

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Sentencia de tutela No. 103

Accionada: Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional

Accionante: Sandra Patricia Sánchez Lagos

Derechos Invocados: igualdad, al debido proceso por falta de defensa técnica, al trabajo y el principio de favorabilidad

Radicado: 110013335-017-2019-00314-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

No evidenciando causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso de la referencia teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

La accionante. Solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso por falta de defensa técnica, al trabajo y el principio de favorabilidad, consagrados en los artículos 13, 29,1 de la Constitución Política de Colombia, los cuales afirma han sido violados, amenazados y puestos en peligro por el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

Afirma que encontrándose en el grado de Teniente Coronel fue retirada del servicio activo de la Policía Nacional mediante la Resolución No. 7904 del 7 de noviembre de 2018 por llamamiento a calificar servicios, ante lo cual ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra dicho acto administrativo.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Armenia, mediante auto de fecha 20 de junio de 2019, rechazó de plano la demanda por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad, a juicio de la tutelante, por falta de diligencia de su abogado.

Advierte que prestó sus servicios a la Policía Nacional durante 23 años 10 meses y 28 días sin recibir un llamado de atención, por el contrario se le extendieron condecoraciones y felicitaciones por parte de sus superiores.

Considera que su llamamiento para calificar servicios fue por haber presentado ante el General Nelson Ramírez Suárez, como superior del Coronel Ricardo Suárez Laguna, queja e informe de acoso laboral y sexual por parte de éste en el informe No.0077003 presentado ante el General Jorge Hernando Nieto Rojas, Director de la Policía Nacional, con las novedades y soportes sobre situaciones acontecidas en el Comando del Departamento de Policía del Quindío.

Argumento de las autoridades accionadas:

Policía Nacional: (folios 44 a 49): En primer lugar, destaca que el alegado descuido y negligencia de su apoderado de la accionante, no es presupuesto para obviar el fenómeno procesal de la caducidad, recalando que de ser cierto la actora debe radicar una queja ante el Consejo Superior de la Judicatura contra el abogado Álvaro González López; Considera inviable acudir a la acción de tutela como medio excepcional para revivir los términos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en aras de buscar la prosperidad de sus pretensiones.

Destaca lo expuesto por la Corte Constitucional y con fundamento en ella señala que el llamamiento a calificar servicios se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica Institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados en la Policía Nacional, constituyéndose en una herramienta de relevo en pro de la excelencia institucional, la cual, tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro, lo que se

traduce en que sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tal requisito podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración¹.

Que la presente acción de tutela es plenamente improcedente, teniendo en cuenta la inexistencia de un perjuicio irremediable por parte de la demandante quien se encuentra gozando de una asignación de retiro reconocida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), vengando las siguientes sumas de dinero:

Mes	Asignación de Retiro
Mayo - 2019	\$ 5.811.869.00
Junio- 2019	\$ 5.811.869.00
Julio-2019	\$ 5.811.869.00

En relación al requerimiento con respecto al trámite dado a las peticiones de la actora sobre el presunto acoso laboral, señala que tan solo allegó un documento donde presuntamente informa varios hechos ocurridos durante su trasegar institucional, sin embargo dicha prueba no tiene constancia de recibido, aspecto que desmerita lo pretendido.

Dirección de Talento Humano (folios 50 a 66): Por su parte esa dirección de la Policía Nacional complementó y precisó en su respuesta que mediante Acta No. 010/APROP-GRURE-3.22 de fecha 03 de octubre de 2018, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, con relación a la accionante de tutela, decidió por votación unánime llamar a calificar servicios a la señora Teniente Coronel SANDRA PATRICIA SÁNCHEZ LAGOS a quien le figuraba un tiempo de servicio de 23 Año(s) 10 Mes(es) 28 Día(s), tiempo que la hace acreedora a una asignación mensual de retiro.

Por lo anterior fue retirada mediante Resolución No.7904 del 07/11/2018 notificada el 14/0/2018.

Destaca que el desempeño idóneo del cargo no genera estabilidad absoluta, teniendo en cuenta que el ejercicio eficiente de las funciones asignadas, no es otra cosa que el cumplimiento de las obligaciones de todos y cada uno de los miembros de la Policía Nacional de Colombia.

Considera que en el presente caso no se cumple con el principio de inmediatez en la interposición de la acción constitucional, pues han transcurrido más de nueve meses después del retiro del servicio activo de la Policía Nacional, por lo que no se evidencia razón que justifique la demora en la presentación de la acción de amparo.

Competencia: Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una autoridad del orden nacional como los es el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, y 1º del Decreto 1382 de 2000, y Decreto 1983 de 2017.

Legitimación en la causa por activa: En cuanto a la legitimación por activa, la solicitante es una persona natural quien actúa en nombre propio, y quien demostró su condición de miembro retirado de la Policía Nacional (art. 10 del D. 2591 de 1991).

Legitimación en la causa por pasiva: En cuanto a la legitimación por pasiva, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto.

¹ ...Para ello ha sido no solo que, como ya vimos que lo expusiera GARRA FALLA, se aceptará la existencia de elementos reglados en los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, sino también que se reconociera la existencia de otra serie de reglas, principios y mecanismos de control que limitan y orientan el ejercicio de la discrecionalidad... "la discrecionalidad no es un poder desvinculado de la ley – no es una potestad concedida y regulada por la norma positiva; una parte – no enteramente determinado, pero parte al fin – de la legalidad, inserta en el tejido del ordenamiento jurídico y en los principios que los sustentan" ... la discrecionalidad "requiere norma que lo consagre; no es mera renuncia a la regulación por ley". Marín Hernández Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa, pág. 161.

