

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 25269-33-33-001-2019-0172-00
DEMANDANTE: MARIO JACINTO DAZA MONTAÑEZ
DEMANDADO: NACIÓN - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
ASUNTO: Auto resuelve excepciones previas

Facatativá, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

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, la entidad demandada, propuso las excepciones *previas* que planteó como (i) “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, (ii) “*caducidad de la acción*” y (iii) “*prescripción del derecho*” (fls. 43-53).

Revisado el expediente se constata que la 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 (fl. 42); en vista de ello, 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, atendiendo lo dispuesto en los arts. 201 y 201A de la norma previamente citada, la Secretaría del Juzgado prescindió del traslado secretarial y, dado que han 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. 2º del art. 175 *ib.*, que corresponde al traslado de las excepciones, se encuentra vencido (fl.97); durante el traslado el demandante guardó silencio.

2. Fundamentos de la excepción propuesta

La parte demandada plantea la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, fundada en que la prima de actualización operó para los años 1992 a 1995 y, puesto que el accionante se encontraba para

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.

ese momento en servicio activo, corresponde a la fuerza a la que perteneció atender las pretensiones de su demanda; en este sentido, recordó que la asignación de retiro se trata de una prestación económica otorgada a quienes se retiran del servicio activo, siendo sólo hasta este momento que surge la obligación a cargo de la Cremil de reconocer y pagar la prestación.

Además, bajo el título de “*caducidad de la acción*”, la demandada aseguró que ya había transcurrido el término perentorio de 4 meses desde la notificación del acto, cuando el demandante interpuso la demanda.

Por último, refiere la “*prescripción del derecho*”, ya que en el caso de que se conceda el derecho pretendido por el accionante, este se encontraría prescrito por el transcurso de cuatro años desde que era exigible, conforme lo previsto en el art. 174 del Decreto Ley 1211 de 1990.

3. 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:

3.1. Tesis del Despacho

Para el efecto, se sostendrá que las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y caducidad, propuestas, no están llamadas a prosperar y, en consecuencia, se declararán no probadas; en lo concerniente a la excepción de prescripción, se diferirá su estudio al momento de proferir sentencia.

Con el fin de respaldar la tesis planteada, se desarrollarán, en su orden, las siguientes premisas argumentativas: (i) la falta de legitimación en la causa en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, (ii) la facultad de la Cremil en la reliquidación de asignaciones de retiro y (iii) la configuración de la caducidad en la reliquidación de asignación de retiro por prima de actualización, a partir de las cuales se atenderá el caso concreto, veamos:

Falta de legitimación en la causa en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Previo a abordar el estudio de los planteamientos, el suscrito ve prudente aclarar dos cuestiones: (i) la Cremil, ha propuesto la excepción precitada en el capítulo que denominó *excepciones* sin distinguir si se formula como previa o como excepción material o de fondo, y (ii) si bien, el Código General del Proceso (art. 100) no señala a aquella como excepción *previa*, el Consejo de Estado² ha

² 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.

indicado que la misma constituye una de esa índole³ o una de las denominadas *mixtas*⁴, por lo que es oportuno resolver sobre el particular.

Al respecto, se trae como argumento de autoridad la jurisprudencia del Consejo de Estado, plasmada en Auto de Unificación de jurisprudencia⁵, que señaló, respecto a la legitimación en la causa, lo siguiente:

“La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso, Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado.
(...) Ahora bien, según se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa o pasiva, respectivamente”

Para darle contexto, debe señalarse que el art. 138 de la L.1437/2011, establece que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir (i) toda persona, (ii) que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, para (iii) pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular y (iv) se le restablezca el derecho lesionado.

El Consejo de Estado⁶, respecto a la legitimación en la causa, sostuvo:

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material.
La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la

³ 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.**” (Negritillas fuera de texto original)

⁴ 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.

