

Cartagena de Indias D. T. y C., diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Acción</b>	<b>TUTELA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-006-2023-00016-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>TEOBALDO LICONA ARENAS</b>
<b>Accionado</b>	<b>SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA</b>
<b>Tema</b>	<i>Confirma – No se demuestra el cargue de documentos ni la vulneración de los derechos alegados – La accionada cumplió el procedimiento establecido en la Circular 3-2022-000192 expedida por el SENA.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II. PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide la impugnación presentada por la parte accionante<sup>1</sup> contra la sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)<sup>2</sup>, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar el amparo de los derechos fundamentales invocados.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. Pretensiones<sup>3</sup>.

En ejercicio de la acción de tutela, el señor Teobaldo Licona Arenas, elevó las siguientes pretensiones:

*“PRIMERA: “Ordenar a El Centro para la industria petroquímica del SENA Cartagena tener como válidos los certificados y documentos aportados para acreditar la experiencia relacionada con el cargo, toda vez que cumplen con las exigencias publicadas inicialmente dentro del concurso para proveer el banco de instructores en virtud de la prevalencia del derecho sustancial frente a lo formal, en tal virtud continuar con las diferentes etapas del proceso.*

*SEGUNDA: Se conceda la medida provisional deprecada, y se ordene a El Centro para la industria petroquímica del SENA Cartagena, de manera inmediata EL CAMBIO DE ESTADO DE “No Cumple” por el de “Si Cumple”, para evitar que se vulneren mis derechos fundamentales.”*

### 3.2 Hechos<sup>4</sup>.

El actor relató que, el 12 de diciembre de 2022 se postuló para la convocatoria de Bancos de Instructores 2023, al cargo de instructor como técnico de corte de la madera para productos artesanales, ofertada por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA - Centro Para La Industria Petroquímica de Cartagena, por cumplir con todos los requisitos exigidos por la entidad convocante.

<sup>1</sup> Doc. 08 Exp. Digital.

<sup>2</sup> Doc. 06 Exp. Digital.

<sup>3</sup> Fol. 3 Doc. 01 Exp. Digital.

<sup>4</sup> Fols. 1 – 3 Doc. 01 Exp. Digital.



13001-33-33-006-2023-00016-01

Afirmó que, realizó el proceso de inscripción antes de la fecha límite, esto es, el 18 de diciembre de 2022 aportando con ello la certificación y la experiencia laboral requerida para la vacante, por lo que el 22 de diciembre de 2022, en la plataforma se arrojó el estado “sí cumple”; no obstante, una vez adelantada la etapa del proceso de selección, el 30 de diciembre de 2022 se publicaron los resultados definitivos obtenidos por los aspirantes, encontrándose que el estado “sí cumple” había cambiado repentinamente a “no cumple”, bajo el fundamento de que el actor no había aportado los soportes de requisitos mínimos para el perfil que se estaba buscando, incurriendo con ello en una incongruencia y trasladándole las consecuencias negativas de la irregularidad o falla en el sistema.

Mediante reclamación del 28 de diciembre de 2022, expuso los motivos por los cuales consideraba que sí cumplía con los requisitos para el cargo al cual se había postulado y había cargado los documentos para el efecto.

### **3.3 CONTESTACIÓN.**

#### **3.3.1 Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA<sup>5</sup>.**

La accionada, sostuvo que, si bien el accionante se inscribió al proceso de selección para la contratación de servicios personales en el SENA para la vigencia 2022, esta convocatoria no es un concurso de mérito, toda vez que las personas se vinculan a través de contrato de prestación de servicios.

Adujo que, el aspirante no aportó los documentos exigidos en el aplicativo BanIn SENA 2023, en cumplimiento de la Circular 3-2022-000192 del 09 de noviembre de 2022, por la cual se establece que todas las personas interesada en pertenecer al Banco de Instructores de 2023 debían inscribirse en la aplicación web de la APE y posterior a esto registrar su inscripción a través del módulo banco de instructores, todo ello con el fin de hacer una correcta inscripción para que el Comité Evaluativo del Centro verificara los datos adjuntados y de respuesta o balance definitivo sobre la postulación de cada aspirante; motivo por el cual no fue posible que el referido comité valorara su hoja de vida.

