



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	Acción de tutela
Radicación	11001-03-15-000-2021-01818-01
Demandante	MANUEL ANTONIO GARCÍA MORENO
Demandado	TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN C
Temas	Tutela contra providencia judicial. Defecto sustantivo. Declaratoria de insubsistencia a provisional por nombramiento en periodo de prueba de lista de elegibles. Condición de aforado sindical, padre cabeza de familia, enfermedad catastrófica y condición de prepensionado. Requisitos de procedencia de la acción de tutela: relevancia constitucional - instancia adicional.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación interpuesta por el señor *Manuel Antonio García Moreno* contra la Sentencia del 13 de mayo de 2021 proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, que dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de presentada por el ciudadano **Manuel Antonio García Moreno**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 21 de abril de 2021¹, el señor *Manuel Antonio García Moreno* instauró acción de tutela contra el *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C* por considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, al trabajo y de acceso a la administración de justicia. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

- “1. Tutelar mis derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo; y, por conexidad, a los derechos de segunda generación como lo son, la administración de justicia de manera pronta y eficaz e igualdad ante la justicia.
2. Declarar sin efectos la sentencia del 2 de diciembre de 2.020 proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “C”**, proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el suscrito **MANUEL ANTONIO GARCÍA MORENO** contra la **BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA** bajo número de radicación **11001 33 35 026 2012 00148 03** y ordenar la anulación de los actos acusados en el proceso ordinario.

¹ Fecha tomada del correo de radicación de la acción de tutela.



3. *Declarar sin efectos la sentencia del 19 de enero de 2.018 proferida por el JUZGADO VEINTISÉIS ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el suscrito MANUEL ANTONIO GARCÍA MORENO contra la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA bajo número de radicación 11001 33 35 026 2012 00148 00.*
4. *En consecuencia ordenar a la **BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA** que, en los 30 días siguientes a la notificación de la providencia **REINTEGRE** al accionante conforme a las pretensiones de la demanda sin solución de continuidad desde la fecha de su retiro, hasta la fecha efectiva de reintegro.*
5. *Ordenar a la **BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA** pagar al suscrito accionante todos los emolumentos prestacionales y salariales sin solución de continuidad desde la fecha de mi retiro, hasta la fecha efectiva de mi reintegro con las indexaciones e intereses moratorios conforme a las pretensiones de la demanda.*

Lo anterior sin perjuicio de las demás órdenes de protección (Art. 86 Constitución Política) que el Juez Constitucional a bien tenga como procedente decretar para la protección efectiva y el restablecimiento de mis derechos fundamentales”.

2. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

- 2.1. El señor *Manuel Antonio García Moreno* trabajó al servicio de la Beneficencia de Cundinamarca en el empleo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 02, vinculado en provisionalidad desde el 30 de noviembre de 1997.
- 2.2. Mediante la Resolución Nro. 475 del 11 de julio de 2011 fue declarado insubsistente por parte del Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca y en el mismo acto administrativo se dispuso en nombramiento en periodo de prueba de quien se encontraba en la lista de elegibles producto del concurso de méritos adelantado en su momento por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- 2.3. Contra la anterior decisión el actor interpuso recurso de reposición y se negó por improcedente mediante Oficio Nro. 0070 del 17 de febrero de 2012 suscrito por el Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca.
- 2.4. Por lo anterior el señor *Manuel Antonio García Moreno* en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demandó a la Beneficencia de Cundinamarca con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo que lo declaró insubsistente y del oficio que negó por improcedente el recurso de reposición contra esta decisión y, en consecuencia pidió ser reintegrado al cargo que ocupaba o uno de igual o superior categoría.
- 2.5. En primera instancia el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá a quien correspondió conocer el proceso con radicación Nro. 11001-33-35-026-2012-00148-00, en sentencia del 19 de enero de 2018 negó las pretensiones de la demanda.

Consideró que la declaratoria de insubsistencia estuvo motivada en la necesidad de proveer el cargo con una persona que estaba en lista de elegibles producto del concurso de méritos adelantado para proveer las plazas



ocupadas en provisionalidad por personas como el actor.

De la figura del retén social por ser prepensionado, precisó que esta era una figura propia de casos de modernización de la administración pública y que aplicaba bajo ciertas condiciones, lo que no sucedía en el caso concreto, en la medida en que la declaratoria de insubsistencia tuvo origen en la necesidad de nombrar en periodo de prueba a la persona que había superado el concurso de méritos.

