

*República de Colombia
Rama Judicial*



Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Santiago de Cali, diciembre quince (15) de Dos Mil Veinte (2020).

Auto Interlocutorio No. 289

RADICACION: 76001-23-33-007-2018-00418-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CARLOS JULIO VEGA RODRÍGUEZ
DEMANDADA: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO
NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS
MILITARES – CREMIL-

OBJETO DE LA DECISIÓN

Habiéndose fijado fecha para llevar a cabo audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para el día 30 de marzo de 2020, la cual no fue posible realizar debido a la declaratoria de emergencia sanitaria¹ y a la suspensión de términos judiciales ordenados mediante Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020², expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

El Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo No. PCSJA20-11581 del 27 de junio de 2020³, mediante el cual dispuso el levantamiento de la suspensión de términos judiciales a partir del 1 de julio de 2020, se hace necesario continuar con el trámite de las actuaciones en curso. El Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 de 2020⁴, mediante el cual se privilegia el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, con el propósito de agilizar los procesos judiciales.

El proceso ingresó al despacho para convocar a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA. Sin embargo, en la medida en que se **propusieron excepciones** por parte de la entidad demandada, se procede a resolverse sobre las mismas en aplicación al artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020⁵, procediéndose en

¹ Decreto 385 del 12 de marzo de 2020 expedido por el Ministerio de Salud y la Protección Social

² Por el cual se adoptan medidas transitorias por motivos de salud pública.

³ "Por el cual se dictan disposiciones especiales sobre el levantamiento de términos previsto en el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020"

⁴ Por el cual se adoptan medida 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.

⁵ 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

el caso que nos ocupa en los términos del numeral 2 del artículo 101 del Código General del Proceso, el cual señala, *“El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, (...)”*, por lo cual el despacho procede a su resolución previo las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

El señor CARLOS JULIO VEGA RODRÍGUEZ, instaura a través de apoderado judicial demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL y la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL- con el fin que se declarará la nulidad del Oficio No. 20135620090921 del 8 de febrero de 2013, expedido por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional, por medio del cual se negó la corrección de su hoja de servicios con el reconocimiento de tiempos dobles de servicio.

Mediante Auto Interlocutorio No. 394 de noviembre 20 de 2018 (fl.54-55 C1) este Despacho admitió el medio de control. La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y el Ejército Nacional fueron notificados de la demanda, a través de correo electrónico el 7 de febrero de 2019 (fl.59 C1).

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda 8 de marzo de 2019, (fl.64-66C1) y por parte del Ejército Nacional se contestó la demanda el 29 de abril de 2019, (fl.85-92 C1), es decir, dentro del término (fl.98)⁶. Finalmente, se corrió traslado a las excepciones el 23 de octubre de 2019, sin que se presentara escrito describiendo las mismas. (fl.98 vto. C1).

CONSIDERACIONES:

De conformidad con el numeral 6º del art. 180 del CPACA, en esta etapa de la audiencia se pueden resolver de oficio o a petición de parte las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

La Caja de Sueldo de Retiro de las Fuerzas Militares propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al señalar que su función es reconocer la asignación conforme a lo dispuesto en la hoja de servicios, aplicando la normatividad vigente al momento

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. (...)

⁶ Constancia secretarial.

de los hechos y el reconocimiento de tiempos dobles no es competencia de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por cuanto el tiempo de servicio es certificado por el Ministerio de Defensa Nacional (Jefe de Personal de la respectiva) y si se presenta inconformidad respecto a la Hoja de servicios militares, debe demandar dicho acto administrativo y no pretender que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, inaplique la Ley y asuma una carga prestaciones que no le corresponde.

Para efectos de la resolución frente a la excepción de falta de **legitimación en la causa por pasiva** propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y **la falta de legitimación en la causa de hecho** por pasiva advertida de oficio respecto de la Nación Ministerio de Defensa Armada Nacional, se procede por la Sala en los siguientes términos:

La **legitimación en la causa** hace referencia a la posibilidad que tiene la parte de proponer o controvertir las pretensiones planteadas en la demanda, al ser un sujeto procesal con interés, por activa o pasiva, en la relación jurídico sustancial que se ventila en el proceso.

La Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la legitimación en la causa en sentencia de marzo 15 de 2018 - Radicación: 11001-03-25-000-2013-00392-00(0849-13) ha sostenido que:

*«[...] se trata de una figura que puede ser abordada desde dos perspectivas, una de hecho y otra material. La primera de ellas se establece en virtud de la relación procesal que se teje entre demandante y demandado con ocasión de la mera atribución que el primero de ellos formula en contra del segundo a través de la pretensión procesal y de su vinculación al proceso cuando se traba la litis. Por su parte, **la legitimación material en la causa** se refiere a quienes tienen, de un lado, la titularidad del derecho y, de otro, la titularidad de la obligación, es decir, a quienes verdaderamente corresponde asumir la condición de partes dentro del proceso por ser los que, en realidad, ostentan la calidad para exigir lo que reclaman y para negarlo. [...]]»⁷*

Así mismo, en pronunciamiento del 9 de diciembre de 2019, (Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Radicación número: 25000-23-42-000-2015-00228-01(2546-18), de la Sección segunda desarrolló el problema jurídico de la procedencia de declaratoria de la excepción de la falta de legitimación en la causa de hecho en la audiencia inicial, destacándose por la Sala lo siguiente:

⁷ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A. Sentencia del 15 de marzo de 2018. Radicación: 11001-03-25-000-2013-00392-00(0849-13).

“Así a la parte pasiva de la litis le asiste una legitimación en la causa de hecho, cuando se encuentra en una relación directa con las peticiones planteadas en la demanda, es decir, cuando en la formulación de las pretensiones por parte del demandante en el libelo introductor, refiera que su derecho subjetivo amparado en una norma jurídica está siendo lesionado por esa parte, y en consecuencia al admitir la demanda se le tiene como parte pasiva para integrar el contradictorio.

De este modo, con la notificación del auto admisorio de la demanda, quien asume la calidad de demandado, le asiste la legitimación procesal para intervenir en el trámite judicial con el objetivo de ejercer sus derechos de contradicción y defensa, lo que hace parte de la **denominada legitimación de hecho**, ante la existencia de un vínculo o conexidad entre los sujetos que integran la relación objeto de litigio.

Por otro lado, **el análisis de la legitimación material es un asunto que deberá abordarse en la etapa final del proceso, es decir en el fallo, toda vez que allí luego de tenerse todos los presupuestos fácticos y jurídicos así como los elementos probatorios indispensables para adoptar una decisión de mérito**, se determinará la procedencia de anular el acto administrativo atacado y se estudiará en cabeza de cual sujeto procesal se encuentra la obligación de asumir el eventual restablecimiento del derecho, así lo concluyó esta sección al señalar:

«[...] Así las cosas, resulta claro que cuando se hace necesario determinar si las personas vinculadas tienen la «obligación de anular una actuación administrativa y restablecer un derecho», la decisión encaminada a establecer la legitimación material o sustancial, debe producirse a través de sentencia y no en desarrollo del auto admisorio de la demanda o de la audiencia inicial puesto que aquella legitimación requiere sentencia de mérito⁸ **mientras que tratándose de la legitimación de hecho o procesal⁹, esta debe resolverse en desarrollo de la audiencia inicial, en tanto obedece forzosamente a un presupuesto procesal que debe estudiarse y resolverse en el marco de la primera etapa del proceso**, lo que precisamente configura la denominación doctrinal que se le ha dado de excepción “mixta”. [...]»¹⁰

⁸ En palabras de Francesco Carnelutti, esta modalidad obliga al juez a que efectué un “pronunciamiento con contenido positivo.

⁹ Por su parte Francesco Carnelutti (1959), ha considerado que: “(El requisito de legitimación para la demanda (...) consiste, sin embargo, en la pertenencia al actuante no ya de una relación jurídica diversa de aquella que con la demanda se desarrolla sino de una situación de hecho (afirmación de la pertenencia del derecho), a la que la relación jurídica puede corresponder o no corresponder, se trata no de legitimación de derecho sino de legitimación de hecho (p. 466).

¹⁰ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, auto de 5 de julio de 2018. Radicación: 05001-23-33-000-2016-01082-01(0900-18).

Dada la naturaleza de la excepción de falta de legitimación en la causa la cual contiene un carácter mixto, pues tiene la connotación de previa y de fondo, ello porque puede constituirse en un presupuesto procesal para adoptar la decisión de fondo y a la vez puede atacar la pretensión frente a la procedencia del derecho, en esa medida el Despacho como regla general ha dispuesto resolver la excepción de falta de legitimación en la causa al momento de analizar el fondo del asunto, esto es, en la sentencia; no obstante si del análisis inicial del expediente de su contenido se extrae de forma palmaria y ostensible la falta de relación jurídico procesal entre la demanda y la parte demandada, podrá decidirse de manera excepcional en la audiencia inicial como excepción previa, en virtud de los principios de economía y eficacia.