En el caso, se encuentra legitimada el Ministerio de Defensa- Policía Nacional al expedir el acto Resolución No.7904 del 07/11/2018 por la cual se retiró del servicio activo a la accionante por llamamiento a calificar servicios (fls.13-20).

Análisis del Despacho

Requisito de inmediatez: La Corte Constitucional también ha resaltado sobre el principio de inmediatez consolidando los factores que se deben tener en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso entre el momento en que se vulneran los derechos fundamentales y la interposición de la tutela, precisando:

"La Corte Constitucional ha señalado que, según las circunstancias de cada caso, le corresponde al juez de tutela evaluar la razonabilidad del tiempo que ha transcurrido entre la situación de la cual se afirma produce la afectación de los derechos y la presentación de la acción, a fin de determinar si encuentra satisfecho el requisito de la inmediatez."²

El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares que señala dicho precepto superior.

Es así que el juez de tutela debe examinar los requisitos propios de esta acción constitucional para poder declarar su procedencia; entre ellos se encuentra el requisito de inmediatez, identificado como el término razonable en el que se debe presentar la acción de tutela en búsqueda de su fin. Sobre el particular, en sentencia T-288/11 la H. Corte Constitucional señaló:

"Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. Conforme con lo anterior, el juez es quien debe determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte derechos fundamentales, o que desnaturalice la acción. Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción. Dicho razonamiento conlleva necesariamente a la conclusión de que no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así, es deber del juez constitucional analizar, en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características" (Resaltado por el Despacho).

De la jurisprudencia constitucional trascrita en líneas precedentes, se podría inferir que la ocurrencia del requisito de inmediatez no debe ser aplicado en estricto sentido, lo admisible es que el juez de tutela debe observar cada caso en concreto y determinar si la afectación de los derechos es permanente en el tiempo o por el contrario, ante la no concurrencia de éste, debe aplicarse en estricto sentido el requisito de inmediatez, por lo cual debe ser declarada la improcedencia de la acción de tutela.

Al respecto, pese a que la Resolución No.7904 por la cual se retiró del servicio activo a la accionante fue proferida el 07/11/2018 (fls.13-20), el auto mediante el cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Armenia que rechazó la demanda por caducidad fue proferido el 20/06/2019 (fls.30-35).

En consecuencia, entre la última actuación desplegada y la interposición del amparo constitucional transcurrieron un (1) mes y dieciocho (18) días, lapso razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional y entendiéndose además que de los argumentos expuestos la vulneración alegada permanece en el tiempo.

²Corte Constitucional Sentencia T-246/15 del treinta (30) de abril de dos mil quince (2015), Magistrada ponente: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.

Requisito de subsidiariedad: Sobre la procedencia de la acción de tutela contra manifestaciones de voluntad de la administración no han sido pocos los pronunciamientos de la Corte Constitucional destacando que:

La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Sala insiste en que esta regla general conduce a que en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

Tal como lo demuestra la jurisprudencia de la Corte, resulta indispensable analizar frente a cada caso, si el ordenamiento jurídico tiene previstos otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados y si los mismos son lo suficientemente idóneos y eficaces para otorgar una protección integral. Particularmente, tratándose de los procesos de responsabilidad fiscal, se ha reconocido reiteradamente la idoneidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante también se ha sostenido que el amparo constitucional puede proceder excepcionalmente si se acreditan los elementos característicos del perjuicio irremediable.³

Igualmente, en providencia T-177/11 la Corte Constitucional determinando que puntos debían ser parte del análisis del juez de tutela al determinar sobre la procedibilidad de la acción bajo la óptica del principio de subsidiariedad, afirmó:

En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.⁴

En este orden de ideas, la procedencia del mecanismo constitucional contra actos administrativos está supeditada a la existencia de un perjuicio irremediable que debe ser invocada y demostrado ante el Juez Constitucional a fin de que éste pueda tomar las medidas necesarias de protección de los derechos fundamentales vulnerados.

En la **sentencia T-1008 de 2012⁵**, esa Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015⁶ y T-630 de 2015⁷**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no**

³ Corte Constitucional Sentencia T-030/15 del veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015), Magistrada ponente: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.

⁴ Corte Constitucional Sentencia T-177/11 del calorce (14) de marzo de dos mil once (2011), Magistrada ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

⁵ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

⁶ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

⁷ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado⁸.

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la **sentencia SU-961 de 1999⁹** indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ese Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993¹⁰**, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010¹¹**, reiterada en la **T-956 de 2014¹²**, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser *inminente*, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser *urgentes y precisas* ante la posibilidad de un daño *grave* evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser *impostergable* para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental¹³. En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000¹⁴** determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la sentencia **T-131 de 2007¹⁵**, la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar

⁸ Ver sentencias Corte Constitucional T-441 de 1993, Magistrado Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; T-594 de 2006, Magistrado Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ y T-373 de 2015 Magistrado Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

⁹ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹⁰ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹¹ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

¹² Corte Constitucional, Magistrado Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

¹³ Corte Constitucional T-760 de 2008, Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO; T-819 de 2003, Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA y T-846 de 2006, Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Citadas en la sentencia T-571 de 2015.

¹⁴ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

¹⁵ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

De acuerdo a lo anterior, la persona que alega la ocurrencia de un perjuicio irremediable debe acreditar probatoriamente los hechos en los que funda la configuración de dicha situación. Sin embargo, el análisis de los mencionados elementos demostrativos debe consultar los principios de informalidad y celeridad que orientan la solicitud de amparo.

Problemas y temas jurídicos a tratar.

