



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No. 020

Medio de Control	Acción de Tutela
Radicado	88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante	José González Álvarez
Demandado	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Otro
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la entidad accionada en contra del fallo de tutela No. 021-23 de fecha 10 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante el cual resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRASE la improcedencia de la presente acción de tutela respecto a la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE- del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por existencia de mecanismo ordinario idóneo para lo pretendido por el actor.

SEGUNDO: TUTÉLANSE los derechos fundamentales al debido proceso, a la confianza legítima y al acceso a un cargo público. En consecuencia, ORDÉNASE a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales–DIAN–, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, ubique y le permita posesionarse al señor José González Álvarez, en una de las vacantes de entidad del empleo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, con diferente ubicación al del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, a los correos electrónicos certificados por las partes para notificación personal.

CUARTO: Si el fallo no fuere impugnado, ENVIAR el expediente electrónico de la referencia a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: RECONOCER personería jurídica al Dr. Nadin Alexander Ramírez Quiroga, Identificado con C.C. No. 79.451.833 y T.P. No. 95.661 del C.S. de la J., como apoderado de la DIAN, conforme al poder obrante en el expediente digital (Anexo 18).”

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

El señor José González Álvarez, instauró acción de tutela en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin que se le protejan los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, mínimo vital, debido proceso administrativo, al mérito, acceso a cargos públicos y por conexidad derecho a la vida digna, por lo cual solicita:

- PRETENSIONES

“PRIMERO. Ordenar la OFICINA DE CONTROL, CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA - OCCRE que expida a mi nombre Tarjeta de Residencia Temporal dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia de tutela, en los términos de la excepción establecida en la Sentencia C 530 de 1993, para poder posesionarme en el Cargo Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, del nivel profesional de los Procesos Misionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020”, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional San Andrés.

SEGUNDO: De ser improcedente la primera petición, ORDENAR a la DIAN que sea nombrado dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de la Sentencia de Tutela en una ciudad diferente a San Andrés, en este caso la Ciudad de Cartagena Bolívar, teniendo en cuenta el estado de salud de mi padre que le impide valerse por sí mismo tanto física como económicamente.

TERCERO: De no haber viabilidad con la anterior solicitud, ORDENAR a la DIAN, mi INMEDIATO nombramiento y posesión en otra vacante disponible fuera de San Andrés y dentro del territorio nacional, bien sea el mismo cargo o en otro del mismo nivel y salario.”

- HECHOS

Se señalan como hechos los siguientes:

1. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN -, mediante Acuerdo No. 0285 de 2020, suscrito con la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC - el 10 de septiembre de 2020, convocó a concurso de mérito y fijó las reglas para proveer 1.500 cargos en vacancia definitiva, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la planta personal de la DIAN, denominado “proceso de

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01

Demandante: José González Álvarez

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE

Medio de control: Tutela

SIGCMA

selección DIAN 1461 de 2020”, del cual el accionante hizo parte, superando las etapas del concurso.

2. Mediante Resolución No. 062 del 11 de enero de 2022, la CNSC conformó la lista de elegibles del Proceso de Selección DIAN No.1461 de 2020, en el que el accionante ocupó la posición No. 44.
3. El día 3 de mayo de 2022, la DIAN citó a audiencia pública para la escogencia de vacantes de un mismo empleo ofertado, localizadas en diferentes ubicaciones geográficas, la cual se realizó de manera virtual.
4. A través de audiencia pública del día 4 de mayo de 2022, por haber ocupado uno de los últimos lugares en la lista de elegibles de la Resolución No. 62 del 11 de enero de 2022 de la CNSC, el accionante tuvo que seleccionar todas las plazas disponibles, dejando como una de sus últimas opciones la plaza de San Andrés, isla.
5. Mediante Oficio No. 100151187-254 del 9 de mayo de 2022, la DIAN notificó al accionante del inicio del periodo de inducción de forma virtual, por 15 días, el cual fue aprobado.
6. El día 12 de mayo de 2022, mediante oficio 100151185- 002558, la DIAN informó al accionante el resultado de su escogencia de plaza, siendo la de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por lo que mediante Oficio 100151185-002577 del 16 de mayo de 2022, la DIAN solicitó la acreditación de residencia en el Departamento San Andrés, Providencia y Santa Catalina y dominio del idioma inglés.
7. Mediante correo electrónico de mayo 18 de 2022, el Sr. González Álvarez manifestó a la entidad que no cumplía con los requisitos de residencia en el Archipiélago de San Andrés, ni el dominio del inglés, por lo que solicitó ser ubicado en otra plaza.
8. En respuesta a su solicitud, a través de correo electrónico de fecha 06 de Junio de 2022 y Oficio 100151185- 002727 de la misma fecha, la DIAN le indicó que *“no es viable el nombramiento en periodo de prueba en otra plaza, lo anterior, en virtud de lo contemplado por la normatividad expuesta y como consecuencia de la plaza asignada atendiendo los lineamientos del Acuerdo*

SIGCMA

285 de 2020 y 166 de 2020”, además que “en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Ley 071 de 2020, será expedido acto administrativo motivado, en donde la Entidad se abstendrá de efectuar el nombramiento en período de prueba por el no cumplimiento de los requisitos de la acreditación de residencia en el Departamento San Andrés, Providencia y Santa Catalina y dominio del idioma inglés”.

9. Ante la abstención del nombramiento, mediante recurso de reposición solicitó que fuese nombrado en otra plaza diferente al Archipiélago de San Andrés y Providencia, al no cumplir con los requisitos de acreditación de la residencia en el Archipiélago de San Andrés y el dominio del idioma inglés.

10. El acto administrativo recurrido fue revocado, y en su lugar, el señor González Álvarez fue nombrado mediante Resolución No. 009303 de 05 de octubre de 2022, para el Cargo Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa, ubicándolo en la división de Recaudo y Cobranza de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés. El término para aceptar el nombramiento era de diez (10) días hábiles, y a partir de lo anterior, disponía de otros diez (10) días hábiles para tomar posesión del cargo.

11. El accionante afirma que aceptó el nombramiento, ante el riesgo de perder el cargo, solicitando además prórroga para la posesión por un período de 90 días hábiles, amparado en el Decreto 1083 del 2015 en su artículo 2.2.5.1.7, toda vez que reside en la ciudad de Cartagena Bolívar y no cuenta con la acreditación de la residencia en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina según las disposiciones de la Oficina de Control de Circulación y Residencia de la Isla - OCCRE -.