Por otra parte, indicó que le dio respuesta a la solicitud presentada por el actor el 03 de enero de 2023, habiéndole comunicado de la contestación mediante correo electrónico de la misma fecha.

Aclaró que, si bien es cierto, el primer resultado luego de la postulación del accionante fue positivo, el mismo cambió una vez la Oficina de Control Interno de Gestión del SENA se dio cuenta de que el aspirante no había aportado los documentos requeridos, motivo por el cual inmediatamente quedó por fuera, sin ningún tipo de discriminación por la condición de ser

<sup>5</sup> Doc. 05 Exp. Digital.

13001-33-33-006-2023-00016-01

sujeto de especial protección constitucional por padecer de una enfermedad como lo es el cáncer de próstata.

En ese sentido, finalizó la accionada manifestando que era responsabilidad de cada aspirante cargar de manera correcta los documentos requeridos en el proceso de selección y a su vez realizar una correcta inscripción al proceso, para así poder acceder a las vacantes ofertadas por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

### **3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>**

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del 31 de enero de 2023, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la parte actora, determinando que se debía tener en cuenta la circular 3-2022-000192 del 09 de noviembre de 2022, según la cual el aspirante debía subir al módulo todos los documentos que acrediten debidamente su hoja de vida.

Al respecto, estimó que el actor no demostró haber cumplido con el deber de cargar los documentos al aplicativo para demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo, pues los espacios correspondientes tipo de archivo de soporte y fecha de copia del soporte están sin información, tal como lo demuestra el pantallazo del aplicativo BanIn SENA 2023, aportado por la accionada. Tampoco se demostró siquiera sumariamente la existencia de fallas en el aplicativo APE, o que el actor hubiera comunicado tal situación a la entidad.

En cuanto al calificativo de “SI CUMPLE” frente a la inscripción del demandante, dispuso que ello obedeció a un error en la interpretación del numeral 3 de la circular referida, que señala el deber de dar prelación a un sujeto de especial protección constitucional, sin que ello lo exima de anexar los documentos soporte del cumplimiento de los requisitos, lo que después fue aclarado, precisado y corregido, calificando en debida forma la ausencia de soporte de los requisitos como “NO CUMPLE”.

### **3.5. IMPUGNACIÓN<sup>7</sup>.**

Como sustento de su inconformidad, el accionante manifestó que, erró el A quo al sostener que no estaba demostrada la vulneración de sus derechos por cuanto no logró demostrar el cumplimiento de los requisitos mínimos para continuar como aspirante de la convocatoria, cargando a la plataforma APE la información requerida; trasladando con ello, la carga de la prueba al actor cuando este solo tiene acceso a dicha plataforma al realizar algún tipo de inscripción o convocatoria. Además, la sola manifestación de la accionada, con el anexo de una captura de pantalla de la plataforma, sin fecha ni hora,

---

<sup>6</sup> Doc. 06 Exp. Digital.

<sup>7</sup> Doc. 08 Exp. Digital.

13001-33-33-006-2023-00016-01

no es prueba suficiente de la falta de cargue de los documentos en la plataforma.

Adicionalmente, indicó que la entidad accionada se contradice en sus argumentos, pues no se explica la anotación "sí cumplía con las exigencias de la inscripción" arrojado por el sistema, si supuestamente el Comité de Verificación no revisó su hoja de vida.

Finalmente, alegó que se debe dar aplicación al principio de In dubio pro reo, en caso de duda, a favor del acusado.

### **3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Por auto del 09 de febrero de 2023<sup>8</sup>, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por el accionante contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 13 de febrero de 2023<sup>9</sup>, por lo que se dispuso su admisión por proveído de la misma fecha<sup>10</sup>.

## **IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.**

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1 Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### **5.2 Problema jurídico**

De conformidad con los argumentos de la impugnación presentada, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

*¿Cumple la acción de tutela los requisitos de procedencia establecidos por la jurisprudencia?*

De resolverse favorablemente el interrogante anterior, se entrará a examinar si:

---

<sup>8</sup> Doc. 09 Exp. Digital.