De acuerdo con la presentación de las tesis de las partes intervenientes, en este caso resulta imperioso revisar y atender el precedente jurisprudencial en relación con *i) Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actuaciones administrativas; ii) Régimen legal del llamamiento a calificar servicios y las reglas jurisprudenciales vigentes para su aplicación y control. Reiteración de la sentencia SU-091 de 2016; iii)*

Procedencia de la acción de tutela para impugnar el procedimiento de cobro coactivo; iv) analizar el caso concreto para determinar si los hechos descritos en los antecedentes y probados en el proceso corresponden a la improcedencia de la acción, o deberá ser concedido el amparo.

i) Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actuaciones administrativas¹⁶

El artículo 86 de la Constitución establece que a través de la acción de tutela, toda persona puede reclamar ante los jueces *"en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"*. Sin embargo, el amparo solamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De lo anterior subyace la regla general de la subsidiariedad en el ejercicio de la acción según la cual el recurso de amparo procede como mecanismo definitivo ante la inexistencia o agotamiento de los medios judiciales ordinarios de defensa establecidos, los cuales se presumen idóneos y eficaces. Y cuando se acredita un perjuicio irremediable, entendido como el *"grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables"*¹⁷, caso en el cual hay lugar a proteger de manera transitoria los derechos para neutralizar su violación¹⁸.

En ambos casos le corresponde al juez constitucional valorar los elementos y circunstancias de cada asunto puesto a su consideración a fin de darle paso a la procedencia del recurso de amparo, por lo que debe verificar (i) que no exista en el ordenamiento otro mecanismo para proteger el derecho, o (ii) a pesar de existir, este no resulte idóneo y eficaz, y en todo caso, (iii) la tutela siempre será procedente cuando se verifique la inminencia de un perjuicio irremediable¹⁹.

Específicamente, tratándose de la procedencia de la acción en el marco de actuaciones administrativas, esta Corte ha sostenido que, en principio, existe otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, se ha señalado que a fin de evitar un perjuicio irremediable, pueden solicitarse medidas cautelares ante el juez ordinario. No obstante, admitió que habrá casos excepcionales en los cuales el recurso de amparo es procedente como dispositivo principal para proteger derechos fundamentales²⁰.

¹⁶ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas, Sentencia T-072 del siete (7) de febrero del año dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, Referencia: Expediente T-5.720.386, Acción de tutela instaurada por Mario Javier Gómez Ochoa contra la Secretaría de Educación de Medellín.

¹⁷ Sentencia T-161 de 2005

¹⁸ Sentencia T-426 de 2014.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Al respecto la sentencia T-514 de 2003 precisó: "La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la

Con todo, ha dicho la Corte que "*la sola existencia de otro mecanismo judicial [de defensa] no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción*"²¹. El medio previsto debe ser idóneo, es decir, válido y conducente para producir el efecto garante de los derechos fundamentales cuya protección se invoca. Además, debe ser eficaz, lo que implica que debe llevar realmente a la protección oportuna del derecho que se estima vulnerado.²²

Adicionalmente, debe advertirse que en virtud del principio de subsidiariedad de la acción, la tutela es improcedente cuando está en curso la acción judicial prevista por el ordenamiento jurídico para obtener esas pretensiones se encuentra en curso. Toda vez que el amparo constitucional no puede operar como un mecanismo paralelo a la protección judicial ordinaria. Sin embargo, el amparo puede ser eventualmente procedente en aquellos casos en que se dé la existencia efectiva de un perjuicio irremediable y se requiera evitar que se consolide dentro de un proceso, la vulneración de los derechos fundamentales invocados, casos en los cuales procede la tutela como mecanismo transitorio²³, así:

*"(...) el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio en forma definitiva"*²⁴.

Así las cosas, para que se configure un perjuicio irremediable debe concurrir los siguientes elementos: (i) *la inminencia*, que supone la existencia de una amenaza cierta al derecho fundamental invocado, en otras palabras, la "*existencia actual o potencial [del perjuicio] debe inferirse objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas*"²⁵ subjetivas²⁶; (ii) *la gravedad*, es decir que el daño que se espera es de gran magnitud para el bien jurídico cuya protección se invoca; y (iii) *la urgencia e impostergabilidad* para conjurar la amenaza, es decir que las medidas necesarias para conjurar el perjuicio irremediable invitan a la pronta ejecución o remedio.²⁷

Ahora bien, además de la concurrencia de los elementos mencionados, la Corte ha establecido que no basta solo con acreditarlos sino que el perjuicio irremediable debe encontrarse probado, de modo que no es suficiente la afirmación de que un derecho se encuentra sometido a un daño irreparable, siendo necesario que el afectado "*explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión*"²⁸.

De esta manera, la Corte ha admitido la procedencia excepcional del amparo constitucional cuando, por ejemplo, se pretende el reintegro de un servidor público que ha sido desvinculado de su cargo, siempre que en el caso concreto se advierta la vulneración de sus derechos fundamentales y se evidencie la ocurrencia

acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo."

²¹ Entre otras sentencias SU-961 de 1999, T-972 de 2005, T-068 de 2006 y T-580 de 2006.

²² La sentencia T-158 de 2015 reiteró lo expuesto en la T-514 de 2003, la cual estableció que, en principio, la acción de tutela no es el medio adecuado para controvertir los actos administrativos, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Atendiendo entonces al carácter subsidiario de la acción de tutela, la misma sólo procederá como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales invocados, cuando en la misma se demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido la sentencia en cita preceptuó lo siguiente: "La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo."

²³ Sentencia SU-394 de 2016.

²⁴ Sentencia T-235 de 2010.

²⁵ Sentencia T-456 de 2004

²⁶ Sentencia SU-394 de 2016.

²⁷ Ibídem.