Que tampoco aplicaba la protección especial de padre cabeza de familia, en la medida que su esposa no estaba en una condición específica de salud o de incapacidad que le impidiera aportar al hogar y que tampoco existían hijos menores de edad, pues que de lo probado en el expediente, su esposa era ama de casa y sus hijos eran mayores de edad.

De su condición de salud y de padecer una enfermedad catastrófica, precisó el Juzgado que las enfermedades de diabetes e hipertensión no estaban catalogadas dentro de ese grupo de enfermedades por las autoridades encargadas del manejo de las mismas y que en esa medida no podía indicar que fuera un sujeto que por una condición específica fuera objeto de especial protección.

Por último, señaló que ser una persona amparada por fuero sindical por pertenecer al sindicato de empleados de la Beneficencia de Cundinamarca "SINTRABENCUN" no impedía que fuera declarado insubsistente, en la medida en que conforme lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 760 de 2005, no era necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados con fuero sindical, entre otros, *"Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito"*.

- 2.6. La anterior decisión fue apelada por la parte demandante - hoy accionante y correspondió conocer en segunda instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que en sentencia del 2 de diciembre de 2020 confirmó la decisión del Juzgado.

En criterio del Tribunal, se trató de un cargo en provisionalidad que fue provisto con ocasión del concurso de méritos adelantado en la entidad, de manera que correspondía nombrar a quien lo superó y quedó incluido en la respectiva lista de elegibles.

Encontró que el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia expuso de manera sucinta en sus consideraciones los antecedentes tanto de la terminación del nombramiento provisional como de la vinculación en periodo de prueba de la persona que superó el concurso de méritos, de manera que la motivación en los términos señalados por la Corte Constitucional era clara, detallada y precisa en la medida en que exponía la razón que fundamentaba la desvinculación del demandante.

Precisó que incluso, esa vinculación precaria que tenía el accionante en el empleo se extendió más allá de los 6 meses que autoriza la ley para la



provisión de empleos en provisionalidad, pues que su vinculación fue por 6 años.

En relación con la figura de la estabilidad laboral reforzada de prepensionado, sostuvo que no había prueba en el plenario que diera cuenta de tal situación, que si bien se conoce que nació el 7 de abril de 1957 y que cuando tenía 54 años fue desvinculado, no existía evidencia clara de sus cotizaciones para pensión, solamente que a 2009 contaba con 1.108,29 semanas cotizadas de manera que no se sabía con exactitud el tiempo que le faltaba para acceder al derecho pensional.

En lo relativo al fuero sindical, aclaró que esta jurisdicción carecía de competencia para pronunciarse respecto de un eventual reintegro del actor a causa del desconocimiento de ser un servidor aforado, en la medida en que tal derecho tenía que ver con la parte colectiva del derecho laboral y que tenía una connotación distinta a las reglas de los empleados públicos inscritos en carrera cuya regulación obedecía a las reglas constitucionales de ocupación del cargo por mérito.

Por lo demás, advirtió que el acto de declaratoria de insubsistencia sí le fue notificado, que la condición de diabetes no podía ser tenida como enfermedad catastrófica o que otorgara algún tipo de protección especial y que no se cumplían las condiciones para ser tenido como padre cabeza de familia, en la medida en que su esposa era ama de casa sin limitación alguna para desempeñarse laboralmente si así fuera el caso y que sus hijos eran mayores de edad.

3. Fundamentos de la acción

De acuerdo con los argumentos que presenta el tutelante en el escrito de tutela, entiende la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en la providencia del 2 de diciembre de 2020 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho Nro. 11001-33-35-026-2012-00148-00/03 incurrió en un *defecto sustantivo*, por las siguientes razones:

En relación con el fuero sindical, sostuvo que desconoció el Tribunal lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005 *“por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”*, concretamente en relación con los casos en los que no es necesario pedir autorización para despedir empleados con fuero sindical y que son: a) cuando no superen el periodo de prueba, b) cuando los empleos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él, c) cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

De acuerdo con lo anterior dijo que fue equivocado el análisis que se hizo por la autoridad judicial accionada, en la medida en que de acuerdo con los antecedentes administrativos aportados por la entidad demandada estaba probado que concursó pero no pasó y que existían otros empleados nombrados en la misma nomenclatura que no tenían fuero sindical y que de 6 servidores que sí eran aforados, él era el



presidente de "SINTRABENCUN" de manera que a su juicio, no se trató de una falta de competencia para debatir el tema del fuero sindical como lo indicó el Tribunal en la sentencia, sino de un derecho de preferencia que le asistía en relación con sus demás compañeros que no eran aforados ni estaban cobijados por el "retén social", de manera que no era posible que justo lo eligieran a él para poder ocupar su puesto de trabajo con quien estaba en la lista de elegibles para ser nombrado en periodo de prueba.

