



Cartagena de Indias D. T. y C., siete (07) de abril de dos mil veintidós (2022).

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

<b>Medio de control</b>	Impugnación de tutela
<b>Radicado</b>	13001-33-33-004-2022-00039-00
<b>Demandante</b>	Albeiro Aguilar Valiente
<b>Demandado</b>	SENA
<b>Magistrado Ponente</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras
<b>Asunto</b>	Derecho al trabajo - mínimo vital / contratación de Instructor SENA.

**II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales del actor.

**III.- ANTECEDENTES**

**3.1. La demanda (documento No. 01 del expediente digital).**

**a). Pretensiones.**

El actor solicitó las siguientes:

- 1) Solicitó como medida provisional que se ordene de manera inmediata con la admisión de esta acción de tutela, que se elabore el contrato de trabajo - prestación de servicios para evitar un perjuicio irremediable, de conformidad con el art. 7 del decreto 2591 de 1991.*
- 2) Tutelar los derechos fundamentales, solicitados como igualdad, acceso a cargos públicos, al mérito, al debido proceso, derecho al trabajo, dignidad humana, confianza legítima, libertad de escoger profesión u oficio, derecho a un mínimo vital móvil, derecho a la seguridad social, a la unidad familiar, un orden justo, la función pública, derecho sustancial e imperio de la ley, consagrado en los artículos 1, 2, 5, 13,15, 25, 26, 29, 48, 49, 209, 228, 229 y 230 de la carta política y los que usted ultra y extra petita considere vulnerados, todo de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 y 306 de 1992 reglamentarios del art. 86 de la Carta Política.*
- 3) Como consecuencia de lo anterior solicito se respeten mis derechos adquiridos mediante concurso público, donde demostré el mérito e idoneidad, de acuerdo a la Ley 909 del 2004".*

## **Hechos.**

Para sustentar sus pretensiones afirmó, en resumen, lo siguiente:

En octubre 2021 el SENA abrió convocatorias para la contratación de instructores para el año 2022.

Se postuló para el centro de formación Internacional Náutico Fluvial y Pesquero, presentando la documentación solicitada y, además, realizó las pruebas escritas.

En enero de 2022 el SENA informó los concursantes que habían sido seleccionados por cada centro de formación, y solicitó unos documentos para realizar la respectiva contratación, entre ellos, la acreditación de afiliación en el sistema de seguridad social como cotizante independiente.

Adujo que para el 19 de enero del año 2022 aparecía como beneficiario de su esposa en la EPS COOMEVA, por lo que procedió a solicitar su traslado como cotizante Independiente y pagó la planilla de seguridad social del mes de enero de 2022.

Para la fecha en que realizó tal solicitud, la EPS COOMEVA fue liquidada por la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que sus afiliados no podían trasladarse a otra EPS hasta el 1º de febrero de 2022.

Puso en conocimiento la circunstancia anterior al SENA, sin embargo, dicha entidad hizo caso omiso a su situación.

El 1º de febrero de 2022 fue trasladado a la EPS SALUD TOTAL, pero hasta la fecha de presentación de la acción de tutela el SENA no había expedido el respectivo contrato.

Por último, afirmó que es el sustento económico de su núcleo familiar, y la omisión de elaborar el respectivo contrato por parte del SENA vulneraría los derechos fundamentales de su familia.

### **3.2 Contestación.**

El SENA no rindió el informe solicitado.



### **3.3. Sentencia impugnada (archivo No. 06 del expediente digital).**

Mediante sentencia del 24 de febrero de 2022 la Juez Cuarta Administrativa del Circuito de Cartagena negó el amparo de los derechos fúndanmeles invocados por el actor.

Para fundamentar su decisión, adujo que al proceso no se allegó prueba que permitiera verificar a cuál de los cargos ofertados por SENA aspiró el actor, si superó la etapa de admisión y si fue seleccionado en dicha convocatoria. Tampoco se demostró si el actor cumplió o no con los demás requisitos de la convocatoria.