⁵ CE S3, providencia de 25 de septiembre de 2013. MP. E. Gil

⁶ CE S3 providencia del 11 de julio de 2019 dentro del expediente 05001-23-31-000-2002-01676-01.

demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, **punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto**, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

Como puede verse, la legitimación en la causa por *activa* de **hecho o formal**, se define a partir de la demanda y, conforme al art. 138 precitado, surge de la facultad que toda persona tiene para atacar la legalidad de un acto y obtener el restablecimiento de un derecho lesionado y la reparación del daño causado, la cual responde a la lógica de las excepciones previas; para el suscrito, esta primera dimensión tiene que ver con una visión formal del derecho de acudir a la jurisdicción y parte de la base de comprender, por un lado, que aquel derecho lo ostenta, no sólo quien es el titular del derecho subjetivo material sino que es un derecho independiente de aquel, razón por la cual, el medio de control puede ser ejercido tanto por quien considera que ha sido lesionado en uno de sus derechos, sin que por ese sólo hecho lo tenga, como por quien en realidad tiene tal derecho; por otro lado, en cuanto a la legitimación por *pasiva* de hecho o formal, esta surge de la posibilidad de imputar la causación de la lesión a quien se tiene por demandado, esa causación, en cuanto al medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho corresponde, claro, a la entidad que profirió el acto administrativo que se estima nulo, sin que esa atribución sea suficiente para tenerlo como responsable de aquel daño.

Cuestión distinta es la legitimación en la causa **material**, pues aquella, por activa, comporta una relación intrínseca e inescindible entre la facultad de acudir a la jurisdicción y la titularidad material del derecho reclamado, puesto que, como lo resalta el Consejo de Estado, tal se erige en una condición necesaria para la prosperidad de las pretensiones, y por pasiva, depende entonces de la demostración de que la entidad, que creó el acto administrativo, sea la llamada a restablecer el derecho; la lectura del art. 138 *ejusdem* lleva a concluir que en materia de nulidad y restablecimiento del derecho la legitimación material se deriva de la nulidad del acto acusado y de la carga en el restablecimiento del derecho lesionado, pues sólo aquella, quien lo sufre, estará legitimada materialmente para reclamar y sólo quien lo causa por sus actos estará llamada a responder.

Facultad de Cremil en la reliquidación de la asignación de retiro

En lo referido a las prestaciones correspondientes a los miembros de las fuerzas militares, se precisa señalar que la Cremil es un establecimiento público, dotado “de *personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente*,

encargado de desarrollar la política y los planes generales que en materia de seguridad social adopte el Gobierno Nacional respecto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares retirados en goce de asignación de retiro y sus beneficiarios”⁷

Si bien, en el Decreto 1211 de 1990⁸, al mencionado establecimiento se le había otorgado la función de reconocimiento y pago de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones periódicas de los miembros de las fuerzas militares⁹, esta función quedó plenamente definida en su estatuto, contenido en el Acuerdo 008 de 2002¹⁰, que señala:

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cumplimiento de su objeto y dentro del marco de las normas legales vigentes, desarrollará las siguientes funciones:

(...)

3. Reconocer y pagar oportunamente las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones que la Ley señale, a quienes adquieran este derecho.

El Consejo de Estado¹¹ en sentencia de unificación relativa a la asignación de retiro de soldados profesionales, abordó el tema relativo a la competencia de la Cremil, indicando, en lo pertinente, lo siguiente:

228. Según las normas transcritas CREMIL tiene la función de reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro, en consecuencia, será la entidad obligada a efectuar una reliquidación de dicha prestación.

iii) Conviene aclarar además que el hecho de que la citada entidad realice el aludido reconocimiento con base en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, no implica la imposibilidad de llevar a cabo el reajuste de la prestación de retiro en virtud de una orden impartida por una sentencia judicial.(...)

Ahora, si bien es cierto que la prima de actualización corresponde a los años 1992-1995, también lo es que el demandante debate la legalidad del acto administrativo bajo el entendido de que su reconocimiento alteraría, en su favor, la asignación de retiro, lo cual es ya competencia de la Cremil, razón por la cual es la entidad demandada la que estaría a cargo del cumplimiento de un eventual fallo favorable.

La configuración de la caducidad en la reliquidación de asignación de retiro por prima de actualización

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

⁷ Art. 1 del Decreto Ley 2342 de 1971, “por medio del cual se reorganiza la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

⁸ Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

⁹ Art. 234 del Decreto 1211 de 1990

¹⁰ Por el cual se adoptan los Estatutos Internos de la Caja de retiro de las Fuerzas Militares.

¹¹ CE S3, sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, e. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), CP. W. Hernández.