En esa medida considera que se desconoció lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 1127 de 2005 modificado por el Decreto 1894 de 2012 en cuyo numeral 1º, párrafo segundo señala:

*"**PARÁGRAFO 2o.** Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".*

De acuerdo con lo anterior, consideró que tenía la condición de presidente de la asociación sindical, que además padecía de una enfermedad catastrófica como lo era la diabetes avanzada que padecía, era padre cabeza de familia al ser la única persona del núcleo familiar que laboraba y daba la provisión a su hogar y que estaba próximo a pensionarse, situaciones que pese a estar demostradas no fueron tenidas en cuenta.

4. Trámite impartido e intervenciones

4.1. En providencia del 23 de abril de 2021, se admitió la acción de tutela por el despacho sustanciador, se ordenó notificar a las partes y se dispuso la vinculación en calidad de terceros al Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá quien emitió la sentencia de primera instancia en el proceso ordinario y a la Beneficencia de Cundinamarca quien fue parte demandada.

4.2. La **Beneficencia de Cundinamarca**, indicó que el acto demandado no estaba viciado de nulidad al haber sido expedido en cumplimiento de la Resolución Nro. 2608 del 2 de julio de 2011 de la Comisión Nacional del Servicio Civil por la que se conformó la lista de elegibles de la Convocatoria Nro. 001 de 2005 para proveer empleos de carrera dentro de la entidad.

Así mismo, que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor *García Moreno* no fue una decisión discrecional y garantizo el derecho constitucional de carrera de la persona que concursó para el empleo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 02 de la Subgerencia Financiera de la Beneficencia de Cundinamarca.



Advirtió que la Resolución Nro. 475 de 2011 por la que se declaró insubsistente el nombramiento del actor se le comunicó a través de Oficio enviado el 15 de julio de 2011 y que pese a no ser recibido por él, se remitió vía correo certificado a la dirección de residencia; igualmente indicó que mediante Oficio del 17 de febrero de 2012 se dio respuesta al recurso de reposición presentado por el actor contra la decisión de insubsistencia, en el sentido de indicarle que contra el acto administrativo no procedía recurso alguno.

De la garantía de fuero sindical contemplada en el artículo 39 de la Constitución Política, dijo que esta fue instituida para amparar el derecho de asociación, establecido en primera medida a favor del sindicato y de manera secundaria para amparar el derecho a la estabilidad laboral de los representantes sindicales.

Explicó en relación con el retiro de un trabajador en provisional amparado con fuero sindical que este no requería de autorización judicial y que las consecuencias jurídicas relacionadas con el vínculo laboral se predicaban de una definición legal de carácter general como lo era el hecho de no haber superado el proceso de selección y no reunir las condiciones objetivas para acceder a cargos de carrera administrativa.

Por otra parte, señaló respecto de la condición médica a la que alude, que esta fue comunicada por el actor a la entidad, luego de la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia.

- 4.3. El **Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá**, señaló que tanto la decisión de ese Despacho como la del Tribunal accionado, se fundamentaron en las normas y en la jurisprudencia aplicables al caso que fue objeto de debate, de manera que no se advertía la necesidad de acudir al juez de tutela.
- 4.4. El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C**, sostuvo que las razones de hecho y de derecho que fundamentaron la decisión, estaban contenidas en la providencia cuestionada, razón por la que pidió tener como prueba el fallo de segunda instancia proferido por esa Corporación en el proceso ordinario promovido por el hoy accionante.

5. Providencia impugnada

Mediante Sentencia del 13 de mayo de 2021, el Consejo de Estado, Sección Primera, declaró improcedente la acción de tutela.

En su criterio, la acción de tutela no cumplía con la carga argumentativa suficiente y en esa medida no cumplía con el requisito de relevancia constitucional. A esta conclusión llegó luego de analizar que existían serias deficiencias argumentativas que hacían imposible su estudio de fondo, pues que su escrito no se encaminaba a que el juez constitucional analizara si en la providencia judicial enjuiciada se había incurrido en la afectación de alguna garantía *iusfundamental* o en una causal de procedibilidad, sino que se trataba era de la simple discrepancia de la parte accionante con la decisión adoptada en sede contenciosa.



