.A. Fiduprevisora fueron notificados de la demanda, la contestaron y formularon las siguientes excepciones previas.

**1. El Ministerio de Educación** formuló la excepción la de **no comprender a todos los litisconsortes necesarios**; al efecto advierte que el artículo 100 del Código General del proceso, aplicable en virtud del artículo 306 del CPACA, señala que se configura una excepción previa cuando no se integra el contradictorio. En lo que atañe a la integración del contradictorio el artículo 61 del CGP consagra la figura del litisconsorte necesario y el deber de su integración a la litis; lo que tiene como propósito procurar que se adopte una decisión de fondo e impedir que ella se vea truncada por la falta de comparecencia en la actuación procesal de quienes son indispensables, por cuanto la cuestión litigiosa debe resolverse de manera uniforme para todos, ya por versar el proceso sobre relaciones o actos jurídicos que por su naturaleza o disposición legal no fuere posible hacerlo sin que concurren los sujetos de tales relaciones o de quienes intervinieron en dichos actos.

En ese orden, estimó necesaria la comparecencia de la Secretaría de Educación, dado que de los hechos y pretensiones de la demanda se deduce que fue esta quien tardó en efectuar el trámite administrativo, lo que influyó en la radiación y disponibilidad presupuestal, lo que generó una afectación a las funciones que cumple

el Municipio. Por tanto, estima que la entidad territorial deberá responder por su incumplimiento.

2. También propuso la de **falta de legitimación en la causa por pasiva** para el pago de la sanción mora, al expresar que el caso objeto de Litis y teniendo en cuenta lo dispuesto por la Ley 1955 de 2019 parágrafo del artículo 57, "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 Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"; que esta norma es aplicable al caso concreto por la mora en la expedición del acto administrativo que reconoce dicha cesantía, solicita se despache favorablemente esta excepción toda vez que la demora que configura sanción da inició en el ente territorial.

3. El Ministerio de Educación también propuso la excepción **de ineptitud sustancial de la demanda porque no se demostró la ocurrencia del acto ficto**. Al efecto solo señala que lo demandado no puede ser considerado como un acto administrativo, razón por la cual a la luz del artículo 169 del CPACA se evidencia que está en causal de ineptitud sustantiva de la demanda y para ello pide se tenga en cuenta la sentencia del 27 de abril de 2017 del Tribunal Administrativo de Boyacá Rad. 15001333300320160009501.

2. A su turno, la **Fiduciaria Previsora S.A. Fiduprevisora** formuló la excepción de **ineptitud de la demanda porque la parte demandante no se ocupó en convocar a la audiencia de conciliación extrajudicial a 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. Pronunciamiento de la parte actora frente a las excepciones.**

3.1. Frente a la excepción propuesta por el Ministerio de Educación Nacional de ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva, resaltó que el reconocimiento de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías está en cabeza del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia. Que debe tenerse en cuenta la fecha en la cual se causó la obligación a efectos de imputar la responsabilidad del pago.

3.2. En cuanto a la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por no demostrar la ocurrencia del acto ficto, dijo que está probado que la demandada no dio respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006. Siendo esto así y conforme al artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 y habiendo transcurrido más de 3 meses desde su radicación, se configuró el acto administrativo ficto o presunto negativo cuya nulidad de demanda, pretensión, que a la luz del literal d) del numeral 1 artículo 164 ibidem, puede ser demandado en cualquier tiempo.

3.3. En cuanto a la excepción de que la demanda no comprende a todos los litisconsortes necesarios, indicó que desde la presentación de la demanda se vinculó en debida forma tanto a la entidad territorial como a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y La Fiduprevisora, como advierte que se observa en el acápite de pretensiones; que desde el momento del agotamiento de la vía administrativa se vinculó en debida forma a las demandadas.

### **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 5° 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 administrativos, 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.

En cuanto a la excepción de que **la demanda no comprende a todos los litisconsortes necesarios**, es evidente que desde la presentación de la demanda se vinculó en debida forma tanto a la entidad territorial como a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y La Fiduprevisora; que frente a estas entidades se emitió el auto admisorio y se les corrió traslado para contestar la demanda. Por tanto, **se declara no probada** la excepción.