De acuerdo con lo anterior y para dilucidar el caso en concreto, se hará referencia a los presupuestos fácticos así:

Con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer que el señor Carlos Humberto García Arévalo fue retirado del Ejército Nacional mediante Resolución No. 0784 de junio 30 de 2009, y en la demanda se afirma que en su asignación de retiro no le fueron reconocidos los tiempos dobles de servicio, de acuerdo a lo dispuesto en los Decretos 1038 de 1984, por ello, pretende la modificación de su hoja de servicios con el propósito de que la asignación de retiro sea reliquidada.

Por consiguiente, la modificación de la hoja de servicios y la liquidación de la asignación de retiro se fundamentan en la información contenida en aquella, por lo tanto, la reclamación realizada por el actor, de tener en cuenta el tiempo doble, en últimas, tiene efectos prestacionales.

En providencia del 21 de febrero de 2019¹¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado reiteró la posición en cuanto a la posibilidad de reclamación de la modificación de inclusión de tiempos dobles en la hoja de servicio y la afectación de esta en el reajuste de la asignación de retiro, señalando lo siguiente:

*“[...] que la hoja de servicios militares adquiere la connotación de acto administrativo definitivo cuando la entidad no accede a su corrección e impide con la continuación del trámite pensional. Además, su posible nulidad genera un restablecimiento económico inmediato, **pues se tendrían en cuenta los nuevos tiempos de servicios para reconocer o reliquidar la asignación de retiro**¹². (Negrilla del despacho)*

¹¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019). - Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00802-01(3465-16)

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, 17 de Mayo de 2018, radicación número: 11001-03-25-000-2015-01071-00(4715-15), actor: Carlos Arturo Castellanos Gualteros, demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

En cuanto a la Legitimación de la Causa por pasiva respecto al asunto de corrección hoja de servicios por reconocimiento de tiempos dobles el Consejo de Estado en auto¹³ del 29 de febrero de 2016, señaló lo siguiente:

“Por último, no debe perderse de vista que el acto demandado no puede considerarse aisladamente frente al reconocimiento prestacional o de reconocimiento de asignación de retiro, en cuanto la finalidad de aquel no es otra que servir de soporte para éstos y que por tanto, en este tipo de eventos debe vincularse a la entidad pagadora de la prestación respectiva, en caso de ser diferente a la que elabora la hoja de servicios que le sirve de fundamento.”

Así mismo, es necesario recordar que esta Corporación ha aceptado la calidad de acto autónomo al que niega la corrección de una hoja de servicios o a esta misma, cuando con la decisión se impide continuar una actuación administrativa, esto es, se pone fin a la misma; mientras que si no es así, la hoja de servicios o la disconformidad con los tiempos allí reconocidos que no impidan el reconocimiento prestacional, deben ser debatidos en conjunto con el acto que reconoce la prestación correspondiente para así lograr su modificación o reliquidación. Veamos lo que se ha dicho al respecto:

La hoja de servicios militares es un documento previo e indispensable para la obtención de la asignación de retiro, y en esas condiciones constituye en su naturaleza un acto administrativo de trámite. No obstante, la Sala en reiteradas ocasiones ha sostenido que cuando se niega su expedición o existe inconformidad con el tiempo certificado para efectos pensionales, dicho acto adquiere la condición de definitivo, porque pone fin a la actuación y hace imposible continuarla ante la entidad pagadora de los derechos prestacionales, tal como lo prevé el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo. Es claro entonces, que la elaboración de la hoja de servicios militares con fines prestacionales y pensionales, es una actuación administrativa previa y necesaria para que, luego de su trámite, la autoridad administrativa competente decida si el interesado tiene derecho a la asignación de retiro o a la pensión.¹⁴

De conformidad con lo anterior, y al tenerse acreditado que mediante Resolución No. 2721 de septiembre 21 de 2009, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al demandante la asignación de retiro, reconocimiento que precisamente pretende modificar el actor con la inclusión de tiempos dobles en la hoja de servicios,

¹³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". - Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). - Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00478-00(1542-14)

¹⁴ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., siete (7) de julio de dos mil diez (2010)., Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00060-00(1680-08), Actor: SANTIAGO ACEVEDO GARCIA, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

considera el despacho que la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares se encuentra legitimada de hecho por pasiva.

En consecuencia, el Despacho, RESUELVE:

1. Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
2. Notifíquese la presente providencia mediante estado electrónico, en atención a lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto 806 de 2020.
3. En firme la presente decisión vuelva el proceso a despacho para continuar con el trámite.

Notifíquese y Cúmplase


EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS
Magistrado