En esa medida, destacó que la acción de tutela no estaba instituida como una instancia adicional a las previamente establecidas en el ordenamiento jurídico, razón por la que era necesario sustentar desde el punto de vista constitucional los motivos por los que consideraba que sus derechos fundamentales estaban siendo vulnerados con la providencia cuestionada, pero que no era lógico que hiciera uso de este mecanismo por el simple hecho de haberle sido adversa a sus intereses la decisión judicial.

6. Impugnación

El accionante impugnó la anterior decisión. Reiteró los argumentos presentados en el escrito inicial y agregó que no es posible que se exija una técnica para la presentación de una tutela que lo que busca es la protección de derechos fundamentales sin mayores formalismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991², fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales, y así lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Dada esa excepcionalidad, la jurisprudencia ha establecido una serie de *requisitos generales*³ y *especiales*⁴ que deben cumplirse de forma estricta, para lo cual, se deben reunir todos los requisitos generales, y por lo menos uno de los defectos o requisitos especiales de la acción.

² **Decreto 2591 de 1991. Artículo 1:** “Toda persona tendrá acción de tutela para 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 estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto”.

³ Los **requisitos generales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) el accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); iii) que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez); iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela; vi) injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada.

⁴ Los **requisitos especiales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.



De manera pacífica y reiterada, la jurisprudencia constitucional⁵ ha indicado que cuando se interpone la acción de tutela contra providencias judiciales, el examen de los requisitos generales de procedencia debe realizarse con especial rigor, para no desconocer los principios de autonomía e independencia judicial, y los de legalidad, cosa juzgada y juez natural como elementos esenciales del derecho al debido proceso.

Por lo anterior, la procedencia de la acción contra providencias judiciales exige un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la sentencia judicial objeto de tutela y que el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos debe restringirse únicamente a los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso.

3. Planteamiento del problema jurídico

Teniendo en cuenta los antecedentes del caso y los argumentos presentados en el escrito de impugnación, corresponde a la Sala determinar si hay o no lugar a confirmar la decisión del juez de tutela de primera instancia en declarar la improcedencia de la presente acción por no encontrar satisfecho el requisito de *relevancia constitucional* por *falta de carga argumentativa* o si existió otra circunstancia que impidiera el cumplimiento de este requisito de procedencia, como el de utilizar la tutela a modo de *instancia adicional*.

En caso de concluir que no le asistió razón al juez en declarar incumplido el mencionado requisito, corresponderá a la Sala establecer si al proferir la sentencia del 2 de diciembre de 2020, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación Nro. 11001-33-35-026-2012-00148-00/03, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, incurrió en el *defecto sustantivo*, alegado por la parte actora.

4. El requisito de relevancia constitucional y su análisis en el caso concreto

4.1. La jurisprudencia ha reiterado que, a fin de proteger la autonomía funcional y la independencia judicial, los jueces de tutela no tienen competencia para reemplazar al juez de la causa y decidir sobre la controversia ordinaria. Su labor, entonces, está orientada a proteger derechos fundamentales vulnerados y a proferir órdenes encaminadas a su restablecimiento. En ningún modo aquel puede inmiscuirse en los asuntos propios del juez natural.

Con base en esta premisa, uno de los requisitos generales para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales es que el asunto sea de evidente *relevancia constitucional*. Y aunque no siempre es sencillo dilucidar la línea que separa aquellos casos que son de relevancia constitucional y los que no, esta Sala de Decisión, a partir de lo señalado por la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 y por la Corte Constitucional en la Sentencia T-248 de 2018, ha fijado algunos criterios orientadores para determinar si una solicitud de amparo de tutela cumple o no con este requisito:

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-686 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Y Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014. Proceso No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). M.P. Jorge Octavio Ramírez R.



