

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, febrero veintidós ( 22 ) de dos mil dieciocho (2018).

**REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: NEPOMUCENO LONDOÑO ARIZA**

**DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-  
CREMIL**

**MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE**

**EXPEDIENTE: 50001-33-33-003-2015-00011-01**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, el 07 de abril de 2016, mediante la cual la Honorable juez declaro de oficio la **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**, dentro de la pretensión de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** incoada por el señor **NEPOMUCENO LONDOÑO ARIZA** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**.

**I. ANTECEDENTES**

**PROVIDENCIA APELADA**

Con auto del 07 de abril de 2016, la Jueza de 1ª instancia expresó que la Entidad accionada no planteo excepciones, pero decreta de oficio la **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA** de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, fundamentándose en el hecho de que el accionante debió presentar su petición ante el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL**, encargada de la cancelación de los salarios y las prestaciones sociales de los uniformados sino estaba de acuerdo con la remuneración devengada en

servicio activo, y cita jurisprudencia del H. **CONSEJO DE ESTADO** sobre las funciones de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.**, como Entidad responsable de administración de aporte, reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro de la Institución, así como la no inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, como lo determino la Ley 923 de 2004 y no está sustancialmente legitimada para oponerse a las pretensiones relacionadas con la remuneración de los miembros activos de la Fuerza Pública, pues dentro de sus funciones legales no se encuentra la reconocida asignación salarial, pues sus funciones se circunscriben al reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro con base en los señalado en la hoja de servicios emitida por el **EJERCITO NACIONAL** .-

Insiste en que por tratarse de un tema de asignación salarial debió reclamar ante el empleador y cita una jurisprudencia del Tribunal de cierre de esta jurisdicción, Sección **CUARTA**.

Culmina declarando de oficio la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.**, y **CONDENA** en Costas a la parte demandante, realiza fijación de agencias en derecho una vez ejecutoriada dicha providencia.

#### **RECURSO DE APELACIÓN** **DEMANDANTE**

Argumenta que conforme a lo dispuesto en el **artículo 234 del DECRETO 1211 de 1990**, el reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones corresponde a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL.**, de conformidad con la hoja de servicios adoptada por el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.**, previo cumplimiento de los procedimientos y requisitos que establezca la citada Caja mediante Resolución del director general contra la cual procede el recurso de reposición ante la mismo funcionario. Que de lo anterior se colige que es **CREMIL.**, la encargada de dirimir las controversias jurídicas que se presenten en contra de dichas Resoluciones.

Que el tema sometido a consideración es la no aplicación del régimen de transición establecido en el **inciso 2º del artículo 1º del DECRETO 1794 DE 2000**, que trata de la función legal de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.**, por tratarse de la asignación de retiro por lo que considera que ésta se encuentra legitimada en la causa.

Que el artículo **235** del **DECRETO 1211 DE 1990**, establece que la hoja de servicios, le corresponde expedirla al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, y **CREMIL.**, obtiene información pertinente para liquidar el tiempo de servicio, partidas computables y los porcentajes a la misma, pero no para la base de liquidación, ya que esta sufre una variación, año a año, de conformidad con los Decretos que el ejecutivo emite en desarrollo de la **Ley 4ª de 1992**, para fijar las asignaciones básicas para el personal en servicio activo y en virtud al **PRINCIPIO DE OSCILACIÓN**, se aplica a la liquidación de las asignaciones de retiro, de conformidad con lo preceptuado en el artículo **42** del **DECRETO 4433 de 2004**.

Afirma que, para el caso de los Soldados profesionales, en general la base de liquidación está establecida en el **artículo 1º** del **DECRETO 1794 del 2000**, cuya base de liquidación es un salario mínimo incrementado en un 40%, para el caso de los Soldados profesionales que fueron voluntarios; el **inciso 2º** del **artículo 1º** del mismo **Decreto**, la base de liquidación es el salario mínimo más un 60% del mismo y por ello, **CREMIL.**, no puede alegar la **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA** basándose en esta norma y el Despacho, decretarla de oficio, con sustento en la misma.

Sostiene que el **artículo 232** del **DECRETO 1211 de 1990**, faculta de forma oficiosa, el trámite de reconocimiento de las prestaciones sociales de los integrantes de las Fuerzas Militares, cuando las oficinas del personal no puedan producir de oficio las pruebas pertinentes, como sucede en el presente caso, con la hoja de servicios allegada por la parte actora.

Finaliza diciendo que no existe **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** por parte de **CREMIL.**, en virtud al compendio normativo antes mencionado y a los precedentes jurisprudenciales y enuncia algunos apartes de fallos tales como "Providencia del 17 de octubre de 2013, expediente 2012118901, M.P. la Dra. **JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**."

#### **ACTUACIÓN PROCESAL**

Con auto del 07 de abril de 2016, se concede el recurso de apelación (fl. 108-109 cuad. 1.1º inst.).