<sup>9</sup> Doc. 11 Exp. Digital.

<sup>10</sup> Doc. 12 Exp. Digital.



13001-33-33-006-2023-00016-01

*¿Vulneró el SENA los derechos fundamentales del actor al excluirlo del proceso de selección para el cargo de instructor para la vigencia del 2023, bajo el argumento de que el señor Teobaldo Licono Arenas omitió cargar los documentos requeridos para la vacante ofertada por el SENA?*

### **5.3 Tesis de la Sala**

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela, esta Sala CONFIRMARÁ el fallo de primera instancia, al no haberse demostrado la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el accionante, pues este no aportó prueba siquiera sumaria del cargue de los documentos a la plataforma APE; por su parte, la entidad accionada demostró haber cumplido a cabalidad el procedimiento interno establecido para la convocatoria y a su vez, probó que el accionante no había cumplido con la carga impuesta, consistente en el cargue efectivo de los soportes de su hoja de vida, motivo por el cual el Comité de Verificación de su Centro determinó que no cumplía con los requisitos, siendo procedente la exclusión del concurso.

### **5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Amparo del derecho al debido proceso administrativo; (iii) Derecho fundamental a la libertad de escoger profesión u oficio; y (vi) Caso concreto.

#### **5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.**

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al

13001-33-33-006-2023-00016-01

actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el principio de inmediatez implica que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y prudencial, con relación al momento en que ocurrió la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, el cual ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, en seis (6) meses.

#### 5.4.2. La procedencia de la acción de tutela en los concursos de méritos.

Con relación a la procedencia de la acción de tutela para garantizar derechos fundamentales, frente a las actuaciones surtidas en desarrollo de los concursos de méritos, la Corte Constitucional ha considerado:

*“(...) En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto<sup>11</sup>. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.*

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>12</sup>, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de

<sup>11</sup>Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>12</sup> Esta subregla de procedencia excepcional de la acción de tutela la contempla el artículo 86 de la Constitución Política. <sup>19</sup> En sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), se explicaron los elementos que ha de tener el perjuicio irremediable: “ A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...) “B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la



13001-33-33-006-2023-00016-01

requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable<sup>19</sup>; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar<sup>13</sup>. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: "(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales"<sup>14</sup>. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

---

respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

"C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

"D). 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. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)

"De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio".



**13001-33-33-006-2023-00016-01**

3.3. *En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto (...)*".

Por su parte el Consejo de Estado ha venido sosteniendo respecto a esta materia que las decisiones que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos generalmente corresponden a actos de trámite, contra los cuales no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas. Sin embargo, ha sido un criterio reiterado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>15</sup> y de esta Sección<sup>16</sup>, que en aquellos eventos en que, en el desarrollo de un concurso, se presente la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente, ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso del aspirante afectado con la decisión.

En los concursos de méritos también se expiden actos administrativos definitivos, como ocurre en los casos en los que han culminado las etapas del concurso y existe un acto que establece la lista de elegibles para proveer los cargos ofertados. En ese caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí se erige como el mecanismo judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos de las personas que se someten a un concurso de méritos<sup>17</sup>, pues se trata de un acto administrativo definitivo que fija el número de plazas a ocupar y el orden de elegibilidad, según el puntaje.

Por lo tanto, en ese evento, la tutela es improcedente, habida cuenta de que existe otro medio para la protección de los derechos fundamentales violados o en situación de amenaza, a menos que se configure un perjuicio irremediable.

Es del caso mencionar que los concursos públicos abiertos son el mecanismo idóneo para que el Estado dentro de los criterios de imparcialidad y objetividad, pueda valorar las calidades y aptitudes de los aspirantes a los distintos cargos con el fin de escoger a la persona que resulte idónea para desempeñarlos y dentro de ese marco, definir las reglas que deben ser aplicadas de acuerdo con la naturaleza del empleo y los objetivos que se persigan por la entidad que cuenta con las vacantes a proveer.