²⁸ Sentencia T-290 de 2005.

de un perjuicio irremediable. Eventos en los cuales, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona un mecanismo de protección idóneo y eficiente a los derechos conculcados.²⁹

ii) Régimen legal del llamamiento a calificar servicios y las reglas jurisprudenciales vigentes para su aplicación y control. Reiteración de la sentencia SU-091 de 2016³⁰

El llamamiento a calificar servicios es una figura que encuentra sustento en la naturaleza constitucional de la Fuerza Pública como garante de la integridad, convivencia y seguridad de la Nación. En el caso de la Policía Nacional, la Constitución le otorga al Legislador la facultad de regular todo lo concerniente al régimen de carrera de la institución³¹. Así, la Ley 857 de 2003 señala que los miembros del cuerpo de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional solo podrán ser llamados a calificar servicios cuando cumplan con los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro³² y cuando exista un concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional³³. A su vez, el Decreto 1791 de 2000³⁴ precisó que para que esto ocurra, el oficial o agente deben haber cumplido mínimo 15 años de servicio en la institución.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado las características principales de esta figura. Por ejemplo, la **sentencia C-072 de 1996³⁵**, que en su momento analizó las normas vigentes sobre las formas de retiro en la Policía Nacional señaló que el llamamiento a calificar servicios, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección Nacional, se caracteriza por los siguientes elementos, a saber: (i) no consagra el retiro forzoso ni permanente del oficial por el simple hecho de cumplir cierto número de años en la institución, toda vez que esta figura implica el ejercicio de una facultad discrecional que, aunque conduce al cese de las funciones del oficial, no significa una sanción, despido o exclusión deshonrosa; (ii) es un valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica de la Fuerza Pública que busca permitir el ascenso y la promoción continua, lo cual no es otra cosa que la normal renovación del personal en los cuerpos armados y la manera corriente de culminar una carrera en la misma; y (iii) el llamamiento hace parte de las atribuciones inherentes al ejercicio del poder de mando y conducción, en la medida en que las autoridades militares y policiales deben disponer de los poderes para sustituir eficazmente, en la medida de las necesidades y conveniencias, los mandos superiores y medios de la institución, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional.

Ahora bien, por un periodo de tiempo, no existió una línea jurisprudencial consolidada acerca de la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios y las condiciones en las cuales se configuraba un vicio por desviación de poder que podía ser reprochado a través de la justicia administrativa, especialmente porque la misma se confundía con el retiro por voluntad

²⁹ Al respecto, la Corte en la sentencia T-016 de 2008 manifestó: "la Corte ha precisado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante."

³⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-217 del veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016), Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados), Acciones de tutelas presentadas por el Ministerio de Defensa Nacional contra el Tribunal Administrativo de Caldas y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Asuntos: Deberido proceso; procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales; y límites a las facultades discrecionales de retiro en las Fuerzas Armadas; reiteración de jurisprudencia.

³¹ Constitución Política. Artículo 218. "La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario".

³² Ley 857 de 2003. Artículo 30. Retiro por llamamiento a calificar servicios. "El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro".

³³ Ley 857 de 2003. Artículo 1o. Retiro. "El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel. El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional. El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte".

³⁴ Decreto Ley 1791 de 2000. Artículo 57. Retiro por llamamiento a calificar servicios. "El personal de agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido veinte (20) años de servicio".

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

de la Dirección General o del Gobierno sobre el cual, claramente y de manera reiterada, se ha impuesto una carga de motivación expresa³⁶.

Sin embargo, recientemente la **sentencia SU-091 de 2016**³⁷, que revisó cuatro tutelas presentadas por el Ministerio de Defensa y por oficiales retirados de la Fuerza Pública contra decisiones que los jueces administrativos tomaron en procesos de nulidad y restablecimiento de derechos contra actos administrativos de retiro por voluntad del Gobierno o por llamamiento a calificar servicios, unificó los criterios de motivación, control de legalidad y discrecionalidad de los retiros en las Fuerzas Militares y la Policía. Con respecto al tiempo mínimo señalado por la ley para que se pueda aplicar la figura de llamamiento a calificar servicios, la Sala Plena de este Tribunal advirtió que este requisito constituye una garantía para el servidor público en cuanto asegura que una vez sea desvinculado de la institución, como mínimo, tenga derecho al pago de un porcentaje de las partidas computables pertinentes equivalentes a una pensión de jubilación, así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación. Así, reiteró, que esta causal constituye una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro. En ese sentido, la sentencia advirtió que:

*"Es importante llamar la atención que si no se puede llevar a cabo el retiro por calificación de servicios, se originaría el ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal a que se ha hecho referencia, sino desde el punto de vista de la disponibilidad presupuestal y de la planta de personal que se establece frente a estos organismos en la Constitución Política de Colombia"*³⁸.

De la misma manera, la sentencia señaló que no se le puede otorgar el mismo tratamiento al llamamiento a calificar servicios y al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, toda vez que sus finalidades y efectos son diferentes. De esta manera, frente a la motivación de los dos tipos de actos advirtió que:

*"En cuanto la exigencia de "motivación" frente a ambas figuras, en el caso del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro. En lo concerniente al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General (...) dichos actos deben tener un estándar mínimo de motivación, toda vez que "tal poder facultativo debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada" (resaltado fuera del texto)"*³⁹.

Asimismo, en esa oportunidad la Sala Plena confirmó que la finalidad del llamamiento a calificar servicios no es otra que la renovación de los cuerpos armados y se convierte en un mecanismo que garantiza la dinámica de la carrera militar o policial al ser una herramienta de relevo que consolida el mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes. Por eso, el precedente fijado es explícito al indicar que:

*"Al exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios se desnaturaliza la figura, puesto que al no llevarse a cabo el mismo, se originaría automáticamente el ascenso de todos los miembros hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, sino desde el punto de vista presupuestal y de la planta de personal" (resaltado fuera del texto)"*⁴⁰.

