

República de Colombia



Rama Judicial Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal

Magistrada ponente: **Xenia Rocío Trujillo Hernández**

Radicación: 1100131870162023-00090.01
Accionante: Sergio Olmedo Herrera Hernández
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil y otras
Procedente: Juzgado 16 EPMS de Bogotá
Motivo: Impugnación fallo de tutela
Aprobado: Acta No. 135
Decisión: Confirma
Fecha: Tres (3) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1.- Asunto

El propósito de esta providencia es decidir la impugnación interpuesta por la apoderada de **Sergio Olmedo Herrera Hernández** en contra del fallo de tutela de primera instancia proferido el 6 de septiembre de 2023, por el Juzgado 16 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá que declaró la improcedencia de la acción.

2.- Antecedentes

Nini Johanna Tapiero Rodríguez apoderada de **Sergio Olmedo Herrera Hernández** promovió tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) y la Universidad Libre, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, acceso a cargos públicos, debido proceso y trabajo. Expuso como supuestos de hecho, los siguientes:

2.1.- El accionante se inscribió para un empleo de docente en la convocatoria identificada con los Nos. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 de la CNSC; en el empleo denominado *docente de área de Humanidades y Lengua Castellana*, OPEC 183164.

2.2.- Señaló que obtuvo un puntaje de 64.25, en la prueba escrita de aptitudes y competencias básicas y un puntaje de 83.33 en la psicotécnica, logrando avanzar a la etapa de verificación de requisitos mínimos, sin embargo, se excluyó del proceso de selección según la CNSC, porque aportó *Documento no válido para el cumplimiento del Requisito Mínimo de Educación, toda vez que la disciplina académica no se encuentra prevista dentro de la OPEC.*

2.3.- Manifestó que reclamó y aportó, en el término fijado en las reglas del concurso, el pensum de su profesión en Lenguas Modernas, la cual es afín,

pertenece al mismo campo básico, específico, detallado, área y núcleo de conocimiento al exigido, empero, la entidad confirmó su negativa.

2.4.- A raíz de ello, instauró una acción de tutela en el municipio de Aguadas, Caldas, la cual se despachó desfavorablemente en primera y segunda instancia por improcedencia.

2.5.- Adujo que se le notificó, dentro del proceso de selección, una acción de tutela instaurada por 22 participantes, en la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, amparó los derechos de los actores respecto de hechos idénticos al presentado por Herrera Hernández, es decir, licenciados en lenguas modernas de varias universidades del país (incluyendo la Univeridad de Caldas, donde se graduó) excluidos de la convocatoria. Por lo tanto, ordenó a la CNSC admitir a los profesionales para continuar con las etapas del concurso.

2.6.- Comoquiera que la entidad admitió a 22 concursantes en iguales condiciones a las suyas, se presentó una situación de hecho novedosa que lo facultó para radicar nuevamente la presente acción, sin incurrir en duplicidad, por lo tanto, solicitó la aplicación de un criterio de igualdad frente a las demás personas y ser admitido dentro del concurso.

2.7.- Acotó, igualmente, que es padre cabeza de familia de un menor de 5 años quien padece de una enfermedad congénita, y que su exclusión del concurso frustra gravemente su expectativa de acceder a un empleo para mejorar las condiciones de su hijo.

3. Actuación procesal

3.1.- Correspondió, por reparto, conocer en primera instancia del presente trámite, al Juzgado 16 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, el cual, mediante auto del 25 de agosto de 2023, corrió traslado de la demanda a la Comisión Nacional del Servicio Civil, Universidad Libre, Ministerio de Educación, Universidad de Caldas, Universidad de la Guajira y Universidad Tecnológica de Magdalena.

3.2.- La Universidad de la Guajira confirmó la existencia del fallo de tutela donde se ampararon los derechos de los 22 concursantes y explicó que oferta el programa denominado *LICENCIATURA EN LENGUAS MODERNAS* bajo el Código N° 121844103704400111100, emanado del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES) y la Resolución N° 002035 de 30 de julio de 1991 y que su pensum no solo abarca las lenguas extranjeras, sino también la lengua castellana (español), considerada dentro del Marco Común Europeo de Referencia - MCER, de

acuerdo a la certificación expedida por la Vicerrectora Académica y la Decana de la Facultad Ciencias de la Educación de ese claustro educativo.