<sup>15</sup> Sentencia AC-00698 (2007) del 28 de agosto de 2007, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

<sup>16</sup> Sentencia AC-00068 del 28 de mayo de 2008, reiterada a su vez en las sentencias AC-00009 del 3 de abril de 2008, AC00044 y AC-00046 del 10 de abril de 2008 y AC-00043 del 8 de mayo de 2008, todas con Ponencia de Ligia López Díaz.

<sup>17</sup> Al respecto, ver, entre otras, las sentencias del 10 de junio de 2010. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Expedientes No. 2010-00475-01, 2010-00496-01 y 2010-00583-01,



### 5.4.3 Amparo del derecho al debido proceso administrativo.<sup>18</sup>

El artículo 29 constitucional establece que este derecho deberá ser aplicado en toda actuación judicial y administrativa. A los administrados se les deberá aplicar las normas preexistentes al acto que se le imputa, de acuerdo con el procedimiento aplicable y ante el juez o tribunal competente. Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia T-324-15 determina que los procedimientos administrativos deben cumplir con una serie de garantías, desde el momento en que se da inicio a la actuación, por ejemplo, a la persona se le deberá poner en conocimiento, oírlo sobre el trámite, notificar en debida forma, que sea la autoridad competente la que conozca y tramite su caso conforme a las actuaciones establecidas por el legislador, que no se presenten dilaciones injustificadas, a gozar de la presunción de inocencia; a ejercer los derechos de defensa y contradicción; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria; a que se resuelva en forma motivada; a impugnar la decisión que se adopte y a promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.

En ese sentido, la administración no podrá omitir o extralimitar las funciones que le corresponde, esto bajo el principio de legalidad que limita las actuaciones del poder público, protegiendo a las personas del arbitrio de la administración.

El derecho al debido proceso desarrolla el principio de legalidad, representando un límite al poder del Estado, lo que implica la imposibilidad de que las autoridades estatales actúen de forma arbitraria. Al respecto, se señala según Sentencia C-163 de 2019<sup>19</sup>, lo siguiente:

*"De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el debido proceso comporta al menos los derechos (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) el derecho a la defensa.*

*Del debido proceso también hacen parte, los derechos a (iv) las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria; (v) a un proceso público, llevado a cabo en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas; (vi) y a la independencia e imparcialidad del juez."*

Sobre el debido proceso administrativo la jurisprudencia constitucional ha indicado que es:

*"El conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la*

<sup>18</sup> <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/14002991/0/003-2022-00291-01+JUAN+CARLOS+MEJIA+vs+SSPD+Y+CARIBEMAR+S.pdf/2b3693c1-b263-465b-8144-af758ca079dd>

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2019, Mp: DIANA FAJARDO RIVERA



13001-33-33-006-2023-00016-01

*autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal". Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados".*

Se aprecia entonces, que el debido proceso administrativo lo que busca es el cumplimiento de las etapas que impone la ley, las cuales se relacionan entre sí y tienen por finalidad garantizar la validez de las actuaciones de la administración pública y la defensa de los administrados si consideran que la actuación se alejó de aquellos presupuestos legales previamente definidos.

#### 5.4.4. Carga de la prueba en sede de tutela.<sup>20</sup>

Si bien uno de los rasgos características de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso.

En igual sentido, ha manifestado que un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario. Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probadas siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007<sup>21</sup> se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "**onus probandi incumbit actori**" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.

No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que existen situaciones excepcionales en las que se invierte la carga de la prueba, en virtud de las circunstancias especiales de indefensión en las que se encuentra el peticionario, teniendo la autoridad pública accionada o el particular demandado, el deber de desvirtuarla. Así, se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante hasta tanto no se demuestre lo contrario. Esto sucede por ejemplo en el caso de personas víctimas del desplazamiento forzado, en el que la Corte ha determinado presumir la buena fe e invertir la

<sup>20</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-571-15.htm>

<sup>21</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-131-07.htm>



13001-33-33-006-2023-00016-01

carga de la prueba en aras de brindarle protección a la persona desplazada. Igual sucede en materia de salud para el suministro de medicamentos excluidos del POS, en los que se han establecido algunas reglas probatorias, como por ejemplo cuando se afirma carecer de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), situación en la que “se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario”.