12. Del mismo modo, puso en conocimiento las situaciones de carácter familiar y personal que estaba enfrentando por problemas de salud de su padre que necesita de atención permanente por problemas cardíacos y otras complicaciones de salud que no le permiten valerse por sí mismo.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01

Demandante: José González Álvarez

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE

Medio de control: Tutela

SIGCMA

13. En respuesta a su solicitud, a través de Oficio No. 127000201-436, la Directora Seccional de Impuestos de San Andrés, le concedió la prórroga de 90 días hábiles amparada en el artículo 3 numeral 6 de la Resolución No. 0084 de 27 de agosto de 2021; decisión que fue corregida el día 25 de octubre de 2022, mediante oficio No. 127000201-440, y el término iniciaba a partir del 25 de octubre hasta el día 03 de marzo de 2023.
14. Los días 18 y 19 de octubre de 2022, el accionante radicó PQRDS No. 31350 y PQRDS No. 31432, mediante los cuales solicitó a la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE - de San Andrés, la expedición de la tarjeta de residencia, con fundamento en el mérito obtenido a través del concurso citado con anterioridad. En respuesta, la OCCRE negó la petición bajo el argumento de no cumplir con los requisitos en la ley y la Sentencia C-530 de 1993.
15. Señala que la decisión negativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE) del Departamento de San Andrés y Providencia trae como consecuencia que no pueda tomar posesión en el cargo para el que fue nombrado.
16. El accionante da cuenta de la situación personal y de salud de su señor padre, advirtiendo que, *“por la edad de mi papá, las patologías que presenta y su delicado estado de salud, este no se encuentra en condiciones de trabajar, igualmente tampoco cuenta con prestaciones económicas para su sustento y tratamientos médicos, pues depende únicamente de mi auxilio”*.
17. Recuerda que la DIAN y CNSC cuando elaboraron el Acuerdo de Convocatoria No. 0285 de septiembre de 2020, en el parágrafo 4º del artículo 7º establece que *“para ejercer empleo en la planta global de la Dian ubicados en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, se requiere, además los requisitos señaladas para cada uno acreditar la residencia en el Departamento de San Andrés según las disposiciones de la Oficina de Control, Circulación y Residencia de la Isla....”*, por lo cual, la acreditación de estos requisitos es indispensables para la posesión en el respectivo empleo.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01

Demandante: José González Álvarez

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE

Medio de control: Tutela

SIGCMA

18. Informa que ante la negativa de la OCCRE, el día 24 de enero de 2023, solicitó a la DIAN ser posesionado en otra ciudad, recibiendo como respuesta que, *“no es viable modificar la plaza que usted seleccionó en el proceso de selección por parte de la UAE – DIAN”*.
19. Por último, asevera que ante la negativa tanto de la OCCRE de concederme la Residencia Temporal para poder posesionarse en la Dirección de Impuestos, unido al rechazo de la DIAN de posesionarse en una ciudad distinta de San Andrés, no podrá posesionarse en el empleo de carrera administrativa, denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, del nivel profesional de los Procesos Misionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, violando sus derechos la igualdad, al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso administrativo y al mérito, en conexidad el derecho a la vida digna suyo y de su padre.

- CONTESTACIÓN

Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE- del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

La OCCRE dio respuesta a la acción de tutela recordando que dicha entidad es la encargada de garantizar el estándar poblacional sostenible acorde con la extensión territorial y la limitación de los recursos naturales del departamento archipiélago, contribuyendo a una óptima calidad de vida para los habitantes y un excelente servicio a los visitantes nacionales y extranjeros, mediante la aplicación de las normas de control poblacional regidas en el Archipiélago y amparadas por la Constitución Política de Colombia.

Explica que las normas de control poblacional no pueden entenderse y aplicarse con criterios laxos y por lo mismo no admiten interpretaciones abiertas respecto a la aplicación de los principios de defensa necesarios para el cumplimiento de la misión constitucional y social de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, por tanto, las personas que ganan un cargo

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01

Demandante: José González Álvarez

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE

Medio de control: Tutela

SIGCMA

por convocatoria o concurso de méritos no encajan en ninguna de las circunstancias ni les da el derecho para ser objeto de la permanencia en el departamento, mucho menos tomar posesión del cargo adquirido.

Recuerda que para tomar posesión de un cargo adquirido por concurso de méritos, se debe de tener la permanencia resuelta y definitiva en el departamento y para esto debe adquirir este derecho cumpliendo con alguno de los incisos que consagran los artículos 2°, 3° y 5° del Decreto 2762 de 1991; sin que pueda interpretarse que cualquier actividad ejecutada o a ejecutarse en el territorio del departamento archipiélago, por un servidor de cualquiera de las entidades nacionales, cumpla con los presupuestos establecidos para considerar su ingreso al departamento con fines de registro. A este respecto, precisó que la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-530 de 1993, estableció que sólo a los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía les sería aplicable acceder de forma positiva respecto a sus solicitudes de residencia para ejecutar actividades laborales en el Departamento, por ende sólo bastaría su registro y no su control.

De igual manera, manifiesta que en el caso del accionante, se habla de un nombramiento para ejercer el cargo de Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con Código OPEC No. 127739, ubicado en la plaza de la DIAN seccional San Andrés, lo cual le daría al administrado la calidad de servidor público, sin embargo, no cumple lo señalado en la sentencia C-530 de 1993, por cuanto no cumple con la calidad de autoridad, razón por la cual no es aceptable que el ente de control poblacional avale el ingreso del administrado al departamento bajo la modalidad a través de la cual pretende vincularse laboralmente, ya que no existe en el Decreto Ley 2762 de 1991, ningún trámite que le encaje, según lo argumentado.

Agrega que, siendo que el accionante no cumple con los requisitos para establecerse en el departamento, debería en su lugar solicitar que se ordene a la DIAN, para garantía de su derecho al trabajo, le permita aplicar a una vacante en otro lugar del país, ya que al no cumplir con los requisitos que se exigen para laborar en el departamento no hay ninguna posibilidad de vulnerar derecho fundamental alguno a cargo de la OCCRE.

Finaliza solicitando que se estudie la acción constitucional de tutela teniendo como fuente lo establecido principalmente en el artículo 310 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2762 de 1991, a fin de que no se vulneren los derechos que por propiedad le corresponden a la comunidad raizal y residentes legales del departamento, en razón de lo cual concluye que debe ser negada la primera pretensión invocada.

- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

A través de apoderado judicial, la DIAN dio contestación a la tutela señalando como ciertos algunos hechos, a saber: que el señor José González Álvarez participó en el Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020, en el cual fue ofertado el empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 02; y que en el trámite del denominado concurso de méritos, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC expidió la Resolución 62 del 11 de enero de 2022 por la cual conformó y adoptó la lista de elegibles, la cual cobró firmeza con relación al accionante.

Explica que adelantadas todas las actuaciones previas al nombramiento en periodo de prueba establecidas en los artículos 4º, 31 y 32 del Acuerdo de Convocatoria No. 0285 de 2020 de la CNSC, fueron revisados los requisitos para acceder al empleo GESTOR II Código 302 Grado 02, con código de ficha "CT-CR-3007", vacante ubicada en San Andrés, la cual exige en virtud de lo establecido en el párrafo 2 del artículo 3 de la Resolución 061 de 2020, que el aspirante acredite la residencia en el Departamento de San Andrés según las disposiciones de la Oficina de Control de Circulación y Residencia de la Isla, así como el dominio del idioma inglés.

Adicionalmente, recuerda el procedimiento para la escogencia de vacante según el artículo 32 del Acuerdo 285 de 2020, explicando que el mismo debe ser realizado de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. 166 de 2020 de la CNSC (art.2). Agrega que, en el referido Acuerdo No. 0285 del 10 de septiembre de 2020 se definen los lineamientos, directrices y reglas del proceso (arts.5 y 7), los cuales acepta el aspirante que participa en el proceso de selección en el momento de su inscripción. De igual forma, indica que en

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

el artículo 2º del citado acuerdo se resalta la importancia del cumplimiento de los requisitos exigidos para el empleo según la normatividad aplicable y en particular los del Manual Específico de Requisitos y Funciones, así como la obligación de la entidad para verificarlos y certificarlos.

Precisa que por lo anterior, resulta evidente que todos los participantes en el Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020, y en particular el accionante, conocían la reglamentación aplicable y los requisitos exigidos para el proceso de selección que nos ocupa, con lo cual la acreditación de la residencia y el dominio del idioma inglés son de su esfera de cumplimiento, sin corresponder dicha carga a la UAE – DIAN.

Agrega que el requisito de la acreditación de la residencia en el Departamento de San Andrés Islas, es de competencia exclusiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE – de San Andrés Islas y no de la UAE – DIAN, además que, la entidad ante la solicitud del señor González Álvarez de ser nombrado en otra ciudad distinta a la ciudad de San Andrés, le expresó los motivos para su negativa mediante correo electrónico de fecha 24 de enero de 2023. Afirma que lo anterior denota que la acción incoada está dirigida contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE- de San Andrés Islas, y si bien la UAE-DIAN trabajó armónicamente con la CNSC en el proceso de selección de ascenso para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la UAE-DIAN, de conformidad con la ley y el acuerdo en mención, lo solicitado escapa de la competencia de la entidad.

Concluye solicitando que frente a la UAE-DIAN se deniegue el amparo por falta de legitimidad por pasiva, y la inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno, en consecuencia, se declare improcedente la acción de tutela.

- SENTENCIA IMPUGNADA

El A quo tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, a la confianza legítima y al acceso a un cargo público invocados por el accionante. En consecuencia, ordenó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN,

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

ubicar y posesionar al señor José González Álvarez en una de las vacantes de la entidad en el cargo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, con diferente ubicación al del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En relación con la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE se declaró improcedente la tutela, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial y la no demostración de un perjuicio irremediable para la procedencia excepcional de la acción de tutela.

Al efectuar el análisis correspondiente, el juez de primera instancia consideró que, tal como lo acepta y puso de presente el accionante a la DIAN y al juzgado, no cumple con los requisitos de residencia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ni el dominio del inglés comúnmente hablado por las comunidades nativas en los términos de los artículos 42 y 45 de la Ley 47 de 1993. De igual manera, señaló que la DIAN en calidad de empleador, previamente a la emisión de la Resolución No.009303 de 5 de octubre de 2022, no le hizo requerimiento alguno al accionante para constatar el cumplimiento de los requisitos especiales para laborar en el territorio insular por lo que no debió ser nombrado en provisionalidad ni mucho menos podría posesionarse del empleo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, en la DIAN sede San Andrés Isla, y al haberlo hecho, se vulneraron las disposiciones legales y constitucionales que con fines de control migratorio y de protección de la cultura de la comunidad raizal se han expedido, así como las que regulan el Proceso de Selección DIAN No. 1461 del 2020.

En consideración del juez de primera instancia, no resultaba viable conceder residencia transitoria y para efectos sólo del registro a que alude la Corte Constitucional en la sentencia C-530 de 1993, dado que: 1) el cargo a ocupar no cumple las características que en esa providencia se consagraron para hacer parte de las excepciones a la regla general de la limitación a la libre circulación y residencia y 2) no se aporta medio de prueba que permita entender lo contrario, incumpléndose la carga probatoria que frente a ese aspecto radicaba en cabeza del actor.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

Precisa que previamente al nombramiento, la DIAN como empleador estaba en el deber legal de verificar el cumplimiento de requisitos del servidor en virtud de lo establecido en el parágrafo del artículo 2º de la Resolución 62 del 11 de enero de 2022; de manera que al no haber efectuado tal verificación, cuando lo designó para la sede de San Andrés Isla, resultó - en su consideración - sorpresiva la decisión al Sr. González Álvarez, con lo cual fueron vulnerados sus derechos al debido proceso y confianza legítima, por lo que resulta procedente el amparo constitucional solicitado para evitar un perjuicio irremediable.

El A quo también destacó que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la convocatoria es una norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligadas tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la entidad que convoca al concurso y todos los participantes. A ese respecto, recordó que la Corte Constitucional ha expresado - en síntesis - que una vez precisadas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, lo anterior, para evitar arbitrariedades que puedan afectar la igualdad o que vaya en contravía de los procedimientos que fueron fijados para cumplir a cabalidad con el concurso. En este entendido, sostiene que el concurso se desarrolla con sujeción a un trámite reglado, en donde se impone no sólo límites a las entidades encargadas de administrarlos sino también ciertas cargas a los participantes.