No obstante lo anterior, el precedente fijado por la Corporación no desconoce que los actos de llamamiento están sujetos a un eventual control judicial. De esta manera, la Corte manifestó que los jueces administrativos en estos casos, no solo deben verificar que se cumplan con los requisitos de tiempo y recomendación de la junta, que deben quedar expresamente consignados en la resolución de retiro, sino

³⁶ Cfr. T-1168 de 2008; T-265 de 2013; y C-758 de 2011.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-091 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

también deben evitar que el instrumento sea utilizado como una herramienta de persecución por razones de diseminación o abuso de poder (como quiera que se busca evitar que la misma sea utilizada para desconocer los derechos fundamentales de los oficiales). Así, la sentencia de unificación que constituye un precedente vinculante para efectos de la presente providencia, señaló que:

"En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder (...) Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su cargo la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten" (resaltado fuera del texto)⁴¹.

En conclusión, la **sentencia SU-091 de 2016** unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia. Así, no se le impone una carga excesiva a la administración, se promueve la necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial.

iii) El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁴²

El ordenamiento prevé la nulidad y el restablecimiento del derecho como medio de control judicial de los actos de carácter particular y concreto proferidos por la administración. Específicamente, a través de ese instrumento se busca desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo y obtener la consecuente indemnización de los perjuicios que el acto haya podido causar durante el tiempo en el que permaneció vigente.

Actualmente, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- establece el medio de control en los siguientes términos: *"[...]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior".*

De acuerdo con las causales a las que remite la norma referida, el acto se puede confrontar por: (i) la infracción de las normas en las que debió fundarse; (ii) la emisión del acto por una autoridad que carecía de competencia para el efecto; (iii) expedición irregular; (iv) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; (v) falsa motivación, y (vi) desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.⁴³

Esta Corporación, en concordancia con las previsiones legales, y con el desarrollo jurisprudencial y el doctrinal, se ha referido en diversas oportunidades a los rasgos del medio de control. Por ejemplo, la sentencia C-426 de 2002⁴⁴, aludió a las características de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de acuerdo con la normatividad anterior:

⁴¹ Ibidem.

⁴² Corte Constitucional, Sala Plena, **Sentencia SU-498** del catorce (14) de septiembre de dos mil diecisés (2016), Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Referencia: Expediente T-5.490.721. Acción de tutela instaurada por Bavaria S.A. en contra de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo del Atlántico y la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Atlántico. Procedencia: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Asunto: acción de tutela contra actos administrativos que impusieron sanciones por el incumplimiento de obligaciones tributarias y contra providencias judiciales que declararon la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁴³ Artículo 137, Inciso 2º de la Ley 1437 de 2011.

⁴⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

"(i) ésta se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación. (ii) A diferencia de la acción de nulidad, la misma sólo puede ejercerse por quien demuestre un interés, esto es, por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto legal. (iii) igualmente, tal y como se deduce de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A, esta acción tiene un término de caducidad de cuatro meses, salvo que la parte demandante sea una entidad pública, pues en ese caso la caducidad es de dos años."

La finalidad del medio de control, la legitimación en la causa y la fijación de un término para incoarlo como rasgos definitorios del mecanismo se han mantenido a través de su regulación legal.

iv) La caducidad del medio de control

En el diseño de los procedimientos judiciales administrativos se previeron plazos específicos para incoar los medios de control, que deben ser observados so pena de que opere la caducidad. En efecto, el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece los términos que rigen la presentación de la demanda, los cuales presentan diferencias según el medio de control y la clase de actos que se confrontan. En cuanto a la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, la regla general, prevista en el literal d del numeral 2º del artículo 164 *ibidem*, es que la presentación de la demanda debe hacerse en el término de 4 meses contado a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

De acuerdo con esas previsiones, es importante destacar que la caducidad ha sido enmarcada por la doctrina dentro de los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido⁴⁵. CALAMANDREI los entendía como "(...) las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito."⁴⁶

Esta teoría fue desarrollada en extenso con la obra de Oskar VON BÜLOW, titulada "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales"⁴⁷. Para el mencionado autor, la constitución válida de una relación jurídica procesal está condicionada a la satisfacción de requisitos de admisibilidad y condiciones previas, denominadas presupuestos procesales⁴⁸. En ese orden de ideas, la caducidad hace parte de aquellos presupuestos procesales relacionados con el derecho de acción, entre los que también se encuentran la capacidad de las partes, la jurisdicción y la competencia. Dicho esto, la caducidad hace referencia al ejercicio de la acción dentro de determinados plazos fijados por la ley, so pena de la imposibilidad de constituirse una relación jurídico-procesal válida⁴⁹.

Este Tribunal ha establecido que la caducidad es:

"(...) una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso."

*Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."*⁵⁰

En efecto, de acuerdo con las previsiones legales y la concepción de la jurisprudencia sobre la caducidad, ésta constituye un mecanismo que limita el tiempo durante el que las personas pueden acudir a la jurisdicción para la definición judicial de las controversias, el cual privilegia la seguridad jurídica y el interés general. Bajo esa perspectiva se ha destacado la obligatoriedad de los términos de caducidad, y por ende:

⁴⁵ Vescoví Enrique. Ob. Cit. Pág. 93.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Traducción al español de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Buenos aires, EJEA, 1964. Citado en Ovalle Favela Ob. Cit. Pág. 45.

⁴⁸ Ovalle Favela, José. Ob. Cit. Pág. 177.