- (i) **Que el asunto objeto de estudio realmente involucre la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.** En principio, la acción de tutela no puede utilizarse para plantear situaciones inexistentes o para discutir asuntos eminentemente económicos o de mera legalidad, pues ese tipo de discusiones se alejan del objeto de la acción de tutela.
- (ii) **Que el interesado argumente de manera suficiente y razonable la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales.** Debe tenerse en cuenta, para el efecto, que «no basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales»⁶. Es necesario que el interesado exponga de manera clara las razones por las que considera que la providencia judicial amenaza o vulnera los derechos fundamentales.
- (iii) **Que los argumentos de la solicitud de amparo se acompasen con las razones de la decisión objeto de tutela.** La discusión propuesta en la demanda de tutela debe referirse a las razones fundamentales de la decisión cuestionada, deben tener relación con la *ratio decidendi*. De modo que pueda abordarse el estudio con una expectativa de incidencia en el sentido de la propia decisión cuestionada.
- (iv) **Que no se propongan nuevos argumentos que no fueron expuestos en el proceso ordinario.** La acción de tutela contra providencias judiciales no está concebida como un mecanismo que permita a las partes adicionar, completar o modificar los argumentos que dejaron de plantearse o proponerse ante el juez natural.
- (v) **Que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional del proceso ordinario en el que fue proferida la providencia acusada.** Por más informal que sea la tutela, y aunque sus objetivos sean la salvaguarda de derechos fundamentales, el interesado está en la obligación de interponer la demanda con serios y fuertes argumentos para derribar las decisiones de los jueces, que se dictan previo agotamiento de los procedimientos reglados y conforme con una sólida razonabilidad. Es decir, no se trata de controvertir las decisiones de los jueces como si fuera una instancia adicional del proceso ordinario. Justamente por eso no se debe insistir en los argumentos que se ofrecieron en el proceso ordinario, pues ya fueron decididos por los jueces competentes.

La Corte Constitucional ha dicho que la relevancia constitucional es el primer presupuesto genérico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Su corroboración exige que el juez constitucional evidencie de manera diáfana, que la cuestión que se presenta tiene una marcada importancia constitucional que afecte derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, el presupuesto de relevancia constitucional lo que persigue es que el juez de tutela evite inmiscuirse en asuntos que carezcan de importancia iusfundamental y que corresponde decidir de manera exclusiva al juez natural⁷.

⁶ Ibidem

⁷ Al respecto se pueden consultar las siguientes providencias de la Corte Constitucional: Su-139 de 2019, T-422 de 2018, T- 715 de 2016, C-590 de 2005.



De esta forma, conforme se indicó debe existir una coherencia lógica de los planteamientos de las partes en relación con los asuntos puestos a consideración del juez natural, decididos por estos, y la supuesta vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de lo decidido o acontecido en el respectivo proceso, pues la acción de tutela no puede ser utilizada para adicionar, completar, modificar los argumentos que dejaron de plantearse ante el juez de la causa.

En palabras de la Corte Constitucional, el deber de identificar de manera razonable los hechos que generan la vulneración que se alega a través de la presente acción, tiene su justificación en la medida en que *“sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos”*⁸.

- 4.2. Advierte la Sala que el juez de tutela de primera instancia declaró improcedente la acción de tutela por no cumplir con el requisito de relevancia constitucional, específicamente al advertir una ausencia de carga argumentativa del actor en la demanda de tutela que permitiera evidenciar la posible vulneración de derechos fundamentales por parte del Tribunal accionado con la decisión cuestionada y advirtió que, por el contrario, se trataba era de una inconformidad con la decisión de instancia.

Al respecto, del análisis hecho a los argumentos que presenta el señor *Manuel Antonio García Moreno* en el escrito de tutela y verificados los elementos de juicio que en su momento presentó ante el juez natural, concretamente en el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia del Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá, encuentra la Sala que la parte actora utiliza este mecanismo constitucional como una instancia adicional, pues los argumentos que presentó en el recurso de apelación nuevamente se exponen en el escrito de tutela, de manera que si bien como lo indicó la Sección Primera del Consejo de Estado en el fallo de tutela de primera instancia, la controversia propuesta no cumple el requisito de *relevancia constitucional*, para la Sala la ausencia de este requisito de procedibilidad se configura es por este punto en específico y no por ausencia de fundamentación o de carga argumentativa, por lo que desde ya se anticipa que la decisión será confirmada pero por las razones que se exponen a continuación.

- 4.3. De la revisión hecha al recurso de apelación, es posible evidenciar que el accionante manifestó su desacuerdo con el fallo de primera instancia, enfatizando en las especiales condiciones que a su juicio le cobijaban, en síntesis, ser un empleado aforado al momento del retiro, estar próximo a pensionarse, tener una condición de salud especial y ser padre cabeza de familia, razones que en su sentir, impedían que pese a ser una persona vinculada en provisionalidad, fuera él a quien finalmente declararan insubsistente cuando en la planta de personal existían otros provisionales que ocupaban el mismo cargo y que pudo ser cualquier otra persona a quien dieran por terminado el nombramiento, para de esta manera dar paso al

⁸ Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. Ponencia del doctor Jaime Córdoba Triviño.



nombramiento en periodo de prueba de quien se encontraba en la lista de elegibles por haber superado el respectivo concurso de méritos.