## II. CONSIDERACIONES

### COMPETENCIA:

Este Tribunal es competente para conocer, en 2ª Instancia, de los recursos de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, que decide sobre las excepciones (artículo 180, numeral 6 del C.P.A.C.A.); y en acatamiento a lo previsto por el (artículo 243 numeral 3º CPACA.) y por ser una decisión de un **JUEZ ADMINISTRATIVO** de esta circunscripción (art. 153).

### CUESTIÓN PREVIA

### IMPEDIMENTO

La Magistrada **NILCE BONILLA ESCOBAR**, mediante oficio radicado el 19 de febrero de 2018, manifestó su impedimento de hacer parte de la Sala de decisión, con fundamento en el numeral 2º del artículo 141 del **CODIGO GENERAL DEL PROCESO**, teniendo en cuenta que intervino en la 1ª instancia ( fl 6 C-2ª inst).

El numeral 2º del artículo 141 del **CODIGO GENERAL DEL PROCESO** prescribe:

#### **Artículo 141. Causales de recusación.**

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. **Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente. (Se resalta).**

La Sala encuentra fundada las razones esbozadas por la señora Magistrada, pues se advierte que conoció del presente asunto en instancia anterior, por cuanto fue quien profirió el auto que es objeto de apelación y que ahora debe resolver esta Sala.

Así las cosas, se aceptará el impedimento, razón por cual se le separará del conocimiento de la controversia de la referencia, a fin de velar por el principio de imparcialidad, que rige la administración de justicia.

### CASO CONCRETO

El asunto se centra en decidir, si se configura o no la **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** por parte de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL**.-

Tenemos que la **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA** tiene que ver con la relación jurídica sustancial objeto del proceso, de manera que es propia del debate procesal, como quiera que se relaciona con el derecho que se pretende, con la calidad de las personas que por activa o pasiva figuran como sujetos procesales, bien porque formulan las pretensiones (activa) o porque se oponen a ellas (pasiva).

Al respecto, el **H. CONSEJO DE ESTADO**, ha distinguido entre la **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA de hecho** y **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA material**, así:

*"En cuanto a la legitimación en la causa, es preciso determinar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, existen dos clases: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.*

*La ausencia de legitimación en la causa no inhibe al juzgador para pronunciarse de mérito, en consideración a que ésta es un elemento de la pretensión y no de la acción, motivo por el cual, no se relaciona con un aspecto procesal sino sustancial del litigio. De esta manera, cuando no se encuentra acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes procesales, el juzgador deberá denegar las pretensiones elevadas en la demanda puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados."*  
**(Subrayado fuera de texto)**

Así las cosas, se advierte que la **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA** atañe a dos aspectos, de una parte con relación **SUSTANCIAL –LEGITIMATIO AD CAUSAM-** referida a alguno de los extremos de la relación jurídica de la que surge la controversia, así como con los derechos y obligaciones que se pretenden o excepcionan según el caso; y de otra parte, con la **LEGITIMACIÓN PROCESAL – LEGITIMATIO AD PROCESSUM-** o la aptitud legal de las partes para comparecer y actuar en el proceso. Es por ello que la **LEGITIMATIO AD CAUSAM** no es un

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación Número: 25000-23-26-000-1999-00802-01 (28204)

presupuesto procesal, ya que es objeto de análisis en el fondo del asunto; mientras que la **LEGITIMATIO AD PROCESSUM**, si constituye un presupuesto procesal y su falta configura un vicio de nulidad que compromete el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse.

El artículo 175 del C.P.A.C.A., estableció que al contestar la demanda se propondría excepciones y el artículo 180 íbidem., precisó que en la audiencia inicial se decidirá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA** y prescripción extintiva.

Entonces, el alcance de la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA** a que hace referencia el artículo 180 num. 6° del C.P.A.C.A., como aquella que corresponde resolver en la audiencia inicial, honrando de esta forma los principios de economía y eficacia procesal y atina a la **LEGITIMACIÓN FORMAL** o **DE HECHO** y no a la **MATERIAL**, puesto que esta concierne puntos o aspectos de los extremos de la relación jurídica de la que surge la controversia, y se definen en el fondo de la decisión.

Para este Juez colegiado la decisión de la Jueza de 1ª instancia, debe ser revocada por las siguientes razones:

La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** reconoció mediante Resolución N° 2685 del 07 de mayo del 2012 (fls.71-72 cuad. 1ª inst.), asignación de retiro al actor, en la que dispuso que se liquidara con el 70% ( Decreto 4919 de 2011), indicado en el numeral 13.21, esto es, el establecido en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, adicionada con un 38.5% de la prima de antigüedad, actuación que desconoció su derecho a la aplicación del régimen de transición establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Por estar inconforme con tal decisión, la apoderada del actor solicitó a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, el reajuste de su **asignación de retiro**, petición que fue resuelta desfavorablemente mediante el oficio 320, consecutivo n° 2013-51196 de 13 de septiembre de 2013. (fls. 88, 89 cuad. ppal.).