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 3 de marzo de 2022, en la cual se observa que dicha entidad sí asistió, y en el acta de conciliación se relacionan diferentes pretensiones, entre otros, la que se declare la nulidad del Oficio No. 20211073520231 de 28 de octubre de 2021, a través del cual la fiduciaria dio respuesta a la petición que radicó la parte actora el 17 de septiembre de 201, negando el reconocimiento y pago de la sanción mora por el pago tardío de las cesantías.

Según se ve, la parte actora agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación, exigido frente a la citada Fiduprevisora S.A., pues la llamó de manera concreta frente a la actuación que esta desarrolló.

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

En relación con la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por el Ministerio de Educación – FOMAG** 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.

Igualmente, 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 y, asimismo, los medios de prueba solicitados por las partes se concentran en las documentales que se citaron en la demanda y en la contestación.

En esa medida, el Despacho establece que el objeto del litigio se concentra en determinar si procede declarar la existencia y consecuente nulidad del acto ficto

negativo originado con ocasión de la petición que radicó la demandante el 17 del diciembre de 2021 ante la Nación – Ministerio de Educación – Fomag, así como la legalidad del Oficio 2021630155 de 29 de septiembre de 2021, emitido por el Departamento de Cundinamarca y del Oficio 20211073520231 de 28 de octubre de 2021, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A., por los cuales se negó a la parte actora el reconocimiento y pago de la sanción mora prevista en la Ley 1071 de 2006.

En el mismo sentido, definir si a título de restablecimiento procede el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, reconocidas a través de la Resolución 0265 de 17 de febrero de 2021. 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. DECLARAR** que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria LA PREVISORA S.A. fueron notificados de la demanda y propusieron excepciones.

**SEGUNDO. DECLARAR** que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, fue notificado de la demanda, la contestó y formuló excepciones de fondo.

**TERCERO. DECLARAR NO PROBADAS** la excepciones de ineptitud sustancial de la demanda por no demostrarse la ocurrencia del acto ficto, no comprender la demanda a todos los liticonsortes necesarios y la de ineptitud de la demanda por no convocar a audiencia de conciliación, propuestas por el Ministerio de Educación – FOMAG y la Fiduprevisora S.A., respectivamente.

**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 del Ministerio de Educación, la Fiduciaria LA PREVISORA S.A. y el Departamento de Cundinamarca.

**OCTAVO. DETERMINAR que el objeto del litigio** determinar si procede declarar la existencia y consecuente nulidad del acto ficto negativo originado con ocasión de la petición que radicó la demandante el 17 del diciembre de 2021 ante la Nación – Ministerio de Educación – Fomag, así como la legalidad del Oficio 2021630155 de 29 de septiembre de 2021, emitido por el Departamento de Cundinamarca y del Oficio

20211073520231 de 28 de octubre de 2021, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A., por los cuales se negó a la parte actora el reconocimiento y pago de la sanción mora prevista en la Ley 1071 de 2006.

En el mismo sentido, definir si a título de restablecimiento procede el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, reconocidas a través de la Resolución 0265 de 17 de febrero de 2021. 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.

**NOVENO. 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.

**DECIMO.** 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 PRIMERO.** Se reconoce personería a la doctora DIANA MARIA HERNANDEZ BARRETO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.022.383.288 de Bogotá D.C. y T.P. 290.488 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 SEGUNDO.** 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 apoderada especial de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A.

**DÉCIMO TERCERO.** En los términos del poder conferido se reconoce personería a la Dra. STELLA CASTILLO MORALES, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.6311.52 de Bogotá D.C., portadora de la tarjeta profesional No. 265.976 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe como apoderada del Departamento de Cundinamarca.

**DÉCIMO CUARTO.** Sin condena en costas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**PAOLA ANDREA BEJARANO ERAZO**  
**JUEZ**

Wlmm

República de Colombia Rama Judicial del Poder Público <b>JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE FACATATIVA NOTIFICACIÓN POR ESTADO</b> El anterior auto fue notificado a las partes por Estado No. <u>20</u> de fecha: <u>7 de noviembre de 2023</u> a las 8:00 a.m. En constancia firma,  <b>MERCY CAROLINA CASAS GARZÒN SECRETARIA</b>
--