Adujo que los participantes de una convocatoria pública, deben verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de selección y ofertas contractuales a los cuales aspiran, y por ello la afiliación al SGSS era un suceso previsible para actor, que pudo haber solucionado con suficiente antelación al cierre o fecha límite de contratación, pues la Administración, si bien tiene el deber de efectuar una verificación de los requisitos mínimos que debe cumplir sus aspirantes, con la finalidad de garantizar la idoneidad en la selección de la persona, no está en la facultad de otorgar oportunidades adicionales a los participantes, pues ello podría vulnerar el derecho principio de igualdad de los demás aspirantes.

### **3.4. Impugnación (archivo No. 9 del expediente digital).**

El tutelante impugnó la decisión de primera instancia aduciendo, en resumen, que la juez A-quo no accedió a sus pretensiones alegando falta de prueba de su selección al cargo de Instructor por parte del SENA, y por ello aportó dichos documentos en esta etapa procesal.

## **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para conocer la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia, de acuerdo con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.



## 5.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si el accionante acreditó o no los requisitos mínimos para la oferta contractual a la que aspiró y en base a lo anterior, analizar si el SENA Regional Bolívar vulneró sus derechos fundamentales, al no contratar sus servicios profesionales como instructor SENA.

## 5.3 Tesis de la Sala.

En el presente caso la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en vista que no existe prueba en el proceso que demuestre que el actor tenga derecho a ser contratado por el SENA, pues no se tiene certeza del puntaje obtenido por el actor ni por los demás participantes de la oferta, a fin de establecer el orden en que debían ser contratado, ni mucho menos se cuenta con la información relacionada con el número de contratos ofertados por el SENA.

## 5.4 Marco jurídico y jurisprudencial

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

De acuerdo con el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política “la acción de tutela procede en los siguientes casos:

*“(…) La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito (...)”*

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que, de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

-Está instituida para proteger derechos fundamentales.



-**La subsidiariedad**, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.

-**La inmediatez**, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

#### **5.4.3 Sobre la contratación de Servicios Personales 2022 por parte del SENA.**

La circular No. 3-2021-00160 de 9 de septiembre de 2021, regula el proceso para la conformación y uso del banco de Instructores para la contratación del 2022, así:

- **Plan de contratación de instructores:** Los Centros de Formación identificarán sus necesidades de contratación, teniendo en cuenta el manual de contratación de instructores y los lineamientos sobre esta materia definidos por la Dirección de Formación Profesional.

- **Publicación necesidades de contratación:** Cada Centro de Formación registrará en el módulo web del Banco de Instructores, dentro del(os) plazo(s) establecido(s), las necesidades de contratación que haya planeado para la vigencia 2022, de acuerdo con los programas a desarrollar en cada oferta.

- **Inscripción y aspiración:** Las personas interesadas en pertenecer al Banco de Instructores 2022 deberán inscribirse en la aplicación web de la APE y registrar su aspiración a través del módulo Banco de Instructores, dentro de las fechas indicadas en el cronograma, para una sola "necesidad de contratación", en un solo Centro de Formación, de acuerdo con el perfil de idoneidad publicado en el Banco de Instructores; es deber de cada aspirante verificar previamente que cumple los requisitos.

- **Puntuación hoja de vida:** Con base en la información y los documentos que registre y aporte cada aspirante al momento de hacer su aspiración, el módulo Banco de Instructores le asignará un puntaje automático al finalizar ese trámite, de acuerdo con los parámetros y la puntuación previamente definida por la Dirección de Formación Profesional. Una vez finalizado el plazo para las aspiraciones, el mismo módulo generará de manera automática un listado en orden descendente de puntuación de los aspirantes para cada necesidad de contratación, con base en el cual el respectivo Centro de Formación debe verificar la veracidad y el contenido de los documentos puntuables de quienes obtuvieron los tres (3) mayores puntajes, marcándolos en el Banco de