En el recurso de apelación, sostuvo lo siguiente:

- 4.3.1. Señaló que era una persona que pertenecía a la asociación sindical “SINTRABENCUN” y que tenía la calidad de presidente. Aseguró que en la planta de personal de los 11 servidores que ocupaban el cargo de Técnico Administrativo, 7 de ellos eran aforados pero que pese a ello, la administración prefirió retirarlo a él del servicio, cuando no solo tenía esa condición, sino tenía enfermedades que catalogó como catastróficas sumado a ser padre cabeza de familia.
 - 4.3.2. Cuestionó la forma como se interpretó el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, pues sostuvo que ninguno de los tres supuestos que trae la norma se cumplían en su caso concreto y que en ese orden de ideas, debió pedirse autorización al juez del trabajo previo a su despido.
 - 4.3.3. Manifestó ser una persona con diabetes insulino dependiente e hipertenso, que requería una protección especial del estado al tener una enfermedad catastrófica que los demás provisionales no tenían.
 - 4.3.4. Cuestionó que no se tuviera en cuenta la condición de padre cabeza de familia y reiteró que su esposa no trabajaba al dedicarse al hogar de manera que el sustento económico provenía solamente de su trabajo.
 - 4.3.5. Dijo hacer parte del reten social por estar próximo a pensionarse.
 - 4.3.6. Insistió en que debió escogerse a otro provisional que no tuviera sus especiales condiciones de salud, de aforado, de ser padre cabeza de familia y de edad en la medida en que le quedaba poco tiempo para obtener su pensión sumado a ser un servidor vinculado desde el año 1997, por lo que era un tiempo importante en la entidad que no podía ser desconocido.
- 4.4. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, al momento de analizar el caso del actor, consideró que debía confirmarse la decisión del *a quo* por las siguientes razones:

[...]

“Sobre la figura de la estabilidad laboral reforzada del prepensionado que es diferente a la de “retén social”, recuérdese que esta protección especial consistente en el resguardo constitucional a quienes tienen la expectativa legítima y cercana de gozar de una pensión (3 años para acreditar los requisitos de tiempo y edad). Se excluye de este beneficio a quienes les falte por cumplir únicamente el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez.

Lo primero, es que al plenario no se aportó prueba documental que brinde información exacta sobre la situación pensional del demandante. Si bien se conoce que nació el 7 de abril de 1957, según la fotocopia de la cédula aportada, por lo cual para la fecha en que fue desvinculado tenía 54 años, no se tiene evidencia clara de las cotizaciones al



Sistema de Seguridad Social en Pensiones ya que solo se conoce que a 2009 tenía 1.108,29 semanas cotizadas, por lo que no se sabe con exactitud el tiempo que le faltaba para acceder al derecho prestacional.

En ese orden de ideas, en su caso no tiene cabida la protección especial o estabilidad laboral reforzada por la calidad de pre pensionado que invoca, habida consideración a que, según su dicho, únicamente le faltaba cumplir con pocos años para acceder a la pensión, situación particular en que no se probó y que no tiene aplicación de la protección constitucional, pues como bien se explicó en la SU-003 de 2018 en estas condiciones de faltarle solo la edad para acceder al derecho, "...no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente".

*De otro lado, es necesario precisar que el Consejo de Estado⁹ ha señalado que en los eventos en los cuales se planteen cargos en la demanda relativos a los vicios de legalidad de los actos acusados conjuntamente con el amparo del **fuero sindical** mediante la acción de reintegro, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para examinar el primer aspecto mencionado, es decir, que el estudio de fondo que realiza la Sala en esta oportunidad, es un examen de legalidad respecto del acto acusado únicamente.*

En efecto, esta jurisdicción carece de competencia para pronunciarse respecto de un eventual reintegro del actor a causa del desconocimiento del fuero sindical que invoca, porque ese derecho de respeto del fuero, toca con el derecho colectivo del trabajo, que no es de competencia de esta jurisdicción, y que tiene una connotación distinta a las reglas de los empleados públicos inscritos en carrera, cuya regulación obedece a las reglas constitucionales de ocupación del cargo por mérito y de ello deviene la protección legal para la estabilidad reforzada, que no es absoluta, dada la prevalencia del interés general en el Estado social y democrático de derecho.

El examen de legalidad que corresponde a esta jurisdicción se concentra en la verificación de las reglas de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, con la verificación de que se hayan cumplido las reglas de protección de la carrera administrativa para los empleados inscritos en ella.