## 5.5 CASO CONCRETO.

### 5.5.1 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Teniendo en cuenta los hechos planteados en el escrito de tutela, su contestación, y los argumentos expuestos en la impugnación corresponde a la Sala dar respuesta al primer problema jurídico del asunto, consistente en la verificación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela:

- (i) Legitimación por activa: Se encuentra en cabeza del señor Teobaldo Licona Arenas, por ser el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, toda vez que se postuló para el cargo de instructor del SENA para el periodo 2022, obteniendo como resultado “No cumple” por no haber cargado la documentación requerida, siendo excluido del proceso de contratación.
- (ii) Legitimación por pasiva: La ostenta el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, entidad que abrió el proceso de selección ofertó la excluirlo del proceso de selección para la contratación de servicios personales en la cual participó el accionante, y quien determinó mediante su Comité de Verificación que aquel se encontraba en estado “no cumple” dentro del aplicativo BanIn.
- (iii) Inmediatez: De las pruebas obrantes, encuentra esta judicatura que, el estado de “Cumple” reportado en la plataforma APE, cambio a “No cumple” con la anotación de la causal, el 30 de diciembre de 2022<sup>22</sup>, siendo interpuesta la presente acción de tutela el 17 de enero de 2023<sup>23</sup>, a menos de un (1) mes de la estructuración de la presunta vulneración, y dentro de los seis (6) meses siguientes, término razonable dispuesto por la jurisprudencia constitucional<sup>24</sup>, por lo que resulta evidente el cumplimiento de este requisito.
- (iii) Subsidiariedad: En el *sub examine* se discute la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y derecho al acceso a cargos públicos, imparcialidad, entre otros, debido a que la entidad accionada excluyó del proceso de selección al accionante, luego de haber tenido el estado de “Sí cumple”, bajo el

<sup>22</sup> Fol. 52 Doc. 01 Exp. Digital

<sup>23</sup> Doc. 02 Exp. Digital.

<sup>24</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-461-19.htm>



13001-33-33-006-2023-00016-01

argumento de que este no cargó la documentación requerida al aplicativo BANLN SENA 2023, siendo esto contrario a la realidad, pues según el decir del accionante, sí cumplió con ello. Dada la naturaleza de los derechos involucrados, encuentra este Cuerpo Colegiado que el actor no cuenta con otros medios eficaces ni idóneos para su defensa, razón por la cual corresponde al juez de tutela efectuar el respectivo estudio, conocer y decidir de fondo el asunto, conforme al artículo 86 superior.

En efecto, se encuentran cumplidos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que se entrara a estudiar y resolver el segundo problema jurídico planteado.

Del expediente se demuestra que, el 12 de diciembre de 2022 el señor Teobaldo Licon Arenas se inscribió a través de la plataforma APE para la convocatoria de Bancos de Instructores 2023, al cargo de instructor técnico de corte de la madera para productos artesanales, ofertada por el SENA – Centro Para La Industria Petroquímica de Cartagena. Posteriormente, el 22 de diciembre de la misma anualidad a través de la misma plataforma se evidenció en estado “para verificación” cambiando dicho estado en la misma fecha a “sí cumple” por tener los requisitos mínimos para continuar en la convocatoria, pasando nuevamente “para verificación”, el 30 de diciembre de 2022. Seguido a esto, la Junta de Verificación, encargada de evaluar las hojas de vida aportada por los participantes, dio a conocer que el accionante no podía seguir en el proceso de selección y ser escogido para el cargo ofertado, debido a que no había cargado la documentación requerida por la entidad ofertante para el respectivo estudio de requisitos, motivo por el cual se le asignó el estado de “no cumple”<sup>25</sup>.