Instructores con la opción "Para verificación HV", y determinará si cada uno de ellos cumple el perfil de idoneidad y experiencia, marcándolos posteriormente en el Banco de Instructores con el estado "CUMPLE" o "NO CUMPLE"; si se evidencia alguna inconsistencia entre los documentos y la información aportada por alguno de los tres (3) aspirantes que incida en el puntaje, o no cumple el perfil de idoneidad, el Centro de Formación reportará la novedad en el módulo Banco de Instructores y aplicará el mismo procedimiento anotado anteriormente con quien(es) siga(n) en orden descendente de puntuación hasta completar los tres (3) aspirantes. Si agotada la lista de aspirantes para la respectiva necesidad de contratación no se completan los 3 aspirantes que cumplan y no tengan inconsistencias, se continuará el trámite con los que hayan cumplido (1 o 2).

- **Prueba:** Por cada contrato de prestación de servicios que haya planeado suscribir el Centro de Formación, se citará a prueba a los tres (3) mayores puntajes (o 2, o 1, si no hay más) que aparezcan en el listado del módulo Banco de Instructores para el respectivo perfil, estén con estado "CUMPLE" y no tengan inconsistencias en la documentación reportada; estos aspirantes presentarán prueba de competencias socioemocionales y habilidades digitales, el día y hora señalada en el correo de notificación automático enviado a cada aspirante escogido, de acuerdo con el cronograma publicado en la aplicación web de la APE. La Dirección de Formación Profesional definirá las condiciones de la prueba, las fechas, la ponderación y los demás aspectos operativos de la misma. A quienes no presenten la prueba se les actualizará el estado "No presentó pruebas" en el Banco de Instructores con esa novedad.

- **Puntaje de cada aspirante:** El puntaje automático de la hoja de vida y el de la prueba de competencias socioemocionales y habilidades digitales se computará a través del módulo Banco de Instructores, en la forma que defina previamente la Dirección de Formación Profesional; el resultado definitivo se le cargará a cada aspirante en el mismo módulo, en su resumen de aspiración, actualizando su estado a "Disponible en el Banco".

- **Preselección:** Con base en el listado de puntuación final que genere el módulo Banco de Instructores en orden descendente para cada "necesidad de contratación", el Centro de Formación asignará manualmente en el módulo Banco de Instructores el estado de "Preseleccionado" al primero de la lista. Si para un perfil de idoneidad el Centro planeó más de un (1) contrato, la asignación del estado "Preseleccionado" debe realizarse en estricto orden descendente de la puntuación final que muestre el módulo, por lo cual no es procedente conformar ternas para escoger entre ellas al primero; en consecuencia, a manera de ejemplo, si son dos personas a contratar, se debe



preseleccionar a quienes tengan los dos mayores puntajes en el mencionado listado, y así sucesivamente.

- **Aceptación de la preselección:** Una vez el módulo Banco de Instructores le informe al aspirante la "Preselección", éste podrá aceptarla a través del correo electrónico de notificación o a través del mismo módulo durante las 24 horas siguientes; si el preseleccionado acepta oportunamente, se actualizará su estado en el módulo a "Seleccionado"; si no acepta o no responde dentro de ese plazo, el módulo cambiará el estado de ese aspirante a "Disponible en el Banco", y el Centro de Formación procederá con el siguiente de la lista en orden estrictamente descendente de puntuación final, con quien se seguirá el mismo procedimiento en las mismas condiciones, hasta que alguno del orden descendente acepte la preselección.

El estado de "preseleccionado" no genera para el SENA la obligación de contratar al respectivo aspirante, toda vez que la suscripción del contrato dependerá de que el Centro de Formación cuente en la vigencia 2022 con la disponibilidad presupuestal de recursos y subsista durante el 2022 la necesidad de contratación que planeo el Centro, de acuerdo a la ejecución de metas que se vaya dando en el transcurso del año.