Para ellos el ordenamiento, como se estudió atrás, tiene establecidos los mecanismos de protección, de incorporación y reincorporación que permita el respeto de sus derechos de estabilidad laboral reforzada, dentro de los que no se cuenta el derecho sindical.

Sin perjuicio de lo anterior, se reitera que el fuero sindical no tiene como propósito garantizar la estabilidad laboral ni está encaminado a vaciar de competencia el ejercicio normal de las facultades legales de las personas nominadoras o entidades empleadoras en relación con la organización del servicio que les corresponde, por lo que el retiro que se ordena por haber provisto el cargo con personal de carrera, está amparado en razones legales, y no constituye mecanismo atentatorio del derecho a la libertad de asociación sindical.

El retiro por haber provisto el cargo con funcionario de carrera, no es uno de aquellos supuestos fijados en los artículos 405 del Código Sustantivo del Trabajo y 113 del Código Procesal del Trabajo, y no exige obtener el permiso de la jurisdicción laboral para ordenar el retiro.

[...]

Respecto a su estado de salud tampoco se encuentra que sea una causal de estabilidad laboral, comoquiera que en primer lugar como lo analizó el a quo la diabetes, per se, no

⁹ Sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 2007 con ponencia del Consejero Alejandro Ordoñez Maldonado, dentro del proceso con radicado No. 19001-23-31-000-2001-16100-01(0009-05)



es considerada como una enfermedad catastrófica, y además como se probó, no fue puesta en conocimiento por el empleador antes de la decisión que lo declaró insubsistente.

*Finalmente, sobre la calidad de padre cabeza de familia manifestada se encuentra que, si bien el accionante puede suscribirse a circunstancias económicas y familiares complejas que hacen que el ejercicio de su labor sea un insumo indispensable para el sostenimiento del hogar, lo cierto es que **no se demostró** que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de su pareja, ya que su compañera no ha tenido una declaratoria de pérdida de capacidad laboral que le impida intervenir en la ayuda del hogar”.*

De acuerdo con la fundamentación del fallo frente a los aspectos que fueron puestos a consideración del Tribunal en el recurso de apelación con el propósito de demostrar especiales condiciones que impedían a su juicio ser retirado pese haber tenido una vinculación en provisionalidad con la Beneficencia de Cundinamarca, advierte la Sala que estos fueron atendidos y explicados con suficiencia en la decisión.

Así, en cuanto a la condición de prepensionado, el Tribunal no encontró prueba que acreditara tal condición, solo la existencia de datos aislados que no permitían establecer si en efecto tenía esa condición en los términos propuestos por la Corte Constitucional.

Del fuero sindical, se precisó al actor que este no le daba una condición de inamovilidad en el empleo y que de lo que se trataba era de verificar la legalidad del acto de declaratoria de insubsistencia sin que esta jurisdicción tuviera competencia para pronunciarse de un posible reintegro como consecuencia del desconocimiento de una situación de fuero por esta específica circunstancia.

En relación con la enfermedad de diabetes e hipertensión insistió como lo había anticipado el *a quo* que no se trataba de aquellas patologías clasificadas como catastróficas de manera que no podía darse un trato preferente por este aspecto de salud y, de la condición de ser padre cabeza de familia precisó que si bien manifestó que su esposa se dedicaba al hogar, no existía una prueba que demostrara algún tipo de incapacidad laboral que le impidiera aportar e intervenir en la ayuda económica del hogar.

- 4.5. En la solicitud de amparo, la parte accionante insiste en los mismos aspectos que ya fueron expuestos al juez ordinario, pero en esta oportunidad adecuados a la presunta configuración de un *defecto sustantivo*, tal como se advierte en los fundamentos de la presente acción constitucional, pues insiste una vez más que pertenecía al sindicato y por tanto estaba aforado, que era padre cabeza de familia y que las enfermedades que padece son consideradas como catastróficas, insistiendo que existiendo otras personas en la planta de personal vinculadas en provisionalidad en el mismo empleo que él desempeñaba, pudo escogerse otra persona para ser retirada del servicio y permitir el ingreso de quien pasó a ocupar el empleo en periodo de prueba como elegible dentro del respectivo concurso de méritos. Veamos:



