TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCION SEGUNDA – SUBSECIÓN **D**

ESTADO No **095** DE FECHA: 21/07/2021

EL PRESENTE ESTADO SE FIJA HOY 21/07/2021 A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.) SE DESFIJA HOY 21/07/2021 A LAS CINCO DE LA TARDE (5 P.M.)

Radicacion	Demandante	Demandado	Clase	Fecha Prov	Actuación	Docum. a notif.	Magistrado
11001-33-35-027-2018-00147-01	MIGUEL ANGEL CABEZAS YARCE	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y CREMIL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	19/07/2021	AUTO QUE DECIDE SOBRE EL RECURSO	MODIFICA LA DECISION IMPUGNADA PRECISANDO QUE SE DECLARA PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DE CREMIL RESPECTO A LA PRETENSION DEL REAJUSTE DEL SUELDO BA...	ISRAEL SOLER PEDROZA

EL PRESENTE ESTADO SE FIJA HOY 21/07/2021 A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.) SE DESFIJA HOY 21/07/2021 A LAS CINCO DE LA TARDE (5 P.M.)

CAMILO ARTURO LUENGAS PRIETO
OFICIAL MAYOR CON FUNCIÓN DE SECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "D"

MAGISTRADO PONENTE: ISRAEL SOLER PEDROZA

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Expediente N°	11001-33-35-027-**2018-00147-**01
Demandante:	MIGUEL ÁNGEL CABEZAS YARCE
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL Y CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Asunto:	**Modificación** auto que declaró probada parcialmente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, contra el auto proferido en la continuación de la audiencia inicial realizada el 27 de enero de 2021 (fls. 110 a 112), por medio del cual el Juzgado Veintisiete Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, declaró probada parcialmente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, respecto a la pretensión del reajuste del sueldo básico en actividad.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. La parte actora solicita que se inaplique, por excepción de inconstitucionalidad, frente a los artículos 4 y 53 de la Constitución Política , de la Ley 4 de 1992 y los Decretos 122 de 1997, 62 de 1999, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004, y se declare la nulidad del **Oficio No**. **20165660788531 del 18 de junio de 2016** (fl. 19), por medio del cual la demandada negó la reliquidación de la asignación básica, cesantías y demás prestaciones sociales, incorporando los porcentajes del IPC dejados de incluir en la asignación básico, desde 1997 hasta el 2004, y del **Oficio No. 2016-68308 certificado –**

CREMIL 84322 de 12 de octubre de 2016, por medo del cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro con el ajuste del sueldo básico (fls. 20 a 21).

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a las entidades demandadas, a: (i) reajustar, año por año, la asignación básica, adicionando los porcentajes del índice de precios al consumidor reconocido por el Gobierno Nacional y certificado por el DANE, para los años 1997 y siguientes, hasta la fecha de retiro del servicio; (ii) que dicho incremento a su vez se vea reflejado en la liquidación de la asignación de retiro reconocida a favor del demandante; (iii) reliquidar las primas, vacaciones, cesantías y demás prestaciones sociales, incorporando los porcentajesdel IPC dejados de incluir en la asignación básica, desde 1997 hasta la fecha de pago, así como para los factores computables en la asignación de retiro; (iv) cancelar los valores adeudados con la indexación respectiva; y (v) Finalmente, solicitó que se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos señalados en los artículos 176 a 178 (sic) del CPACA y se condene en costas a la entidad demandada.

2.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL (fls. 41 a 51). Se opuso a las pretensiones de la demanda, y propuso la excepción de **prescripción,** sobre el reajuste invocado, y solicitó, que en "*caso de ser necesario"*, se aplique el término de prescripción cuatrienal previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

2.2. CREMIL (fls. 72 a 75). Por conducto de apoderado, propuso la excepción de falta de **legitimación en la causa por pasiva, que se debe declarar con anterioridad al 15 de abril de 2009,** para lo cual, manifestó que la parte actora pretende el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, sin tener en cuenta que mediante Resolución No. 894 del 15 de abril de 2009, le fue reconocida dicha prestación, efectiva a partir del 31 de marzo de 2009, por lo cual el demandante no ostentaba la calidad de retirado con anterioridad,y es por eso que la entidad carece de legitimación para cualquier reajuste solicitado con anterioridad a la fecha en la que le fue reconocida.

Asimismo, propuso la **excepción de prescripción** al señalar que operó tal fenómeno para las mesadas ya causadas.

3. EL AUTO APELADO (fls. 110 a 112). El *A quo*, declaró probada parcialmente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por CREMIL, para lo cual adujo, que la parte actora solicitó el reajuste de la asignación mensual de retiro y como quiera, que el reconocimiento lo efectuó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de la Resolución No. 894 de 15 de abril de 2009, conforme a lo establecido en el artículo 13 y siguientes del Decreto 4433 de 2004, es la entidad encargada del reconocimiento de dicha prestación.

