

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 25269-33-33-001-2019-00068-00
DEMANDANTE: MILLER EDGARDO MURCIA CADENA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
ASUNTO: Auto resuelve excepciones

Facatativá, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)

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; durante aquel, la entidad demandada, propuso las excepciones *previas* que planteó como (i) *inepta demanda* y (ii) *falta de legitimación en la causa por pasiva* (fls. 38 C01 (004) – 41 C01(005)).

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; en vista de ello, de conformidad con el par. 2º del art. 175 de la Ley 1437 de 2011¹ -L.1437/2011-, modificado por el art. 38 de la Ley 2080 de 2021², 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. 37 C01(004)); durante el traslado el demandante guardó silencio.

¹ En torno a la denominada ineptitud de la demanda como excepción, puede verse una línea forjada por la sección segunda del Consejo de Estado en las providencias de 21 de abril de 2016, exp. 47-001-23-33-000-2013-00171-01; de 24 de octubre de 2018, exp. 08001-23-33-000-2014-00015-01(0246-16); de 27 de septiembre de 2018, exp. 76001-23-31-000-2006-02530-01(1934-15); de 29 de septiembre de 2016, exp. 52001-23-33-000-2014-00057-01(4126-14); de 1 de agosto de 2016 exp. 25000-23-42-000-2013-01486-01(3962-14), MP. W. Hernández.

² 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.

2. Fundamentos de la excepción propuesta

a. Inepta demanda

Indicó la demandada que no se demandó la hoja de servicios militares con la cual se establece la causal de retiro, la cual sirvió de fundamento para negar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, por lo que el acto administrativo que establece como causal de retiro la de *separación absoluta* se mantendría vigente y, en consecuencia, la Cremil no podría efectuar el reconocimiento de la asignación de retiro.

Planteó que, mientras la hoja de servicios no sea modificada, no es procedente efectuar el reconocimiento de la asignación de retiro, pues fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del D.991/2015 el cual se encuentra vigente.

Argumentó que, al ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la primera pretensión será siempre la declaratoria de nulidad del acto administrativo creador de la situación jurídica particular o del acto que vulneró o desconoció un derecho particular o concreto, su nulidad es el medio para lograr el restablecimiento del derecho; en el caso, la demanda no cumple con este requisito puesto que, en su opinión, no se demandó la hoja de servicios militares.

Señaló que la individualización del acto administrativo es requisito *sine qua non* en esta clase de acciones, de lo contrario la omisión a esta regla trae consigo la falta de congruencia entre la sentencia, los hechos y las pretensiones de la demanda.

b. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Para sustentar la excepción propuesta señaló que, para el trámite de reconocimiento y pago de asignaciones de retiro en el caso de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, la entidad aplica la normatividad vigente al momento de los hechos, lo que conduce a afirmar que la entidad no es competente para resolver sobre la modificación de la hoja de servicios militares del actor expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, pues si se presenta inconformidad en la hoja de servicios militares, debe demandarse dicho acto administrativo.

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

Se sostendrá que las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar y, en consecuencia, se declararán no probadas.

Con el fin de respaldar la tesis planteada, se desarrollarán, en su orden, las siguientes premisas argumentativas: (i) la excepción de inepta demanda y la hoja de servicios, (ii) la falta de legitimación en la causa por pasiva, a partir de las cuales se atenderá el caso concreto, veamos:

La excepción de inepta demanda y la hoja de servicios

Respecto a la denominada *inepta demanda* como excepción previa, el Consejo de Estado³ ha explicado que aquella corresponde al incumplimiento de los requisitos formales de la demanda, relacionados con su contenido y anexos, estos esencialmente son los establecidos en los arts. 162, 163, 166 y 167 de la L.1437/2011 en cuanto requisitos y en el art. 165 *ejusdem*, los primeros, en lo que tiene que ver con el contenido de la demanda, cómo se individualizan las pretensiones y los anexos que se deben allegar con ella; el último, relacionado con la indebida acumulación de pretensiones.

Para el caso, la demandada Cremil ha señalado que la excepción propuesta tiene fundamento en la incongruencia de las pretensiones de la demanda, pues debió demandarse la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa en aras de modificar la causal de retiro de separación absoluta para, así, reconocer la asignación de retiro al demandante.

El art. 235 del D.L.1211/1990⁴ señala que la elaboración de la hoja de servicios debe atender a la reglamentación que señale el Ministerio de Defensa, será expedida por el jefe de personal previa aprobación del respectivo comandante de Fuerza.

A su vez el art. 234 *ib.* dispone que el reconocimiento de las asignaciones de retiro y pensiones corresponde a Cremil, conforme la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa.

En efecto, el Consejo de Estado⁵ ha reiterado que la hoja de servicios constituye un documento previo e indispensable para la obtención de la asignación de retiro, por eso, quien pretenda su reconocimiento, debe iniciar el trámite correspondiente ante el Ministerio de Defensa, entidad que no puede negar su expedición pues no es la autoridad competente para decidir si se tiene o no derecho a la asignación de retiro, la cual corresponde a la Cremil⁶.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Previo a abordar el estudio de los planteamientos, el suscrito ve prudente aclarar que, si bien es cierto que el Código General del Proceso (art. 100) no señala a aquella como excepción *previa*, el Consejo de Estado⁷ ha indicado que la misma

³ CE S 3, sentencia del 5 de diciembre de 2018, C.P. M. Velásquez

⁴ Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

⁵ CE 2A, Abr. 27 de 2006, e. 5209-03, A. Arango.

