MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	25269-33-33-001-2019-00076-00
DEMANDANTE:	JOSÉ ALFREDO BALDIÓN ZABALA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL
VINCULADA:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL
ASUNTO:	Auto resuelve excepciones previas

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; al respecto, se destaca que, durante el traslado de la demanda, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, al contestar la demanda como entidad vinculada, propuso la excepción *previa* que planteó como (i) falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 48 – 60).

Revisado el expediente se constata que la Secretaría del Juzgado corrió traslado de aquellas excepciones de conformidad con el par. 2º del art. 175 de la Ley 1437 de 2011 -L.1437/2011-, norma que resultaba aplicable a dicha actuación para el momento en que se surtió, por tres (3) días, lapso durante el cual el demandante guardó silencio.

2. Fundamentos de la excepción propuesta

Para argumentar la excepción propuesta la Cremil señaló que el acto administrativo que se pretende nulo no fue expedido por la entidad; de igual forma, indicó que frente al reconocimiento y pago del subsidio familiar y frente al caso en concreto, en la hoja de servicios militares correspondientes al actor, no se encuentra incluida la partida subsidio familiar, dentro de las partidas computables para la asignación de retiro, a la cual hace mención el accionante y sin que se hubiera controvertido dicho acto administrativo, este sigue gozando de plena legalidad.

3. Consideraciones

Carrera 1ª n.° 1-27 Piso 4 Sede Judicial Facatativá- Cundinamarca
Buzón electrónico: jadminfac@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 8 920982
Teléfono celular: 312 501 1635

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 la excepción propuesta tiene vocación de prosperidad y, en consecuencia, se declarará probada.

Con el fin de respaldar la tesis planteada, se estudiará la falta de legitimación en la causa por pasiva, a partir de ello se atenderá el caso concreto, veamos:

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 Estado[1] ha indicado que la misma constituye una de esa índole[2] o una de las denominadas *mixtas*[3], por lo que es oportuno resolver sobre el particular.

Además, se precisa recordar que, en el caso que se atiende, el demandante José Alfredo Baldión Zabala pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio n.° 20183111834581 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER1-10 que negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar con base en el art. 11 del D.1794/2000.

---

[1] 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.

[2] 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)

[3] 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.

Para resolver se trae como argumento de autoridad la jurisprudencia del Consejo de Estado, plasmada en Auto de Unificación de jurisprudencia[4], 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 Estado[5], 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 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

[4] CE S3, providencia de 25 de septiembre de 2013. MP. E. Gil
[5] CE S3 providencia del 11 de julio de 2019 dentro del expediente 05001-23-31-000-2002-01676-01.

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.

3.2. Conclusiones en el caso concreto

En el *sub iúdice,* una vez revisado el expediente se observa que mediante auto de 18 de julio de 2019 se resolvió vincular a la Cremil como litisconsorte necesario (fls. 39 – 40), decisión que se fundamentó en el escrito de demanda, como quiera que de la forma en que fueron formuladas las pretensiones, llevaron a concluir que el demandante pretendía, además del reconocimiento y pago del subsidio familiar a partir del 17 de octubre de 2012, fecha en la que contrajo matrimonio, el reajuste de la asignación de retiro que se veía afectada por el reconocimiento de dicho emolumento.

En la pretensión cuarta de la demanda se solicitó que se ordene el pago efectivo e indexación del valor correspondiente al subsidio familiar, desde el mes de octubre de 2012 **hasta la fecha de retiro**, expresión esta última que llevó a inferir que el demandante pretendía el reconocimiento del subsidio familiar y, a su vez, el reajuste en la asignación de retiro, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue radicada la demanda ya le había sido reconocida la asignación de retiro mediante Resolución n.° 2262 de 14 de marzo de 2014.

Las anteriores afirmaciones hechas en el escrito de demanda llevaron, en su momento, a considerar la vinculación de la Cremil como litisconsorte necesario, sin embargo, la entidad vinculada, al contestar la demanda, aportó copia de la hoja de servicios del demandante y de la Resolución n.° 2128 de 20182262 de 14 de marzo de 2014, *"por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Soldado Profesional (r) del Ejército JOSÉ ALFREDO BALDIÓN ZABALA"*, documento con el cual es posible concluir que, en este escenario jurídico, no se encuentra en discusión el reajuste de la asignación de retiro por la Cremil, sino que, únicamente, se pretende el reconocimiento y pago

del subsidio familiar de conformidad con el art. 11 del D.1794/2000 a favor del demandante.

Entonces, atendiendo a que no existe una relación real de la parte vinculada -Cremil- con las pretensiones que se formularon, toda vez que el acto administrativo que se demanda no fue proferido por dicha entidad, como tampoco se observa ninguna pretensión dirigida en su contra, es procedente declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva y, en consecuencia, ordenar la desvinculación como parte pasiva dentro del proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: tener por contestada la demanda por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

SEGUNDO: tener por contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL.

En consecuencia,

CUARTO DESVINCULAR a la CREMIL como parte pasiva.

QUINTO: RECONOCER personería para actuar a la abogada ANA ELIZABETH MOJICA ACEVEDO, como apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en los términos y para los efectos del poder conferido (fl. 67).

SEXTO: RECONOCER personería para actuar a la abogada SORANGEL ROA DUARTE, como apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en los términos y para los efectos del poder conferido (fl. 84).

SEPTIMO: 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: **f2dca83b3d1eaaa45a3d0bd58a8db78b221d919ae769f82e18102a60f8a8548e**
Documento generado en 24/02/2022 07:20:24 AM

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