- **Contratación:** El aspirante que haya aceptado la preselección podrá ser contratado como Instructor en el 2022 por el respectivo Centro de Formación si se dan las condiciones anotadas en el ítem anterior, y el contrato está incluido en el Plan Anual de Adquisiciones; una vez suscriba el contrato el Centro de Formación debe cambiar el estado del aspirante a "Contratado". Si la persona preseleccionada no puede ser contratada por alguna razón, el Centro de Formación cambiará su estado en el módulo a "Disponible en el banco".

- **Ampliación de aspirantes para preselección:** Si con las personas escogidas bajo los criterios anotados en este numeral no es posible suscribir todos los contratos que el Centro de Formación requiere para el 2022, el respectivo Comité de Verificación dejará constancia de ese hecho en acta y el Centro podrá hacer la preselección de los aspirantes faltantes para la contratación del 2022, entre quienes hayan aspirado en el Banco de Instructores para el mismo perfil y en el mismo Centro de Formación, teniendo en cuenta el orden descendente de puntuación.

Si no se encuentra entre ellos al aspirante o quedaren faltando aspirantes preseleccionados respecto al número de contratos que tiene planeado suscribir el Centro de Formación en el 2022, el Comité de Verificación dejará constancia del hecho en acta y el Centro de Formación procederá a hacer la



preselección entre los inscritos para ese perfil en el siguiente orden: i) dentro de la misma Regional, ii) dentro de la Región a la cual pertenece la Regional, y iii) a nivel nacional; en estas tres opciones el Centro también debe aplicar el orden descendente de puntuación dentro de la respectiva cobertura.

Si agotado el procedimiento anterior el Centro de Formación sigue necesitando preseleccionados para un perfil, el Comité de Verificación dejará constancia del hecho y el Centro procederá a hacer la preselección entre quienes aspiraron en el mismo Centro de Formación a otro perfil y cumplen con el perfil de idoneidad que está buscando el Centro; esta revisión la debe hacer el Centro en orden descendente de puntuación final de los aspirantes no preseleccionados.

#### **5.4.4 Pruebas relevantes para decidir.**

- Oficio suscrito el 1º de febrero de 2022, por medio del cual Salud Total EPS da la bienvenida al núcleo familiar del actor en dicha entidad (fs. 1 – 2 archivo No. 02 de la carpeta de primera instancia del expediente digital).
- Certificado suscrito el 19 de enero de 2022, por medio del cual la EPS COOMEVA certifica que el actor se encontraba afiliado a dicha entidad como beneficiario de su cónyuge (fs. 3 del archivo No. 02 de la carpeta de primera instancia del expediente digital).
- Planilla integrada de autoliquidación aportes del actor del mes de enero de 2022 (fs. 4 del archivo No. 02 de la carpeta de primera instancia del expediente digital).
- Oficio de enero de 2022, dirigido a “señores administrativos”, en el cual se les informan que fueron elegidos dentro del proceso de selección para prestar sus servicios como apoyo a la gestión y/o apoyo misional – Instructores del centro Internacional Náutico Fluvial y Portuario – SENA-, y le solicitaron que allegaran una documentación para adelantar la respectiva contratación (fs. 2 - 4 del archivo No. 09 de la carpeta de primera instancia del expediente digital).
- Captura de pantallas de un mensaje enviado al correo electrónico del actor el 6 de enero de 2022, por parte de la abogada de contratación del CNAFLUP, en la cual le solicitan a los “instructores”, una serie de documentos.

Además, aportó captura de pantallas de un mensaje enviado a su correo electrónico el 6 de enero de 2022, por parte de la abogada de contratación del CNAFLUP, dicho mensaje iba dirigido a “señores instructores”, en los que se les solicitan una serie de documentos. También se allegó un correo remitido por

el actor el 25 de enero de 2022, por medio del cual remitía una documentación a la oficina de contratación del SENA.

## **6. Caso Concreto.**

En el presente caso el accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales, vulnerados a su juicio por el SENA al abstenerse de suscribir el contrato de prestación de servicios como instructor.

Adujo que tiene derecho a la suscripción del contrato de prestación de servicios, en vista de que superó las etapas del proceso de selección del banco de instructores para el Centro Internacional Náutico Fluvial y Portuario de la entidad.