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 fue plasmada en el art. 164 de la L.1437/2011, que prescribe, entre otros escenarios, el relacionado con las prestaciones periódicas en los siguientes términos:

OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Puntualmente, cuando el litigio versa sobre el reconocimiento de la prima de actualización como factor a tener en cuenta para la reliquidación de asignación de retiro, el Consejo de Estado¹² ha atribuido la facultad de demandar en cualquier tiempo, por tratarse, en últimas, del reajuste de una prestación periódica.

3.2. Conclusiones en el caso concreto

Sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL

A partir de las premisas expuestas, es claro que la entidad demandada – Cremil, al proponer la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, se refiere a la legitimación en la causa *formal* pues cuestiona la imputación de la lesión que el demandante realiza en su escrito demandatorio, señalando que corresponde atender las pretensiones a la fuerza a la que perteneció el actor.

Para resolver, lo primero que se encuentra es que el actor pretende la nulidad del Oficio n.º 0093852 del 24 de septiembre de 2018, orientado a que se restablezca su derecho al reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta en su cómputo los porcentajes correspondientes a la prima de actualización.

¹² CE S2, sentencia 4 de junio de 2020, e. 85001-23-33-000-2015-00151-01(2505-17), CP. W. Hernández. ““En ese orden de ideas, para esta Corporación no hay lugar a declarar probada la excepción de caducidad como lo hizo el a quo, por cuanto la pretensión de la demanda va encaminada al reajuste de la asignación de retiro del libelista, la cual, por tratarse de una prestación periódica, no está sujeta al término de caducidad de los medios de control.

En conclusión: En el presente asunto no se configuró la excepción de caducidad del medio de control porque lo pretendido por el demandante es la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de la prima de actualización sobre su asignación básica desde 1996 y hasta la fecha de retiro definitivo del servicio, por lo que debe recibir el tratamiento de prestación periódica, la cual es demandable en cualquier tiempo según lo expuesto por el numeral 1 del artículo 164 del CPACA.”

Siendo así, lo primero que se encuentra es que el acto administrativo acusado de nulo fue expedido por la Cremil; a ello se suma que, según lo señalado en acápite precedente, reside en cabeza de esa entidad el deber de atender lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares, así como, de su reliquidación, sin que para ello sea necesario la intervención de otra entidad, cuando media una orden judicial.

Sobre la caducidad.

En lo atinente a la excepción de caducidad, ya que la demanda presentada por Mario Jacinto Daza Montañez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la nulidad del acto administrativo, Oficio n.º 0093852 del 24 de septiembre de 2018, mediante el cual la entidad demandada negó el reajuste de su asignación de retiro; se encuentra que la demanda se dirige contra un acto que niega totalmente una prestación periódica, por lo que el escenario se encuadra en lo descrito por el art. 164, num.1, lit. c de la L.1437/2011, que permite ejercer la presentación de la demanda en cualquier tiempo.

Bajo los argumentos expuesto, entendiendo que la demanda no está sujeta a un término de caducidad, la excepción resulta impróspera, como se declarará.

Sobre la prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción, que ha propuesto la demandada, el suscrito diferirá su resolución al momento en que se decida de fondo el asunto, esto es, en la sentencia, ello por cuanto su definición está atada a la certeza sobre la existencia del derecho que se reclama.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Tener por contestada la demanda por parte de la CREMIL.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones previas de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“caducidad de la acción”* propuestas por la demandada – Cremil.

TERCERO: RECONOCER personería para actuar a la abogada EILEN MARYANN BARRERA VARGAS, como apoderada de CREMIL, en los términos y para los efectos del poder conferido (fl. 91).

CUARTO: DIFERIR la decisión en torno a la excepción de *“prescripción del derecho”*, propuesta por la demandada- Cremil, la que tendrá lugar al momento de proferirse fallo.

QUINTO: Notificar por estado la presente determinación.

En firme, ingrese al Despacho para proveer.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

-Firmado electrónicamente-
MAURICIO LEGARDA NARVÁEZ
Juez

-001-S-000-

Firmado Por:

Elkin Mauricio Legarda Narvaez

Juez Circuito

Contencioso 001 Administrativa

Juzgado Administrativo

Cundinamarca - Facatativa

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: **7d836da593fc8c1ff8873644f53bcab1b35fd09adb0a3f1d93cae36d0ee1ba2d**

Documento generado en 13/08/2021 03:02:44 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>