Como lo acepta el A Quo, el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, es el competente en materia salarial de los asuntos de los

miembros que se encuentran en servicio activo, y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, CREMIL**, es competente para reconocer y pagar su **asignación de retiro**, como lo señala el artículo 16, del Decreto 4433 de 2004, que literalmente dice:

*“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Según la Jueza de 1ª instancia, **CREMIL**, no tiene la competencia para modificar la asignación básica mensual que el actor devengaba cuando se encontraba en servicio activo, desconociendo que para reconocer y determinar el monto de la pensión o asignación de retiro, no es necesario realizar modificación alguna al referido salario, simplemente se aplican las normas que regulan la materia y las interpretaciones jurisprudenciales hechas sobre las mismas. Así lo ha establecido la norma y precisado la jurisprudencia, que la autoridad competente para resolver la solicitud de reajuste de la asignación de retiro, es la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, por tanto, es la responsable de reconocer y pagar las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones que la Ley determine, a quienes adquieran este derecho, sin necesidad de incluir como parte en la demanda, al **MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, tal como concluyó la jurisprudencia, en la providencia de 02 de marzo de 2016 (exp. No. 2015-02617-01, C. P.: **MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**).

Además, consideró que exigir un trámite interno administrativo es generar una carga al uniformado. Expresó:

(...)

*Por último, conviene destacar que si para el Juez accionado la demanda no tenía vocación de prosperidad por “no agotamiento de la vía administrativa”, por cuanto la solicitud para efecto del reajuste de la asignación de retiro la presentó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares cuando, a su juicio, ha debido ser ante el Ministerio de Defensa, estima la Sala que trasladarle dicha carga al actor evidentemente convierte en nugatorio su derecho sustancial, obligándole a asumir los trámites internos de división de competencias entre el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.” (Negrillas y*

subrayas fuera del texto original)

Entonces, no es de recibo exigirle a un ex Soldado voluntario convertido a profesional y amparado por el régimen de transición ya referido, que antes de demandar a **CREMIL.**, para obtener la reliquidación de su asignación de retiro, deba agotar un procedimiento administrativo, ante **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** -previo a demandar -, con el único argumento de que éste último era el que se encargaba del pago de su asignación básica mensual cuando se encontraba en servicio activo, ya que es la propia Ley la que determina cuál es el monto que se le debe pagar como asignación mensual básica a este tipo de Soldados, y el hecho de que el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, no liquidara o cancelara debidamente el salario del actor, no impide que **CREMIL.**, pueda hacerlo conforme con el ordenamiento jurídico.

La liquidación de la asignación de retiro debe hacerse de conformidad con lo establecido en la Ley, y si el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, se equivocó en la liquidación y pago de la asignación básica mensual del actor cuando éste se encontraba en servicio activo, no impide que **CREMIL.**, pueda hacerlo conforme a la Ley y para lo cual, se necesite revisar la hoja de servicios del uniformado expedida por el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, para constatar el cumplimiento de los requisitos objetivos para el reconocimiento de la asignación de retiro, como lo es tiempo en la Institución o la edad del Soldado, pero sin requerir un pronunciamiento previo de dicha Entidad para determinar el monto de la asignación de retiro y de esta forma lo ha explicado la jurisprudencia, por tal razón la excepción de oficio declara por la Jueza A Quo, no tiene prosperidad y por ello, se **REVOCARA** su decisión.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: PRIMERO: ACEPTAR** el impedimento manifestado por la Magistrada **NILCE BONILLA ESCOBAR**, en consecuencia, se le declara separada del conocimiento del proceso de la referencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** el auto del **07 de abril de 2016**, proferido por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, que declaro de oficio la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN**

Rad: 50001-33-33-003- 2015- 00011-01 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : NEPOMUCENO LONDOÑO ARÍZA

Demandado : CREMIL.



EN LA CAUSA POR PASIVA de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILIATRES-CREMIL, por las razones expuestas en la parte motiva de este interlocutorio.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase en expediente al Juzgado de origen, para que continúe con el trámite correspondiente, previo las **DESANOTACIONES** correspondientes.

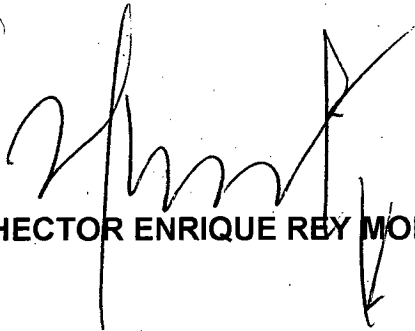
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.-**

Estudiada y aprobada en Sala de Decisión de la fecha, según Acta No.

010.-



**TERESA HERRERA ANDRADE**



**HECTOR ENRIQUE REY MORENO**

**NILCE BONILLA ESCOBAR**

Impedida

RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META  
SECRETARIA GENERAL  
Auto anterior se notifica a las partes por anotación e  
VILLAVICENCIO ESTADO No.

26 FEB 2018

000026

SECRETARIO (A)