Así mismo, indicó que la Caja expidió el **Oficio No. 2016-68308 certificado – Cremil 84322 de 12 de octubre de 2016,** a través del cual negó la reliquidación de la asignación mensual de retiro, y por ser éste uno de los actos administrativos enjuiciados dentro del presente asunto, está llamada a responder, así como el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, respecto a la pretensión del reajuste del sueldo básico en actividad. Y en ese orden de ideas, consideró que las dos entidades están llamadas a responder dentro del presente proceso, una parte, respecto del reajuste del salario básico, y la otra, con relación al reajuste de la asignación de retiro.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 110 a 112 y link audio y video). **El apoderado de CREMIL** interpuso recurso de apelación, para lo cual reiteró, que la parte actora pretende el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, sin tener en cuenta que mediante Resolución No. 894 del 15 de abril de 2009, la Caja le reconoció dicha prestación, efectiva a partir del 31 de marzo de 2009, por lo cual el demandante no ostentaba la calidad de retirado con anterioridad,y es por eso, que la entidad carece de legitimación para cualquier reajuste solicitado con anterioridad a la fecha señalada.

II. CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL CASO

Transición Normativa

En el presente asunto no se dará aplicación a la Ley 2080 de 2021, debido a que el inciso final del artículo 86 preceptúa*, "En estos mismos procesos, 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 surtirse las notificaciones.", y como quiera que ya se había empezado la audiencia inicialel **4 de febrero de 2020** (fls. 68 a 69), donde se ordenó vincular a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, se procedió a continuar con la realización de la audiencia inicial el día **27 de enero de 2021**, razón por la cual, se tramitará conforme a la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar, si la decisión adoptada por el *A quo* en la continuación de la audiencia inicial de 27 de enero de 2021, que **declaró probada parcialmente** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de CREMIL, se encuentra ajustada a derecho.

Falta de legitimación en la causa como presupuesto procesal. El Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha distinguido entre la legitimación en la causa material y la de hecho, así:

> *"(…) Adicionalmente, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa*[1]*. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.*
>
> *Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. (…)"*[2]

Al respecto, señala la Sala, que si bien es cierto, el actor está solicitando el reajuste de la asignación básica y demás prestaciones con los incrementos del índice de precios al consumidor, desde 1997, también es cierto, que solicita la incidencia de tal reajuste en la asignación de retiro, siendo esta pretensión competencia de la Caja de retiro, de conformidad con el Decreto 2342 de 1971.

---

1 Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Providencia de 3 de octubre de 2012, Radicación No. 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984).

Así mismo, se evidencia que también pide el reajuste de la asignación de retiro con el IPC, desde 1997 a 2004 (fls. 17 a 18), petición que fue resuelta desfavorablemente a través del Oficio No. 2016-68308 certificado – Cremil 84322 de 12 de octubre de 2016 (fls. 20 a 21), acto demandado en el proceso, por lo tanto, es claro que al encontrarse una pretensión dirigida a la reliquidación de la asignación de retiro, es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la entidad que debe responder por dicho reajuste, en caso de prosperar las pretensiones.

Igualmente, se debe precisar que el hecho de que el demandante solicite el reajuste de la asignación de retiro para unos años en que no estaba devengándola, no da lugar a una falta de legitimación en la causa por pasiva, sino eventualmente a que se nieguen las pretensiones de la demanda respecto a esos años en que se encontraba en servicio activo.

Por otra parte, es necesario señalar que el apoderado de la Caja, indicó en su recurso de alzada, que carece de legitimación para cualquier reajuste solicitado con anterioridad al 31 de marzo de 2009, fecha de reconocimiento de la asignación mensual de retiro, y teniendo en cuenta, que el juez de primer grado solo declaró probada parcialmente este medio exceptivo, respecto a la pretensión del reajuste del sueldo básico en actividad, se hace necesario modificar la decisión impugnada, para dejar claro que en efecto, CREMIL no tiene competencia frente a la pretensión del reajuste del salario básico en actividad, anterior del 31 de marzo de 2009.

En consecuencia, se modificará la decisión de primera instancia que declaró probada parcialmente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL**,** para precisar, que la falta de legitimación es respecto a la pretensión del reajuste del sueldo básico en actividad, anterior al 31 de marzo de 2009, conforme a las razones expuestas en párrafos anteriores.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección D,

R E S U E L V E:

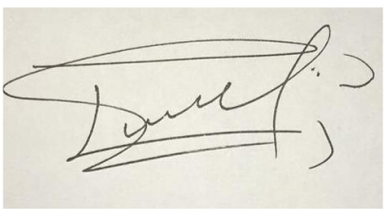
PRIMERO: MODIFICAR la decisión impugnada, precisando, que se declara probada parcialmente la excepción de falta de legitimación en la casusa por pasiva de CREMIL, respecto a la pretensión del reajuste del sueldo básico en actividad con

anterioridad al 31 de marzo de 2009, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

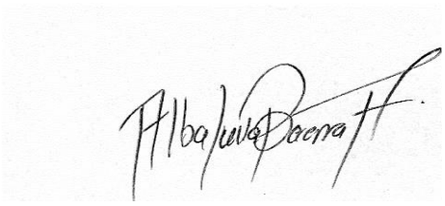
SEGUNDO: En firme este proveído, previas las anotaciones pertinentes, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado según consta en **Acta Virtual** de la fecha.



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado



AUSENTE CON EXCUSA

ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA
Magistrada

CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

ISP/lma