Como se observa, en el sub lite se discute si, en efecto, el accionante cargó los documentos que soportan su hoja de vida y el cumplimiento de los requisitos mínimos, o si, por el contrario, dicha situación no está demostrada. Al respecto, el tutelante no aportó siquiera prueba sumaria que demuestre el cargue efectivo de los documentos a la plataforma APE y con ello la supuesta afectación de sus derechos fundamentales, en cambio allegó al proceso escrito fechado 28 de diciembre de 20202, mediante el cual comunicó al SENA lo siguiente: *“me dirijo a usted para subsanar problemas que se han presentado con mi hoja de vida dentro del proceso de verificación de mi hoja de vida, con la titulación para el perfil, experiencia SENA, DOCENTE Y RELACIONADA, CAPACITACIONES (CERTIFICACIONES POR COMPETENCIA LABORAL), de que si cumpla requisitos para conformar el Banln 2023, teniendo en cuenta que si los subí pero al parecer no se guardaron los cambios para visualizarlos, pero si los tengo en la agencia pública de empleo (APE), y adjunto a esta solicitud.”<sup>26</sup> (Subrayas fuera del texto), con el objeto de que se le hiciera una verificación de requisitos mínimos. Frente a esta*

<sup>25</sup> Fol. 52 Doc. 01 y 10 – 11 Doc. 05 Exp. Digital.

<sup>26</sup> Fols. 9 – 10 Doc. 01 Exp. Digital.



13001-33-33-006-2023-00016-01

petición la entidad, el 03 de enero de 2023 contestó: *“los soportes eran requisito para que su postulación fuera abalada por el comité de verificación. D (Sic) esta forma por esta vía (Sic) no podemos darle curso a su solicitud.”*<sup>27</sup>

Por otro lado, la accionada aportó captura de pantalla de la plataforma SENA APE, de la inscripción del usuario Teobaldo Licono Arenas, en donde se hace constar que la información de educación formal y experiencia no se halla relacionada, es decir, no fue cargada<sup>28</sup>, pues tal como lo sostuvo el A-quo *“los espacios correspondientes tipo de archivo de soporte y fecha de copia del soporte están sin información.”*

En ese sentido considera esta Magistratura que, le asiste razón a la parte accionada cuando sostiene que en la mentada oportunidad el accionante no cargó los documentos en la forma requerida por el ofertante, motivo por el cual no le es dable a este Tribunal inferir que el actor se encuentra en circunstancias de vulneración con ocasión de su exclusión dentro del concurso para proveer el cargo de instructor para la vigencia de 2023. Por cuanto le es imposible al juez constitucional proteger o amparar derechos sin estar demostrada su vulneración o amenaza.

Dentro de su impugnación, el actor manifestó que no era dable tener como prueba de la falta de cargue de los documentos una captura de pantalla sin fecha ni hora, sin embargo, revisada la misma se observa que corresponde al aplicativo APE del SENA, además en ella se evidencia fecha del 23 de enero de 2023, con hora 11:29.

Aunado a ello, en el expediente reposa conversación sostenida entre el Centro Para la Industria Petroquímica, la Dirección Jurídica de la entidad y la Dirección de Formación Profesional, de la cual se extrae que el accionante registró cumplimiento sin soportes de hojas de vida en el Banco de Instructores 2023, aclarándose que el estado de *“si cumple”* registrado en la plataforma del accionante, obedeció a un error dada su situación de sujeto de especial protección constitucional del participante, pues si bien dicha circunstancia le daba un carácter preferente dentro de la convocatoria, no lo eximía de cumplir los demás requisitos del perfil solicitado, debiendo para ello cargar los soportes del mismo dentro de la plataforma. Así mismo, se tuvo que luego de hacer el respectivo estudio de la hoja de vida del accionante y la documentación cargada en la plataforma, por no haber cargado la documentación requerida por el SENA, lo procedente era la exclusión del proceso, tal como lo señaló la entidad, donde se establece entre otros que *“Son causales de inadmisión o exclusión:*<sup>29</sup>

- *No cumplir o no acreditar los requisitos mínimos del perfil al cual se inscribe, los cuales se encuentran establecidos para cada necesidad de contratación*

<sup>27</sup> Fol. 37 Doc. 05 Exp. Digital.

<sup>28</sup> Fols. 10 – 13 Doc. 05 Exp. Digital.