⁴⁹ Vescoví Enrique. Teoría General del Proceso, Bogotá, Temis. 1984. Pág. 95.

⁵⁰ Sentencia C-832 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*"(...) la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado."*⁵¹

Para la comprensión de la caducidad, y dados los efectos extintivos de las figuras, suele distinguirse de la prescripción que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación constituye:

"(...) un modo para el surgimiento de derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo.

*De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento de derechos subjetivos, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica (incapacidad relativa o absoluta, fuerza mayor), que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho."*⁵²

Con base en lo expuesto se advierte que la caducidad es un presupuesto procesal de la acción y hace referencia al ejercicio de ese derecho dentro de los plazos fijados por el Legislador, so pena de impedir el establecimiento de una relación jurídico procesal válida. En cambio, la prescripción hace referencia a un modo para el surgimiento de derechos subjetivos (prescripción adquisitiva o usucapión) o para extinguir obligaciones (prescripción propiamente dicha).

En concordancia con esas particularidades, el examen de la caducidad es objetivo en la medida en que el juez constata el término y el incumplimiento de la carga, pero no puede modificar o soslayar el término previsto bajo análisis subjetivos de la conducta de las partes. La objetividad y rigidez del examen se justifican por los intereses a los que responde la caducidad y, por ello, su declaratoria también puede ser oficiosa.

De acuerdo con lo señalado previamente se advierte que: (i) la nulidad y el restablecimiento del derecho constituye un medio de control judicial de los actos particulares proferidos por la administración, a través del cual se busca desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo y obtener la consecuente indemnización de los perjuicios; (ii) a través de la caducidad se limita el tiempo durante el que se puede acudir a la jurisdicción para la definición judicial de las controversias y, por ende, constituye un presupuesto procesal, y (iii) la fijación de términos de caducidad privilegia la seguridad jurídica y el interés general, razón por la que el análisis de su cumplimiento es objetivo y puede ser declarada de oficio.

v) Los términos procesales como elementos necesarios para la garantía de la seguridad jurídica, el debido proceso y la igualdad.

El artículo 1º de la Constitución Política declara que Colombia es un Estado social de derecho, fórmula de la que se destaca, en esta oportunidad, la acepción de Estado de derecho que *"(...) se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho."*⁵³

En armonía con esa previsión, el artículo 4º *ibidem* estableció la prevalencia de la Carta Política como norma jurídica superior y consagró el deber, para los nacionales y extranjeros en Colombia, de acatar la Constitución y las leyes. Por su parte, el artículo 29 *ejusdem* previó una de las mayores garantías que rodean la sujeción a la ley, en su acepción amplia, que corresponde a la observancia del debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas, y el principio de legalidad previsto en los siguientes términos: *"[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."*

⁵¹ Sentencia SU-447 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵² Sentencia C-832 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵³ Sentencia SU-747 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La sujeción al derecho como ingrediente esencial de la fórmula de Estado adoptada en la Carta Política de 1991 demanda, por un lado, la organización del andamiaje estatal, del que se ocupó directamente la nominada “parte orgánica” de la Constitución, en la que estableció la estructura, las atribuciones y las potestades básicas otorgadas a los órganos y autoridades estatales para permitirles cumplir sus funciones. Asimismo, resultan necesarios los principios y valores que constituyen la nominada “parte dogmática”, y que condicionan el desarrollo normativo y la actividad estatal.

La asignación de competencias para la creación de las leyes es una de las previsiones orgánicas más relevantes para el funcionamiento adecuado del Estado, en la medida en que aquéllas demarcan la conducta de las autoridades y de los asociados, en cuanto a contenidos y vías de acción, ejercicio y protección. En ese sentido y frente a la actividad legislativa se ha reconocido que: “*cualquier sistema de regulación que pretenda ordenar la conducta social humana necesita reducir la multiplicidad de comportamientos y situaciones a categorías más o menos generales. Sólo de esta forma puede dicho sistema atribuir consecuencias a un número indeterminado de acciones y situaciones sociales.*”⁵⁴

La facultad legislativa se otorgó directamente por la Constitución al Congreso como órgano de representación democrática y plural, a quien le asignó, entre otras competencias, la expedición de códigos en todos los ramos de la legislación y la posibilidad de reformar sus disposiciones. En atención a ese mandato, el Legislador se ha ocupado ampliamente del diseño y definición de las características, etapas, términos, recursos y demás elementos que integran cada procedimiento judicial.

De acuerdo con la competencia asignada en el artículo 150-2 Superior esta Corporación ha reconocido, en múltiples oportunidades y particularmente en el estudio de las demandadas dirigidas en contra del diseño de los procesos, la amplia libertad de configuración legislativa en esas materias. También ha admitido, por regla general, que la fijación de términos de caducidad para el ejercicio de las acciones judiciales constituye un ejercicio legítimo de la competencia asignada al Legislador, que se ajusta a la Carta Política.

En ese orden de ideas se ha señalado que la consagración legal de términos preclusivos para el ejercicio de las acciones guarda una íntima relación con la seguridad jurídica, pues:

“*[p]ara nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que entendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio.*”⁵⁵

Con fundamento en lo expuesto se advierte que el diseño de los procedimientos judiciales es una facultad constitucional del Legislador, en la que cuenta con amplia libertad y que en el ejercicio de esa competencia puede válidamente limitar el tiempo con el que cuentan las personas para acudir a la jurisdicción en aras de obtener pronta y cumplida justicia.

De otra parte, es importante destacar que en la previsión constitucional de la función pública de administración de justicia se estableció la prevalencia del derecho sustancial y se advirtió que los términos deben ser observados con diligencia so pena de la imposición de sanciones. Entonces, el artículo 228 de la Carta Política comporta el reconocimiento, de raigambre superior, de la relevancia de los términos procesales en el marco de la actividad judicial y su obligatoriedad.