Por ello, afirma que al producirse el nombramiento desconociendo la normativa constitucional y legal y de las propias reglas fijadas para el Proceso de Selección DIAN No. 1461 del 2020, el acto fue expedido contrariando abiertamente las garantías fundamentales, en especial, el debido proceso al que deben ceñirse dichas actuaciones. Así pues, consideró que la acción de tutela es el medio idóneo para evitar un perjuicio irremediable al accionante, en la medida que de continuar la irregular situación conllevaría a la pérdida del mérito pues no cumplía al momento de postularse al proceso de selección ni cumple a la fecha del nombramiento los requisitos especiales obligatorios, residencia e idioma, para ocupar el empleo público en el Departamento Archipiélago.

De otra parte, en lo atinente a lo pretendido respecto a la Oficina de la OCCRE, a través de Oficio 1050 (respuesta a la solicitud de trámite de permanencia temporal 18 de octubre del 2022 y 19 de octubre del 2022 Rad 31350), la Directora Administrativa negó al accionante el otorgamiento de la tarjeta de residencia con fines de registro. Por lo anterior, se desprende del escrito introductor que lo

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

pretendido por el accionante frente a la OCCRE por vía de tutela es atacar el acto administrativo que negó la residencia para ocupar el cargo en la DIAN San Andrés Isla. El A quo consideró que se debía declarar la improcedencia de la acción de tutela respecto a la Oficina de la OCCRE por existir otro mecanismo de defensa idóneo, como lo es el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual puede ir acompañada de medidas cautelares contempladas en la Ley 1437 del 2011 para mayor eficacia.

- IMPUGNACIÓN

El apoderado judicial de la DIAN, dentro de la oportunidad legal establecida, impugnó la decisión de primera instancia, manifestando su inconformidad, según los argumentos que a continuación se sintetizan:

Señala que cotejado lo expresado en el fallo de tutela de primera instancia, lo anotado en el escrito en la contestación y los apartes citados del pronunciamiento de la Corte Constitucional, encuentra que el juez en el fallo incurrió en defecto sustantivo o material y en defecto fáctico al presentar de una manera contradictoria los argumentos de la tesis de la sentencia con las conclusiones de la misma.

Indica que es contradictorio cuando el mismo accionante José González Álvarez, es quien escoge en la audiencia pública la plaza de la vacante, y por ende, establece unos efectos no previstos en la ley especial que reguló el concurso de méritos adelantado por la CNSC a cargo de la entidad. En su consideración, con el fallo se modifica en su contenido la ley especial que reglamentó el referido concurso de méritos.

El apelante manifiesta que si bien el A quo definió adecuadamente el problema jurídico, no obstante, lo resolvió de manera errada, al desconocer el proceso de selección del concurso y la elección del señor González Álvarez en la audiencia de escogencia de plaza para el cargo, pues, estableció una orden que contraría la Constitución Política de Colombia (artículo 125) y la ley especial que reguló el concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC (Decreto-Ley 71 de 2020).

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

Advierte que al posesionar al señor José González Álvarez en una de las vacantes de la entidad en el empleo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, con diferente ubicación al del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, acorde a lo expuesto en la parte motiva de dicha providencia se incurre en un defecto sustantivo y defecto fáctico al reconocer las condiciones establecidas en el concurso de méritos adelantado por la CNSC, e igualmente al reconocer que la acreditación o cumplimiento de estos requisitos son responsabilidad y obligación del accionante, y que los mismos son indispensables para la posesión en el empleo al que aplicó el accionante, y sin embargo desconoce estos hechos y crea una obligación no prevista ni en la Constitución ni en la ley especial.

El apelante explica que el Juez reconoce la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la existencia de otro mecanismo de defensa en lo que se refiere a la OCCRE, pero, a su vez, genera una obligación no prevista ni en la Constitución ni en la ley especial a cargo de la UAE-DIAN, al ordenar que en el término de 48 horas se ubique al accionante y se le permita posesionarse en una de las vacantes disponibles en una sede distinta a San Andrés y Providencia. A partir de ese análisis, se pregunta ¿dónde quedan entonces las condiciones del concurso de méritos que el juez de tutela de 1ª instancia incluso ya ha reconocido?

La entidad accionada afirma que si lo que pretende si el accionante es cuestionar el acto administrativo que le negó la tarjeta de residencia, porque considera que la misma desconoce sus derechos fundamentales, en su criterio, tal petición resulta improcedente por cuanto el accionante cuenta con otros recursos o medios de defensa judicial, toda vez que puede acudir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y solicitar la adopción de medidas cautelares, entre ellas, la suspensión provisional de los efectos del acto atacado, las cuales pueden ser adoptadas desde la misma presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso.

Con fundamento en lo anterior, solicita se revoque el fallo de tutela proferido por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, denegando el amparo solicitado por el señor José González Álvarez y, en su lugar, declarar la inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno, excluyendo cualquier obligación accesoria no prevista en la legislación especial que reguló el concurso de méritos No. 1461 de 2020

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y a cargo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – UAE - DIAN -.

- TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue presentada el día 24 de febrero de 2023¹, habiendo sido admitida el 24 de febrero de 2023.²

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE- del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dentro de la oportunidad procesal establecida rindieron el respectivo informe.³

El 10 de marzo de 2023 el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés profirió sentencia, tutelando los derechos fundamentales invocados por el accionante y respecto de la Oficina de Control y Circulación – OCCRE declaró improcedente la tutela.⁴

Mediante correo electrónico, el apoderado judicial de la DIAN impugnó la decisión proferida en el fallo de primera instancia.⁵

Por medio de auto del 21 de marzo de 2023, el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina concedió la impugnación interpuesta.⁶

III. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

¹ Índice 08 expediente electrónico.

² Índice 10 expediente electrónico.

³ Índice 13 y 14 expediente electrónico.

⁴ Índice 19 expediente electrónico.

⁵ Índice 22 expediente electrónico.

⁶ Índice 24 expediente electrónico.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

El Decreto 333 de 2021 ⁷, fijó una nueva regla frente al reparto de las acciones de tutela, en el siguiente sentido:

“Artículo 1°. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015. Modifíquese el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedará así:

“Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.

2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.

A su vez, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la C.P., determina:

“ART. 32. —Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.”

El caso en estudio se refiere a una acción de tutela interpuesta contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, cuya competencia en primera instancia correspondió al Juez Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Con estas consideraciones, se evidencia la competencia de este Tribunal para avocar el conocimiento en segunda instancia de la presente acción de tutela, por ser superior funcional del Juzgado Contencioso Administrativo que profirió el fallo respectivo.

- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

⁷Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 Y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela

Legitimación por activa

El inciso 1º del Artículo 86 de la Constitución Política consagra:

“ARTICULO 86. 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 a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

En el asunto en estudio, encuentra la Sala que la acción de tutela fue interpuesta por José González Álvarez, quien manifestó que actuaba en nombre propio con el fin que se protejan los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, mínimo vital, debido proceso administrativo, al mérito, acceso a cargos públicos y por conexidad derecho a la vida digna con lo cual es suficiente para tener por acreditada la legitimación por activa.

Legitimación por pasiva

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, *“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”.* El accionante manifiesta que los derechos fundamentales invocados se encuentran amenazados por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE del Departamento Archipiélago de San Andrés, por lo que las mencionadas entidades se encuentran legitimadas por pasiva dentro del presente trámite.

- PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala en esta oportunidad establecer si la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, mínimo vital, debido proceso administrativo, al mérito, acceso a cargos públicos y por conexidad derecho a la vida digna, ante la negativa en el trámite para la obtención del permiso de residencia – OCCRE, con el fin de ocupar cargo de carrera y ante la negativa de ubicación en otra plaza por fuera de la isla de San Andrés por parte de la DIAN.

Antes de resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará los aspectos generales para la procedencia de la acción de tutela.

- TESIS

Este Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que se encontraron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo, mérito y acceso a cargos públicos del señor José González Álvarez, vulneración que en consideración de esta Sala solo resulta atribuible a la DIAN.

ACCIÓN DE TUTELA: ASPECTOS GENERALES

La acción de tutela es un mecanismo de protección la cual está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, disposiciones que establecen que cualquier persona es titular de este medio de defensa judicial constitucional cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

A su vez, 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, señala que *“la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”*. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión

inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

Procedencia de la acción de tutela.

Como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Honorable Corte Constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículos 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”*

El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario⁸.

En este sentido, la Corte ha expuesto que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha establecido:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”⁹

La excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela en el trámite de un proceso administrativo opera, en todo caso, ante actuaciones que no se soporten en fundamentos normativos y que constituyan vías de hecho lesivas de derechos fundamentales. De otra forma, las discusiones que se sucedan girarán en torno a la legalidad o ilegalidad de la actuación de la administración, las cuales constituyen un debate que debe presentarse ante la misma administración mediante los respectivos recursos, o ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable¹⁰. En relación a este

⁸ Cfr. Sentencia T-1222 de 2001

⁹ Sentencia T-514 de 2003, reiterado en sentencias T-451 de 2010 y T- 956 de 2011

¹⁰ Ver por ejemplo las sentencias T-743 de 2002, T-596 de 2001, T-215 de 2000. Estos fallos resuelven casos en los cuales el actor incoaba una acción de tutela en contra de una sanción disciplinaria, por violar, entre otros, su derecho al debido proceso; en cada uno de estos procesos existía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para la protección del derecho al debido proceso. Por esto, el criterio utilizado por la Corte para decidir la procedencia de la tutela fue si existía o

SIGCMA

tema, la Corte Constitucional ha explicado que tal concepto “*está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho.*”¹¹. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención¹²:

*“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”*¹³

En jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha expuesto el alcance del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan

no un perjuicio irremediable, con el fin de tramitar el expediente de tutela como un mecanismo transitorio mientras que eran decididos los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa. En el mismo sentido, ver también las sentencias T-131 A de 1996, T-343 de 2001. De otra parte, la Corte ha establecido que en los casos en los que “*existe violación o amenaza de un derecho fundamental por parte de una autoridad ejecutiva, y no cuenta el afectado con acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, o dentro del trámite de ella no es posible la controversia sobre la violación del derecho constitucional, la tutela procede como mecanismo definitivo de protección del derecho constitucional conculcado*”, caso que no es aplicable al presente proceso. Sentencia T-142 de 1995.

¹¹ Sentencia SU-617 de 2013.

¹² Cfr. Sentencia SU-712 de 2013.

¹³ Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”¹⁴

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan. En tal sentido se analizarán las pruebas allegadas al plenario para establecer lo pertinente.

- CASO CONCRETO

Antes de proceder a resolver el caso concreto, ha de recordarse que el accionante en el sub judice acude al juez de tutela alegando que se le han vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, mínimo vital, debido proceso, acceso a los cargos públicos y conexidad con el derecho a la vida en razón a haber participado en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo No. CNSC-20201000002856 del 10 de septiembre de 2020, en el que se establecieron las reglas del proceso de selección de ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020.

Sostiene que superó las etapas establecidas en el acuerdo quedando incluido en el registro de elegibles para el cargo de Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, del nivel profesional de los Procesos Misionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Explica que fue citado a audiencia pública para escogencia de vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica, en tal sentido, seleccionó todas las plazas ofertadas, entre otras, la de San Andrés islas, la cual le fue asignada y luego de la expedición del acto administrativo por medio del cual se hace el nombramiento correspondiente, se le exigió acreditar la calidad de residente y el dominio del idioma

¹⁴ Sentencia T-1316 de 2001. Estos criterios fueron fijados desde la Sentencia T-225 de 1993 y han sido reiterados en las Sentencias C-531 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T- 015 de 19 95, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-743 de 2002, T-514 de 2003, T-719 de 2003, T-132 de 2006, T-634 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010 y de forma más reciente en la sentencia SU-712 de 2013.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

inglés según certificación expedida por la Secretaría de Educación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Precisa que no cumple con el requisito exigido por el concurso para aplicar a la vacante de San Andrés, islas, no obstante, seleccionó dicha plaza, por cuanto, fue uno de los últimos en la lista de elegibles, limitándose de esta manera las opciones de escogencia. Agrega que puso en conocimiento de la Subdirección de Gestión de Empleo Público de la DIAN que no cumplía con los requisitos del idioma inglés y la residencia, solicitando la plaza de Cartagena u otra ciudad donde hubiere vacante el cargo a ocupar por el grave estado de salud de su padre, obteniendo respuesta negativa por parte de la DIAN. Concomitantemente con lo anterior, afirma que solicitó a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, permiso de residencia para laborar en la isla, habiendo obtenido respuesta negativa a lo solicitado. A juicio del accionante, se le están vulnerado los derechos fundamentales invocados al no tener la posibilidad de acceder al cargo público que ganó por concurso de méritos, debido a la negativa de las entidades accionadas.

Por su parte, la DIAN manifestó que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva en lo que tiene que ver con la negativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE de expedir el permiso de residencia al accionado, por cuanto no es de su competencia dicho trámite. De otra parte, explicó que la actuación de la entidad dentro del proceso de selección se ciñó a lo establecido en la Constitución Política y normas especiales que la regulan – Decreto Ley 71 de 2020, respetando el debido proceso y el principio de legalidad, por lo que considera que no ha vulnerado ningún derecho fundamental invocado.