3.3.- La Universidad de Caldas coadyuvó las pretensiones del actor, bajo el fundamento de que el programa de *LICENCIATURA EN LENGUAS MODERNAS* donde se graduó, no sólo abarca las lenguas extranjeras, sino también la lengua castellana (español), considerada, además, dentro del Marco Común Europeo de Referencia – MCER.

3.4.- Las demás entidades guardaron silencio pese a su debida notificación.

4. Providencia impugnada

La juez de primera instancia, en providencia de 6 de septiembre de 2023, declaró la improcedencia del trámite por no cumplir con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

Manifestó que no se probó la materialización de un perjuicio irremediable, pues no toda afectación o controversia de derechos debe ser entendida como tal, por cuanto, para ello, se establecieron los medios de defensa ordinarios, en este caso, los de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Igualmente, refirió que la decisión del Tribunal Administrativo traída a colación no se erige como precedente vinculante, de tal suerte que su aplicación no sea forzosa.

5. Disenso

Inconforme con el fallo de primera instancia, **Sergio Olmedo Herrera Hernández**, impugnó. Para el censor, el trámite tuitivo es el único mecanismo de defensa idóneo para su situación actual dado que no existe un acto administrativo para atacar por la vía contencioso administrativa.

Manifestó que el perjuicio irremediable se ocasiona al no poseer, precisamente, una forma expedita e idónea para controvertir su inconformidad, de ahí que fuera de la tutela, no posee insumos para defender su derecho de igualdad.

6. Consideraciones de la Sala

6.1.- Según el artículo 86 de la Constitución Política toda persona puede, mediante acción de tutela, reclamar ante los jueces 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, a condición de que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6.3.- Revisada la actuación, se debe establecer, de oficio, si en el trámite de primera instancia se realizó una debida integración y notificación del contradictorio.

6.4.- El juez de tutela tiene la obligación de verificar que al trámite de la acción constitucional se vincule a: *i)* los sujetos o entidades responsables de la presunta vulneración de derechos fundamentales; *ii)* las personas y autoridades públicas que puedan resultar afectadas por las decisiones que, eventualmente, se tomen en el curso de la demanda constitucional. Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

“(...) el juez constitucional, como director del proceso, esté obligado a -entre otras cargas- integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico”¹.

En otra ocasión, se advirtió lo siguiente:

“Por consiguiente, una vez presentada la demanda de tutela, la autoridad judicial debe desplegar toda su atención para conjurar la posible vulneración de derechos fundamentales que aduce el accionante en el petitum, y fallar de acuerdo con todos los elementos de juicio, convocando a todas las personas que activa o pasivamente se encuentren comprometidas en la parte fáctica de una tutela”².

En lo que respecta a las formas para sanear una indebida integración del contradictorio, ha sido reiterado que:

2.4. El juez de tutela tiene el deber de vincular y notificar en debida forma a las partes y a terceros con interés legítimo en el resultado del proceso, atendiendo cada uno de los procedimientos que establece la ley para este fin. Por consiguiente, si el juez de tutela incumple el deber de integrar debidamente el contradictorio, la jurisprudencia constitucional ha considerado que dicha irregularidad impide el conocimiento de fondo del asunto sometido a consideración de la Sala constitucional, sin embargo la misma jurisprudencia también ha señalado que ese vicio en materia de tutela es subsanable; diferente a lo que ocurre dentro del procedimiento civil, en el cual la

¹ C.C. A - 402 de 2015.

² C.C. A- 019 de 1997 reiterada en el Auto 113 de 2012.

indebida conformación del litis consorcio necesario conlleva directamente a una decisión inhibitoria.

2.5. La Corte Constitucional ha determinado dos procedimientos para subsanar la nulidad por indebida conformación del contradictorio: (i) se declara la nulidad de todo lo actuado, se devuelve el proceso a la primera instancia para que subsane el error procesal, y por ende, se reinicie la actuación judicial o; (ii) la misma Corte integra el contradictorio en sede de revisión, saneándose la nulidad en caso de que la persona natural o jurídica vinculada, actúe sin proponer la aludida nulidad.”³.

6.3.- El caso concreto

En el caso bajo estudio, **Sergio Olmedo Herrera Hernández** interpuso la acción constitucional con el objeto de lograr la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, mérito, seguridad jurídica, entre otros, presuntamente vulnerados por la CNSC al no validar su título universitario para el empleo de docente de humanidades y Lengua Castellana, OPEC 183164, en el concurso en el que participa.