Ahora bien, en cuanto a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas la jurisprudencia constitucional ha precisado que las reglas procesales sirven al propósito de materializar los valores y el derecho sustancial. Sin embargo, esa función no habilita el desconocimiento de las disposiciones instrumentales ni la flexibilidad en su aplicación. A partir de estas premisas, este Tribunal indicó que:

“*(...) debe dejarse en claro que el enunciado principio constitucional que rige las actuaciones judiciales no implica la inexistencia, la laxitud o la ineeficacia de toda norma legal obligatoria para quienes participan en los procesos, o la eliminación, per se, de las formas indispensables para que los juicios lleguen a su culminación -pues allí está*

⁵⁴ Sentencia C-836 de 2001. MP Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁵ Sentencia C-351 de 1994 MP Hernando Herrera Vergara.

comprometido el derecho sustancial de acceso a la administración de justicia-, ni, para el asunto del que ahora se trata, puede significar la absoluta pérdida del carácter perentorio de los términos procesales. Todos estos elementos integran la "plenitud de las formas propias de cada juicio", contemplada como factor esencial del debido proceso, según el artículo 29 de la Carta Política, y por lo tanto no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el Derecho material se realice objetivamente y en su oportunidad.”⁵⁶

En efecto, la relevancia y funcionalidad de los términos, su observancia obligatoria y su relación con una adecuada administración de justicia han sido destacadas en diversos pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional. Desde los primeros análisis que esa Corporación adelantó sobre reglas procesales y que fijan cargas para las partes en los trámites judiciales, ha resaltado dichos elementos, tal como lo evidencia la sentencia C-416 de 1994⁵⁷ que refirió las garantías que rodean el ejercicio del derecho de acción y con base en éstos indicó:

“La consagración de los términos judiciales por el legislador y la perentoriedad exigencia de su cumplimiento, tienen íntima relación con el núcleo esencial del derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, pues la indeterminación de los términos para adelantar las actuaciones procesales o el incumplimiento de éstos por las autoridades judiciales, puede configurar una denegación de justicia o una dilación indebida e injustificada del proceso, ambas proscritas por el Constituyente.”

Asimismo en ese pronunciamiento se precisó que:

“El señalamiento de términos procesales da certeza y, por lo mismo, confianza a las actuaciones de las partes y del funcionario judicial; por consiguiente, los términos procesales contribuyen a garantizar la seguridad jurídica que es principio constitucional que se deduce de diferentes normas de la Carta, especialmente del preámbulo y de los artículos 1°, 2°, 4°, 5° y 6°.”

Como acaba de señalarse las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico y que se ocupan del diseño de los procedimientos y la fijación de términos preclusivos para las actuaciones de las partes y de las autoridades sirven al propósito de materializar los valores y principios del ordenamiento. Esa finalidad conmina a su observancia estricta y no permite la atenuación de las cargas, en la medida en que son necesarias para la seguridad jurídica, la garantía de acceso efectivo a la administración de justicia y constituyen parámetros que permiten hacer efectiva la igualdad entre los asociados.

El acceso efectivo a la administración de justicia imprime deberes correlativos para los asociados, relacionados con el cumplimiento de las cargas procesales propias de los trámites judiciales, la colaboración con la administración de justicia y la actuación de buena fe. La perentoriedad de los términos judiciales ha sido reconocida por la Corte, dado que:

“(…) no sólo preserva el principio de preclusión o eventualidad sino que, por el contrario, permite, en relación con las partes, asegurar la vigencia de los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica, ya que al imponerles a éstos la obligación de realizar los actos procesales en un determinado momento, se pena de que precluya su oportunidad, a más de garantizar una debida contradicción, a su vez, permite otorgar certeza sobre el momento en que se consolidará una situación jurídica.”⁵⁸

Entonces el diseño de los procedimientos es una competencia exclusiva del Legislador, en cuyo ejercicio impone deberes específicos de conducta a las partes en el marco de los trámites judiciales y asigna consecuencias ante la inobservancia de esos deberes. La fijación de cargas y la previsión de consecuencias negativas frente a su inobservancia resultan necesarias para la seguridad jurídica, la celeridad de los procesos, el debido proceso y la igualdad entre las partes.

De acuerdo con lo expuesto, se advierte que: (i) la cláusula general de competencia en materia legislativa asignada al Congreso incluye la expedición de códigos y el diseño de los procedimientos judiciales; (ii) las disposiciones procesales guardan una íntima conexión con la administración de justicia, el debido proceso y la seguridad jurídica; (iii) la fijación de términos preclusivos para el ejercicio de las acciones judiciales constituye un ejercicio legítimo de la competencia asignada al Legislador, que se ajusta a la Carta Política; (iv) la Constitución Política reconoce, de cara a la administración de justicia, la prevalencia del derecho

⁵⁶ Sentencia T-323 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁷ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁸ Sentencia T-1165 de 2003 MP Rodrigo Escobar Gil.

sustancial y la obligatoriedad de los términos, y (v) a pesar de que las reglas procesales sirven para materializar los valores y el derecho sustancial, esa función no habilita el desconocimiento de las disposiciones instrumentales ni flexibiliza su aplicación.

vi) Caso concreto.