La Oficina de Control de Circulación y Residencia–OCCRE– del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, manifestó que al señor José González Álvarez, no le asiste derecho a adquirir la residencia dentro del Departamento Insular, con fines de registro, por cuanto el cargo mediante el cual ganó por concurso de méritos y por el cual solicita la residencia para laborar, no se encuentra contemplado dentro de las excepciones contempladas en la sentencia C-530 de 1993, en tal sentido solicita sean denegadas las pretensiones

El juez de primera instancia, para resolver la cuestión constitucional planteada, señaló que el accionante no cumple con los requisitos de residencia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ni el dominio del inglés

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

comúnmente hablado por las comunidades nativas en los términos de los artículos 42 y 45 de la Ley 47 de 1993, por lo que no debió ser nombrado en el cargo, ni mucho menos podía posesionarse en el empleo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739 en la DIAN sede San Andrés.

Indicó que la DIAN como empleador estaba en el deber legal de verificar el cumplimiento de requisitos del servidor (parágrafo del artículo 2º de la Resolución 62 del 11 de enero de 2022), y al no haberlo hecho cuando lo designó para la sede de San Andrés Isla, resultó sorpresiva la decisión al concursante hoy actor, con lo cual fueron vulnerados sus derechos al debido proceso y confianza legítima. En razón de ello, consideró procedente el amparo constitucional solicitado para evitar un perjuicio irremediable.

De otra parte, frente a lo alegado contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, señaló que siendo que el accionante pretende atacar por vía de tutela el acto administrativo que negó la solicitud de residencia, esta se torna improcedente, teniendo en cuenta que existe otro mecanismo de defensa idóneo, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual puede ir acompañada de medidas cautelares contempladas en la Ley 1437 del 2011 para mayor eficacia.

Inconforme con lo resuelto, la DIAN impugnó el fallo manifestando que el juez de primera instancia resolvió de manera errada la tutela, al desconocer el proceso de selección del concurso y la elección del señor González Álvarez en la audiencia de escogencia de plaza para el cargo, pues, estableció una orden que contraría la Constitución Política de Colombia (artículo 125) y la ley especial que reguló el concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC (Decreto-Ley 71 de 2020).

Advierte que al posesionar al señor José González Álvarez, en una de las vacantes de la entidad en el empleo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, con diferente ubicación al del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, acorde a lo expuesto en la parte motiva de dicha providencia se incurre en un defecto sustantivo y defecto fáctico al reconocer las condiciones establecidas en el concurso de méritos adelantado por la CNSC, e igualmente al reconocer que la acreditación o cumplimiento de estos requisitos son responsabilidad y obligación del accionante, y

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

que los mismos son indispensables para la posesión en el empleo al que aplicó el accionante, y afirma que sin embargo el A quo desconoce estos hechos y crea una obligación no prevista ni en la Constitución ni en la ley especial, ordenando la ubicación del accionante en otra plaza.

Por último, manifiesta que el juez incurrió en defecto sustantivo y fáctico al declarar improcedente la tutela frente a la petición de residencia elevada a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, por existir otro medio de defensa ordinaria, pero, a su vez genera una obligación no prevista ni en la Constitución ni en la Ley Especial a cargo de la UAE-DIAN, al ordenar que en el término de 48 horas se ubique y le permita posesionarse en una de las vacantes en una sede distinta a San Andrés y Providencia.

Precisado el tema de debate constitucional, procede esta Sala a resolver lo pertinente, de la siguiente manera:

De la improcedencia de la tutela frente a lo pretendido contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE

Para resolver el tema del defecto sustantivo y fáctico en que presuntamente incurrió el A quo, al declarar improcedente la tutela respecto de la OCCRE, la Sala considera necesario estudiar este tema a la luz de la jurisprudencia constitucional. En sentencia SU-453 de 2019, la Corte Constitucional señaló:

“ 4.1. **Defecto sustantivo o material**¹⁵ se presenta cuando *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*¹⁶. De esta manera, la Corte en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos supuestos que pueden configurar este defecto, los cuales fueron recogidos sintéticamente en la sentencia SU-649 de 2017¹⁷, la cual se transcribe en lo pertinente:

“Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente¹⁸, (b) ha sido derogada y por tanto perdió

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-022 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-792 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-649 de 2017 (MP Alberto Rojas Ríos). Sobre el punto también se puede consultar las sentencias SU-817 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), SU-195 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), SU-631 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). SU-632 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

¹⁸ “Corte Constitucional, Sentencia T-189 de 2005”.

vigencia¹⁹, (c) es inexistente²⁰, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución²¹, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador²²; (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, *prima facie*, dentro del margen de interpretación razonable²³ o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”²⁴ o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos *erga omnes*²⁵, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva²⁶ o contraria a la Constitución²⁷; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”²⁸; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso²⁹ o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto³⁰”

(...)

4.2. La Corte Constitucional ha sostenido que el **defecto fáctico**³¹ se presenta cuando “*resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)*”³², o cuando “*se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia*”³³. Así, ha indicado que “*el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia (...)*”³⁴.

¹⁹ “Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2004”.

²⁰ “Corte Constitucional, Sentencia T-800 de 2006”.

²¹ “Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001”.

²² “Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002”.

²³ “Corte Constitucional, Sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009”.

²⁴ “Corte Constitucional, Sentencias T-001 de 1999 y T-462 de 2003”.

²⁵ “Corte Constitucional, Sentencia T-814 de 1999, T-462 de 2003, T-1244 de 2004, T-462 de 2003 y T-1060 de 2009”.

²⁶ “Corte Constitucional, Sentencia T-018 de 2008”.

²⁷ “Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2007”.

²⁸ “Corte Constitucional, T-231 de 1994. Dijo la Corte: “La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación *ultra o extra vires* de su titular. // Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo)...”.

²⁹ “Corte Constitucional, Sentencia T-807 de 2004”.

³⁰ “Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2005, T-1216 de 2005, T-298 de 2008 y T-066 de 2009”.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-008 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

³² Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), reiterada en sentencias como la T-555 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-1100 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-781 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), citando la sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha concluido que en el defecto fáctico se presentan dos dimensiones³⁵:

“la primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa³⁶ u omite su valoración³⁷ y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente³⁸. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez³⁹. La segunda se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnera la Constitución”⁴⁰.