- 4.5.1. Hizo mención al fuero sindical que le asistía como presidente de la organización sindical “SINTRABENCUN” y al desconocimiento por parte del Tribunal de lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005 concretamente en relación con los casos en los que no es necesario pedir autorización para despedir empleados con fuero sindical y que son: a) cuando no superen el periodo de prueba, b) cuando los empleos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él, c) cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito. En su criterio, el análisis que se hizo por parte del Tribunal fue equivocado.
- 4.5.2. Insistió que estaba demostrada la existencia otros empleados nombrados en la misma nomenclatura y grado al que ocupaba en la entidad que no tenían fuero sindical y que de 6 servidores que sí eran aforados, él era el presidente de “SINTRABENCUN” de manera que a su juicio, no se trató de una falta de competencia para debatir el tema del fuero sindical como lo indicó el Tribunal en la sentencia, sino de un derecho de preferencia que le asistía en relación con sus demás compañeros que no eran aforados ni tenían condiciones que implicaban un trato distinto, de manera que no era posible que justo lo eligieran a él para poder ocupar su puesto de trabajo con quien estaba en la lista de elegibles para ser nombrado en periodo de prueba.
- 4.5.3. Citó el artículo 7º del Decreto 1127 de 2005 modificado por el Decreto 1894 de 2012 y el numeral 1º, parágrafo segundo de esta norma, para indicar que cuando existe lista de elegibles como resultado de un proceso de selección, previo a efectuar los nombramientos en periodo de prueba y de proceder con el consecuente retiro del servicio a los provisionales, debía tenerse en cuenta un orden de protección generado por distintas condiciones como: enfermedad catastrófica o discapacidad, ser padre o madre cabeza de familia, tener la condición de prepensionado y tener la condición de aforado sindical.

Dicho esto, reiteró que era aforado, que padecía de una enfermedad catastrófica como lo era la diabetes avanzada que padecía, que era padre cabeza de familia al ser la única persona del núcleo familiar que laboraba y daba la provisión a su hogar y que estaba próximo a pensionarse, lo que no fue tenido en cuenta pese a estar demostrado.

- 4.6. De acuerdo con lo anterior, concluye la Sala que la parte actora formuló inconformidades que coinciden con las que se expusieron en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió, e incluso, reitera en el escrito de impugnación idénticos argumentos a los presentados en la demanda de tutela, de manera que lo que se advierte es que con la tutela busca revivir la discusión jurídica que ya fue estudiada y definida por el Tribunal accionado de manera motivada y razonable.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que no se cumple con el requisito de relevancia constitucional, ya que el accionante acude a este mecanismo



constitucional con el fin de exponer su inconformidad con la decisión judicial cuestionada que le resultó desfavorable; olvidando que el propósito de la acción tutela no es prolongar la discusión que se presentó y se definió por el juez natural en el respectivo medio de control, ni tampoco erigirse como una instancia adicional en la que se vuelvan a presentar argumentos que en su momento se pusieron en conocimiento del juez natural y frente a los que tuvo la oportunidad de pronunciarse.

Que la parte actora no comparta el análisis efectuado y el sentido de la decisión adoptada por el juez de la causa, escapa a la órbita de competencia del juez constitucional, la cual está dada en clave de derechos fundamentales y no para dirimir diferencias de juicio o de opinión, pues no debe olvidarse que la simple disparidad de criterio no constituye *per se* una vulneración a los derechos fundamentales. De aceptar esa posibilidad, se desnaturalizaría la acción de tutela como mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales.

Es por este motivo que la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha sostenido que, cuando se controvierten decisiones judiciales, la procedencia del amparo está sujeta a que el asunto sea de tal relevancia en materia constitucional que se logre apreciar sin mayor esfuerzo una vulneración grosera o de bulto. Esta condición no implica que exista una formalidad en la presentación de las acciones de tutela como lo pretende hacer ver el actor o que se requiera una técnica que solo pueda ser atendida por un profesional del derecho, pero sí de la acreditación de unos requisitos específicos, más aún cuando se trata de cuestionar providencias judiciales que en principio, han hecho tránsito a cosa juzgada, salvo que eventualmente se demuestre que se incurrió en un defecto específico, lo que no ocurre en este caso.

5. Conclusión

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela de la referencia, por no cumplir a cabalidad con los requisitos generales de procedibilidad de este mecanismo contra providencias judiciales, específicamente el de la relevancia constitucional, pero por otras razones como se indicó.

En mérito de lo expuesto, **la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **Confirmar** la decisión impugnada, proferida el 13 de mayo de 2021 por el Consejo de Estado, Sección Primera que **declaró improcedente** la presente acción de tutela interpuesta por el señor *Manuel Antonio García Moreno*, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **Notificar** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.
3. **Publicar** la presente decisión en la página web del Consejo de Estado.



Radicado: 11001-03-15-000-2021-01818-01
Demandante: Manuel Antonio García Moreno

4. **Enviar** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