Sería del caso el estudio de fondo de la impugnación interpuesta, de no ser porque la Sala vislumbra una serie de irregularidades procesales que impiden un pronunciamiento sustancial del trámite en cuestión.

Si bien es cierto, la acción de tutela se presentó en contra de la CNSC -y allí mismo se vinculó a otras entidades-, también lo es que **resultaba necesaria la vinculación de las personas que hacen parte de la convocatoria identificada con los Nos. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 de la CNSC; en el empleo denominado docente de área de Humanidades y Lengua Castellana, OPEC 183164,** empero, no se emplazaron debidamente en primera instancia.

Además, es importante recordar que el trámite se inició, de manera principal, bajo la premisa de un trato discriminatorio o inequitativo frente a terceras personas, quienes, en iguales condiciones, recibieron un trato distinto (positivo) en contraste con el accionante.

De ese modo, era necesario, para efectos de la exposición de argumentos y recaudo probatorio, **vincular, igualmente, a las personas quienes presuntamente se encuentran en mismas condiciones fácticas,** de forma directa o por medio de la CNSC, y en ese sentido, realizar, como lo demanda la práctica, la correspondiente contrastación, test o juicio de igualdad a fin de determinar, si, en efecto, se ejerció un trato discriminatorio en contra del convocante. Empero, tampoco se realizó.

³ C.C., A - 402 de 2015.

De otro lado, deriva importante indicar una situación que emerge notoria de la actuación puesta a consideración de esta Sede, la cual no se contempló en primer nivel, acerca de la eventual remisión del expediente con destino al Juzgado 3° Administrativo de Bogotá (expediente 11001-33-34-003-2023-00241-01) para acumulación de tutelas con base en los preceptos del Decreto 1834 de 2015, acumulable, incluso, luego de la expedición del fallo.

De ahí que resultara necesaria la vinculación, por lo menos, con fines procesales y probatorios, a las instancias de la justicia contencioso administrativa para que conceptúen sobre la acumulación, tratándose de la autoridad que avocó, primeramente, este ruego.

En suma, véase que el Juzgador de primer nivel omitió por completo, en el auto que avocó la demanda, vincular a los demás concursantes con innegable interés legítimo en el proceso de selección, y en igual sentido, en las resultas de este trámite. Configurándose a vista de esta Sede, un yerro formal insoslayable.

Por lo tanto, se está en presencia de una irregularidad sustancial que afecta la actuación, relacionada con la indebida integración del contradictorio, pues el primer nivel omitió vincular al presente trámite a todas las partes implicadas en la realización y garantía de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

En consecuencia, se decretará la nulidad de lo actuado, a partir del auto por cuyo medio se admitió la demanda constitucional, inclusive, advirtiéndole que las pruebas recaudadas permanecerán incólumes y se deberá disponer **la vinculación** a los ya mencionados.

Es preciso ilustrar que no media remedio distinto al de la nulidad para sanear la anomalía expuesta, pues al tratarse de un presupuesto procesal y no meramente formal, es necesaria su corrección desde el inicio del trámite a fin de dar un adecuado curso a la actuación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve:

1°- Decretar la nulidad de lo actuado, a partir del auto por cuyo medio se admitió la demanda constitucional, inclusive y, en consecuencia, rehacer el

trámite de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia. Advirtiéndole que las pruebas aportadas conservarán su valor.

2°.- Remitir copia de esta determinación a las entidades demandadas en la presente acción constitucional, por Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación.

3°.- Enviar copia de esta decisión al juzgado de primera instancia., por Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación.

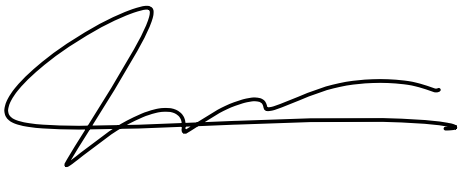
4°.- Notificar por Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación lo decidido a las partes, conforme al artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

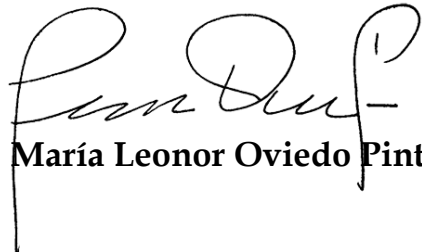
Los magistrados,



Xenia Rocío Trujillo Hernández



Ricardo Mojica Vargas



María Leonor Oviedo Pinto