De tal manera, que el señalado vicio se puede manifestar así:

“(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas⁴¹. La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso “*de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido*”⁴².

(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial⁴³. Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, “*omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente*”⁴⁴.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-781 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en la sentencia SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

³⁶ “Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)”.

³⁷ “Cfr. sentencia T-329 de 1996. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

³⁸ “Corte Constitucional, sentencia T-576 de 1993 (MP Jorge Arango Mejía)”.

³⁹ “Ver por ejemplo la sentencia T-442 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell)”.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-538 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴¹ “Algunas decisiones en que la Corte Constitucional ha considerado que se configura un defecto fáctico son: T-996 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-778 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-996 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-171 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-908 y T-808 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1065 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-162 de 2007 (MP Jaime Araújo Rentería), T-458 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1082 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-417 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-808 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-653 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-350 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa), SU-424 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-261 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), SU-950 de 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), SU-240 de 2015 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez), SU-406 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-090 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre muchas otras”.

⁴² “Corte Constitucional, sentencia T-902 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra)”.

⁴³ “Un caso en el que esta Corporación consideró que existió vía de hecho por defecto fáctico, por haberse omitido la valoración de algunas pruebas, lo constituye la sentencia T-039 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre este mismo tópico, la sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, igualmente es ilustrativa.” Otros casos en los que la Corte Constitucional ha fallado por encontrarse un defecto fáctico por omitir la valoración de alguna prueba son: T-458 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-747 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-078 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-360 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-628 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-1100 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-803 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-261 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-734 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos), T-241 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otras”.

⁴⁴ “Ibidem”.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio⁴⁵. Esta situación tiene lugar, cuando el operador jurídico decide separarse por completo de los hechos debidamente probados, y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico puesto a su consideración, o cuando aprecia una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada⁴⁶.

Analizado lo anterior, observa esta Corporación que el señor José González Álvarez en el escrito de tutela como primera pretensión solicitó ordenar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE expidiera la tarjeta de residencia temporal para posesionarse en el cargo Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, del nivel profesional de los Procesos Misionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional San Andrés, dado que la entidad negó la solicitud de residencia efectuada por el accionante.

Así las cosas, lo que se pretende en instancia de tutela es cuestionar el acto administrativo que negó la tarjeta de residencia, por cuanto el peticionario considera que la Oficina de Control de Circulación y Residencia desconoce sus derechos fundamentales. A juicio de esta Corporación, esta solicitud de amparo resulta ser improcedente de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, como acertadamente lo consideró el juez de primera instancia, toda vez que, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial⁴⁷ ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que puede controvertir el acto administrativo de carácter definitivo de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 y solicitar la adopción de medidas cautelares, como la suspensión provisional del acto.⁴⁸

En este proceso discute el accionante la vulneración al derecho de igualdad, debido proceso administrativo, derecho al trabajo, acceso a cargos públicos, derecho al mérito y al mínimo vital, por lo que la Sala procederá a hacer el estudio pertinente, previa revisión de algunos elementos básicos relacionados con los derechos fundamentales que se alega que han sido vulnerados.

⁴⁵ “Al respecto, puede consultarse la sentencia T-235 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra”.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-916 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), reiterada, entre otras, en la sentencia SU--399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁴⁷ Ver el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-260/2018. M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo.

Del derecho al debido proceso administrativo en concurso de méritos.

La Constitución Política de Colombia estableció el concurso público como un mecanismo para garantizar que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, por lo que la selección se funda en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, en tal sentido, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional.

En cumplimiento del mandato constitucional, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos debe elaborar una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. La omisión de dichos deberes, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse sometida la administración, así como contra los derechos de los aspirantes que se vean afectadas con tal situación.⁴⁹

Del derecho de acceso a cargos públicos

La Corte Constitucional, señaló sobre el derecho de acceso a cargos públicos, lo siguiente:

“(…) La posibilidad de acceder a cargos públicos es un derecho fundamental de aplicación inmediata que tiene como fundamento el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político en igualdad de condiciones y con base en parámetros objetivos (art. 85 de la CP)⁵⁰.

...La jurisprudencia constitucional ha señalado que el ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos comprende cuatro dimensiones⁵¹: (i) el derecho a posesionarse, reconocido a las personas que han cumplido con los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley para acceder al cargo. Como se expuso, dentro de estos requisitos se encuentra el no estar incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad⁵²; (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para tomar posesión de un cargo, diferentes a las establecidas en el

⁴⁹ Al respecto se puede ver sentencia SU-913 de 2009 de la Corte Constitucional.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-537 de 1993, C-408 de 2001 y C-037 de 2017.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencias T-451 de 2001, SU-339 de 2011, T-257 de 2012.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 2017.

concurso de méritos; (iii) la facultad de elegir, de entre las opciones disponibles, aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos; y (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima a quien ocupa el cargo público.”⁵³

A continuación, la Sala estudiará de manera cronológica los hechos jurídicamente relevantes en el proceso que nos ocupa. De conformidad con el acervo probatorio aportado al expediente, se tienen por probados los siguientes hechos:

1. La CNSC expidió el Acuerdo No. CNSC-285 del 10 de septiembre de 2020, por el cual se convocó y se establecieron las reglas del proceso de selección de ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020.

Los requisitos generales de participación y causales de exclusión, consagrados en su artículo 7º parágrafo 4º se establecía:

*“PARÁGRAFO 4: De conformidad con el artículo 3, Parágrafo 2, de la Resolución 061 de 2020 de la DIAN, modificada por la Resolución 090 de 2020, en concordancia con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 47 de 1993, en los artículos 3, 5, 7 y 10 del Decreto 2762 de 1991, reglamentado mediante Decreto 2171 de 2001 y en concordancia con el artículo 310 de la Constitución Política, para ejercer empleos de la planta global de esta entidad “(...) **ubicados en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés se requiere, además de los requisitos señalados para cada uno, acreditar la residencia en el Departamento según las disposiciones de la Oficina de Control, Circulación y Residencia de la Isla, así como el dominio de los idiomas castellano e inglés”.** Por consiguiente, la acreditación de estos requisitos es indispensable para la posesión en los respectivos empleos”.* (Negrillas de la Sala).