Para la Sala, la acción de tutela resulta procedente para estudiar de fondo la solicitud del actor, pues tal como no manifestó la juez de primera instancia, el actor no cuenta con un mecanismo judicial para hacer efectivo el derecho que pretende, pues en el presente caso solicita que se le imponga la obligación de suscribir un contrato de prestación de servicios profesionales.

De conformidad con la circular No. 3-2021-00160 de 9 de septiembre de 2021<sup>1</sup>, para la conformación y uso del banco de Instructores para la contratación del año 2022, se deben seguir varios pasos, así: **(i)** inscripción de las personas interesadas en pertenecer al banco de instructores, **(ii)** puntuación de la hoja de vida, **(iii)** prueba de competencia socioeconómicas y de habilidades digitales, **(iv)** puntaje de cada aspirante, **(v)** preselección, **(vi)** aceptación de la preselección, **(vii)** contratación y **(viii)** ampliación de aspirante para la selección.

Para la contratación de los instructores del SENA, los aspirantes tienen que someterse a una evaluación de su hoja de vida y prueba de competencia socioeconómicas y de habilidades digitales, y serán contratados en estricto orden descendiente de la puntuación, atendiendo la disponibilidad de los contratos.

En el presente caso el actor aportó un oficio que contiene la fecha “enero de 2022”, pero no está suscrito, y además dirigido a “señores administrativos”, en el cual se les notifican a éstos que fueron elegidos dentro del proceso de selección para prestar sus servicios como apoyo a la gestión y/o apoyo misional – Instructores del centro Internacional Náutico Fluvial y Portuario – SENA-, y le solicitaron que allegaran una documentación para adelantar la respectiva contratación.

Además, aportó captura de pantallas de un mensaje enviado a su correo electrónico el 6 de enero de 2022, por parte de la abogada de contratación

<sup>1</sup> file:///C:/Users/SAN%20ANDRES%2017/Downloads/01.1ANEXO%20CIRCULAR.pdf



del CNAFLUP, dicho mensaje iba dirigido a “señores instructores”, en los que se les solicitan una serie de documentos. También se allegó un correo remitido por el actor el 25 de enero de 2022, por medio del cual remitía una documentación a la oficina de contratación del SENA.

Si bien con las pruebas allegadas se podría inferir que el actor superó las etapas de evaluación de hoja de vida y de conocimiento, lo cierto es que no existe prueba alguna que demuestre que el actor tenga derecho a ser contratado por el SENA, pues no se tiene certeza del puntaje obtenido por el actor ni por los demás participantes, a fin de establecer el orden en que debían ser contratados, es más, la Sala no cuenta con la información relacionada con el número de contratos ofertados por el SENA.

El actor tenía una mínima carga probatoria a fin de demostrar que efectivamente el SENA estaba en el deber de suscribir el contrato de prestación de servicios profesionales, pues la Sala no puede ordenar que se materialice una contratación sin tener la seguridad que ello sea posible.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (ver entre otras, la sentencia T-571/15), la carga de la prueba incumbe al actor, y por ello, 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.

En dicha sentencia señaló 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 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”*.

En el presente caso el actor no alegó ni demostró encontrarse en una situación de indefensión, que lo releve de desmotar los hechos que fundamentaron su solicitud, y por ello confirmará la sentencia impugnada.



En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

**VI. FALLA**

**PRIMERO: Confirmar** la sentencia de primera instancia.

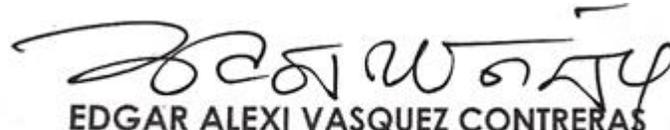
**SEGUNDO: Notificar** a las partes por el medio más expedito según lo ordenado en el artículo 30 y 31 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**TERCERO:** Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CUARTO:** Por Secretaría del Tribunal, envíese copia de esta providencia al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