⁶ CE 2A, Sept. 20 de 2018, e.4219-2016, W. Hernández.

⁷ 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.

constituye una de esa índole⁸ o una de las denominadas *mixtas*⁹, por lo que es oportuno resolver sobre el particular.

Además, se precisa recordar que, en el caso que se atiende, el demandante pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución n.º 18261 de 30 de agosto de 2018 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante.

Para resolver se trae como argumento de autoridad la jurisprudencia del Consejo de Estado, plasmada en Auto de Unificación de jurisprudencia¹⁰, 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.

⁸ 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.**” (Negrillas fuera de texto original)

⁹ 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.

¹⁰ CE S3, providencia de 25 de septiembre de 2013. MP. E. Gil

El Consejo de Estado¹¹, 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 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 solo 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 uno de sus derechos, sin que por ese solo 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 solo aquella, quien lo sufre, estará legitimada materialmente para reclamar y solo quien lo causa por sus actos estará llamada a responder.

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

3.2. Conclusiones en el caso concreto

a. De la inepta demanda

Respecto a la excepción propuesta, con claridad se observa que las precisiones y cuestionamientos realizados por la demandada Cremil, no se dirigen a evidenciar alguna falencia formal en la demanda sino, más bien, a desvirtuar las razones de fondo y esenciales que el demandante usa para respaldar sus pretensiones de nulidad y condena, lo cual responde a la lógica de las excepciones perentorias o de mérito¹², por cuya naturaleza deben resolverse en la sentencia.

Si bien es cierto que el acto mediante el cual se determinó la negación de la asignación de retiro se fundamentó en la causal de desvinculación aplicada al demandante -separación absoluta-, aquel es autónomo, es posible analizarlo por sí mismo y sobre su estudio se puede establecer su consonancia con el ordenamiento jurídico; la vinculación de Cremil como entidad demandada y no del Ministerio de Defensa no le resta aptitud a la demanda para adelantar el juicio de legalidad al que se está sometiendo el acto administrativo impugnado, pues el acto acusado se puede demandar sin que sea indispensable demandar la decisión del Ministerio de Defensa plasmada en la hoja de servicios, pues las pretensiones de la demanda están orientadas a la declaratoria de nulidad del acto que negó el reconocimiento de la asignación de retiro, situación de la que es competente para conocer Cremil y, finalmente, los efectos que pueda provocar la forma en que se retiró al demandante no convierten el acto expedido por la entidad demandada en un acto accesorio y dependiente.

Ahora, no pasa por alto el hecho de que el planteamiento de la entidad demandada apunta a la configuración de la falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que con la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda no cuestiona el contenido formal de la demanda, esto es, no pone en tela de juicio el acato de los arts. 162, 163, 165, 166 y 167 de la L.1437/2011, que en estricto sentido daría pie a la declaratoria de la excepción propuesta, siempre que así quedara probado, sino que señala la falta de competencia de la entidad con base en la incongruencia de las pretensiones al no demandarse, según su convencimiento, la hoja de servicios.

En consecuencia, se declarará no probada la excepción de inepta demanda formulada por el demandado.

b. De la falta de legitimación en la causa por pasiva

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 *material* pues cuestiona la atribución esencial de responsabilidad que plantea el demandante, al decir que es el

¹² Cfr. López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Parte General. Ed. Dupré Editores. Segunda edición. 2019. Pgs. 618 y ss.

Ministerio de Defensa Nacional y no la Cremil a quien se le vincula con los hechos y omisiones que sustentan la demanda y será, en su criterio, a quien le corresponderá atender la eventual condena judicial.

En este caso, la Cremil, a juicio del suscrito, conserva la legitimación formal en tanto tiene capacidad para intervenir como demandada en la defensa procesal de sus intereses, goza de capacidad para ser parte y concurrir al juicio.

A lo anterior se agrega que, según puede extraerse de la demanda, la Cremil fue convocada en razón del acto administrativo contenido en la Resolución n.º 18261 de 30 de agosto de 2018 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante.

No obstante, como es claro, la prosperidad de las pretensiones esgrimidas frente a la Cremil solo podrá determinarse una vez se aborde el estudio de fondo del problema jurídico principal, lo que solo puede hacerse una vez agotada la etapa probatoria y se halle el proceso para dictar sentencia.

En ese orden, se declarará no probada la excepción propuesta por la Cremil, en tanto previa y se pospondrá la decisión de la excepción de mérito que su argumento comporta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: declarar no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

SEGUNDO: posponer el estudio de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva – **material**-, propuesta por la demandada, la que se resolverá al dictar sentencia.

TERCERO: declarar no probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho o formal propuesta por la demandada.

CUARTO: RECONOCER personería para actuar al abogado MAURICIO GÓMEZ MONSALVE, como apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en los términos y para los efectos del poder conferido (fl. 42 C01 (005)).

QUINTO: notificar por estado la presente determinación.

En firme, ingrese al Despacho para proveer.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

-firmado electrónicamente-
MAURICIO LEGARDA NARVÁEZ
Juez

-004-S-000-

Firmado Por:

Elkin Mauricio Legarda Narvaez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 001 Administrativa
Facatativa - Cundinamarca

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: **8b341683cdd1c343bf3dfefbc14a573c50325bce49674cb74f940eec2ad5f8ae**
Documento generado en 24/02/2022 07:20:18 AM

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