<sup>29</sup> Fol. 16 Doc. 05 Exp. Digital.



- *Enviar o radicar los documentos por medios distintos al señalado.*

Lo anterior, en cumplimiento del punto 4.1 de la Circular 3-2022-00019<sup>30</sup> expedida por el SENA el 09 de noviembre de 2022<sup>31</sup>, en donde se establece el procedimiento a seguir por una persona para poder hacer parte de la entidad accionada en el cargo de instructor a través de una contratación por prestación de servicios y hacer parte del banco de instructores del SENA para el periodo 2023, los aspirantes debían inscribirse previamente en la plataforma APE, la cual en caso de un registro exitoso arrojará el estado “*inscrito*”. Al aspirante le corresponde verificar previamente que cumple los requisitos y subir al módulo todos los documentos que acrediten debidamente su hoja de vida, pues con posterioridad, estos serán revisados por el Comité de Cada Centro en el proceso de evaluación de hojas de vida de manera manual, puesto que el módulo de la plataforma no hace verificación de documentos.

Con base en el cargue de los documentos aportada por el aspirante, el Comité del Centro demarcará en el aplicativo “*para verificación HV*” a todas aquellos aspirantes a la contratación que se oferta. Finalmente, procederá a revisar las hojas de vida de los aspirantes y los soportes aportados por cada uno de ellos y determinará si cumple o no con el perfil exigido por la entidad convocada, procediendo a marcar en la plataforma con un “*si cumple*” en caso de que su perfil se ajuste a la oferta, o “*no cumple*” en caso contrario, registrando además la causal o justificación por la cual se excluye al aspirante.

De ello se concluye que, era imposible para la entidad convocante evaluar su proceso y posterior a esto tener la posibilidad de escoger al accionante para el cargo al cual se había postulado, cuando este no había aportado dentro de la oportunidad debida los documentos que soportan el cumplimiento del perfil requerido.

De otro lado, se aclara que, contrario a lo sostenido por el impugnante, dentro del asunto no se le está desplazando la carga de la prueba, pues en su condición de actor le incumbe demostrar siquiera sumariamente la afectación alegada, además tal como lo dijo, el acceso a la plataforma está determinado por la participación en una oferta o proceso de convocatoria, y como quiera que es pacífico entre las partes y está suficientemente demostrado que participó para ser instructor de técnico de corte de la madera para productos artesanales, sí tenía acceso a la plataforma, es decir que, estaba en condición de demostrar el cargue efectivo de los documentos a la misma, en cumplimiento de las exigencias dispuestas por la circular antes citada, sin haberlo hecho, lo cual no era desconocido por el

<sup>30</sup> “A través de la cual se establecen las directrices y los lineamientos que deben llevarse a cabo en el proceso de contratación de servicios personales en el SENA para la vigencia del año 2023”

<sup>31</sup> Fols. 20 – 27 Doc. 05 y 74 – 81 Doc. 01 Exp Digital



13001-33-33-006-2023-00016-01

actor puesto este había estado vinculado en la institución con anterioridad, en un proceso de similares condiciones.

Bajo estas consideraciones, se concluye que, el Servicio Nacional De Aprendizaje – SENA, no se encuentra vulnerando los derechos fundamentales del accionante. En consecuencia, esta Sala CONFIRMARÁ la decisión adoptada en primera instancia, que resolvió negar las pretensiones de esta acción constitucional.

## VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

### FALLA:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia, del treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las consideraciones aquí expuestas.

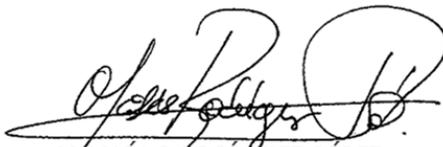
**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 015 de la fecha.*

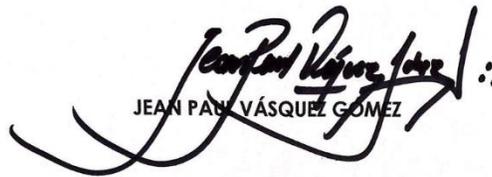
### LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