De acuerdo con los documentos aportados, y según lo manifestado por la Policía Nacional se encuentra probado que el procedimiento adelantado por la institución castrense y el Ministerio de Defensa, para determinar el retiro del servicio de la accionante por llamamiento a calificar servicios, fue soportado en las normas jurídicas vigentes, y en ejercicio de en las facultades legales conferidas en los artículos 1, 2 numeral 4, y 3 de la Ley 857 de 2003, en concordancia con el artículo 7º del Decreto 1338 de 2015, modificado por el artículo 3 del Decreto 414 de 2016, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, expidió la Resolución No.7904 del 07/11/2018 por la cual se retiró del servicio activo a la accionante por contar con el tiempo suficiente de servicios para acceder a la asignación de retiro (fls.13-20).

Lo anterior al determinarse que la accionante contaba al momento de proferirse el acto administrativo con 23 años 10 meses y 28 días (fl.15).

Igualmente, se destaca lo señalado por la accionada Policía Nacional, en puntualizar que el oficio de informe de novedad que aporta la accionante a folios 21 a 29, no cuenta con constancia de recibido de la institución y el hecho de que en la actualidad la accionante goza de una asignación de retiro.

Ha precisado la jurisprudencia constitucional que la regla general de improcedencia tiene dos excepciones, a saber: cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; y cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, este resulta ineficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Además, se ha precisado que (iii) el acto que se demanda no puede ser un acto de trámite, sino que debe tener la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, siendo además necesario que se produzca a raíz de (iv) una actuación administrativa irrazonable que vulnere alguna garantía constitucional.⁵⁹

De los antecedentes descritos y las pruebas aportadas, se observa que la accionante tuvo su oportunidad procesal de presentar la demanda contra el acto ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sin embargo que la acción no haya sido interpuesta en términos como legalmente se exige, aunado de desconocer el despacho si se interpuso el recurso de apelación contra la anterior decisión.

Sobre la caducidad es dable anotar que el acceso efectivo a la administración de justicia imprime deberes correlativos para los asociados, relacionados con el cumplimiento de las cargas procesales propias de los trámites judiciales, la colaboración con la administración de justicia y la actuación de buena fe⁶⁰, siendo improcedente emplear la acción de amparo para revivir términos judiciales.

De otra parte las actuaciones y actos emanados de la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa se presumen legales sin que se acredite una **actuación irrazonable o desproporcionada**⁶¹, en tanto, de acuerdo al expediente, el procedimiento adelantado para el retiro de la accionante cumplió con los lineamientos legales tanto así que a la fecha la accionante viene devengando de CASUR una asignación de retiro que le fue reconocida una vez separada de la institución, y que además como se precisó previamente constituye la única exigencia y condición para la procedencia del llamamiento a calificar servicios.

⁵⁹ Cfr. Sentencia SU-617 de 2013 Magistrado Ponente NILSON PINILLA PINILLA.

⁶⁰ Sentencia T-1165 de 2003 MP Rodrigo Escobar Gil.

⁶¹ No obstante lo anterior, también se ha precisado que la regla general de improcedencia tiene dos excepciones, a saber, cuando: (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; y cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, este resulta ineficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Además, se ha precisado que (iii) el acto que se demanda no puede ser un acto de trámite, sino que debe tener la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, siendo además necesario que se produzca a raíz de (iv) una actuación administrativa irrazonable que vulnere alguna garantía constitucional. Cfr. Sentencia SU-617 de 2013 Magistrado Ponente NILSON PINILLA PINILLA.

Accionada: Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional
Accionante: Sandra Patricia Sánchez Lagos
Radicado: 11001335-017-2019-00314-00
Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá D.C.

Ciertamente, para el Despacho, el escenario procesal de la acción de tutela, diseñado para evitar una violación inminente de derechos fundamentales, no puede desdibujarse para discutir la validez de leyes, decretos o actos administrativos, máxime cuando a la presente actuación la accionante no demostró que apeló la decisión adoptada por el juez administrativo.

En consecuencia, no se logran acreditar los presupuestos para la presentación acción ni la vulneración de alguno de los derechos fundamentales invocados pues lo ha señalado la Corte la decisión judicial "*no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo <> del actor, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela.*"⁶²

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NO TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso, invocado por la señora Sandra Patricia Sánchez Lagos, de conformidad con la improcedencia expuesta en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado, **ENVÍESE** el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. Una vez regrese **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias dejando la respectiva constancia en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

⁶² Ver sentencia T 298 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo) En este caso el accionante argumenta que la incorporación de su hijo a prestar servicio militar viola sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 11, 13, 23 y 29 de la Constitución Política, pues la salud de aquél se encuentra afectada por padecer enfermedades relacionadas con la glicemia, colesterol y un soplo cardiaco. No obstante, estas presuntas afectaciones en la salud del menor fueron desvirtuadas mediante los exámenes practicados por personal calificado que presta sus servicios en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por lo que ante la ausencia de pruebas que confirmaran los hechos expuestos en la tutela se declaró improcedente el amparo solicitado. También en Sentencia T-835 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) se estudió la procedencia del pago de la prima de calor que solicitaba el actor, no obstante que la solicitud de amparo tenía como único fundamento su afirmación, pues no sólo no existían pruebas que apoyaran su pretensión sino que el actor no aportó datos concretos que le permitieran al juez constitucional evidenciar la vulneración del derecho a la igualdad. Por lo cual, se declaró improcedente la tutela. Finalmente, en Sentencia T 131 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto) se decidió no tutelar los derechos del accionante, quien en calidad de funcionario judicial (Oficial mayor del Juzgado 1º Civil Municipal de Tumaco), solicitaba que se ampararan sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por la decisión de un despacho judicial de otra ciudad distinta de la que laboraba, de no aceptar un traslado que había solicitado con el fin de estar cerca de su núcleo familiar. En este caso, la Corte decide negar la tutela por cuanto el actor omitió injustificadamente su carga de probar lo manifestado en el escrito tutelar.