2. El señor José González Álvarez participó en el mencionado concurso para el cargo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, Nivel Profesional.⁵⁴
3. Mediante Resolución No. 3121 del 20 de septiembre de 2021, se llamó a curso de formación para el empleo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, Nivel Profesional de los procesos

⁵³ Sala Plena. Sentencia C-393/2019. M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

⁵⁴ Índice 5 Anexo. Fls 1-5 expediente digital.

SIGCMA

misionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020 a José González Álvarez.⁵⁵

4. El 21 de septiembre de 2021, mediante correo electrónico, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC citó al señor José González Álvarez al curso de formación correspondiente a la Fase II del proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 del Acuerdo No. 0285 de 2020.⁵⁶
5. Mediante Resolución No. 62 del 11 de enero de 2022, el Comisionado Nacional del Servicio Civil conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer cincuenta y un (51) vacantes definitivas del empleo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, Nivel Profesional de los procesos misionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020, en el que el señor José González Álvarez ocupó la posición 44.

En la misma resolución se señaló en el artículo segundo y párrafo lo siguiente:

“(…)

ARTÍCULO SEGUNDO. Los aspirantes que sean nombrados con base en la Lista de Elegibles de que trata la presente Resolución, deberán cumplir los requisitos exigidos para el empleo en la Constitución, la ley, los reglamentos y el Manual Específico de Requisitos y Funciones con base en el cual se realizó este proceso de selección, los que serán acreditados al momento de tomar posesión del mismo.

PARÁGRAFO. De conformidad con el artículo 36 del Decreto Ley 71 de 2020, en concordancia con el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 648 de 2017, y los artículos 4º y 5º de la Ley 190 de 1995, **corresponde al nominador, antes de realizar los respectivos nombramientos y de proceder con las correspondientes posesiones, verificar y certificar que los elegibles cumplen los requisitos exigidos para el empleo a proveer, según la Constitución, la ley, los reglamentos y el Manual Específico de Requisitos y Funciones utilizado para la realización de este proceso de selección** y verificar los Antecedentes Fiscales, Disciplinarios y Judiciales de tales elegibles, dejando las constancias respectivas.(…)” (Negrillas y subraya de la Sala).⁵⁷

6. El día 03 de mayo de 2022, el Subdirector de Gestión del Empleo Público (A) de la DIAN, citó al señor José González Álvarez a la audiencia pública para

⁵⁵ Índice 5 Anexo. Fls. 4-9 expediente digital.

⁵⁶ Índice 5 Anexo. Fls. 10-11 expediente digital.

⁵⁷ Índice 5 Anexo. Fls. 13-17 expediente digital.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01

Demandante: José González Álvarez

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE

Medio de control: Tutela

SIGCMA

escogencia de vacante de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica – proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020 – OPEC No. 127739, señalando lo siguiente:

“En el marco del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 32 del Acuerdo No. 0285 de 2020 y de lo ordenado por el Juzgado Penal del Circuito Santa Rosa de Cabal mediante fallo de impugnación de acción de tutela con radicado 666823104001-2022-0062-00, la UAE – DIAN se permite citarlo(a) a la realización de la Audiencia Pública de referencia en el asunto, a fin de que seleccione y asigne la plaza en orden de su preferencia para la(s) vacante(s) ofertada(s) en el empleo por el cual concursó.”

Esta actividad, atendiendo lo dispuesto por el Acuerdo 0166 de 2020 adicionado por el Acuerdo 0236 de 2020, será realizada de manera virtual en el módulo “Audiencias” a través de la plataforma SIMO, a partir de las 00:00 horas del día 04 de mayo de 2022 y hasta las 23:59 horas del día 06 de mayo de 2022; vencido este plazo no tendrá otra oportunidad para elegir y se le asignará plaza de acuerdo con el procedimiento definido en la norma.”⁵⁸ (Subraya de la Sala)

7. El día 04 de mayo de 2022, se celebró audiencia virtual con el fin de seleccionar las plazas para un mismo cargo dentro del proceso de concurso de méritos convocado por la DIAN, en el que se dejó constancia del orden de escogencia de municipios que contaban con vacantes. El señor José González Álvarez, seleccionó las siguientes ciudades:⁵⁹

1. Cartagena
2. Barranquilla
3. Montería
4. Sincelejo
5. Santa Marta
6. Riohacha
7. Cali
8. Valledupar
9. Villavicencio
10. Pereira
11. Palmira
12. Neiva
13. Ibagué
14. Armenia
15. Cúcuta
16. Barrancabermeja
17. Pasto
18. Tunja
19. Yopal
20. Popayán
21. Tuluá
22. Sogamoso
23. San Andrés
24. Quibdó

⁵⁸ Índice 5 Anexo. Fls. 18-19 expediente digital.

⁵⁹ Índice 10 expediente digital.

SIGCMA

8. El 09 de mayo de 2022, el Director de la Dirección de Tecnología de la Información de las Comunicaciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil a solicitud del accionante, dejó constancia del resultado de la escogencia de plazas según el orden de preferencia de los elegibles que fueron citados para atender audiencia pública para la escogencia de vacante de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica de la OPEC 127739 del proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020, siendo asignado en San Andrés, islas.⁶⁰
9. Mediante Resolución No. 009303 del 05 de octubre de 2022, el director general de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, efectuó nombramiento en periodo de prueba al señor José González Álvarez en el empleo Gestor II Código 302 Grado 02 – ID 12266 – con Código de ficha “CT-CR- 3007”, el cual fue ubicado en la División de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, islas.⁶¹
10. A través de correo electrónico de fecha 18 de octubre de 2022, el señor José González Álvarez manifestó a la Subdirección de Gestión de Empleo Público de la DIAN, su aceptación del nombramiento en periodo de prueba, así como la solicitud de prórroga para posesionarse en el cargo, en razón de no tener la acreditación de los requisitos especiales como son la residencia y el dominio del inglés comúnmente hablado.
11. Por correo electrónico de fecha 18 y 19 de octubre de 2022, el señor José Álvarez solicitó a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, la expedición de la tarjeta de residencia temporal para ejercer funciones del cargo para el cual fue nombrado por la DIAN.⁶²
12. Mediante Oficio 127000201-440 del 20 de octubre de 2022, la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de San Andrés, dio respuesta a la solicitud de prórroga del accionante en el que accede a la misma, otorgándole 90 días hábiles para la posesión del cargo.⁶³

⁶⁰ Índice 5 Anexo. Fls. 21-22 expediente digital.

⁶¹ Índice 5 Anexo Fls. 23-28 expediente digital.

⁶² Índice 5 Anexo fls. 33-37 expediente digital.

⁶³ Índice 5 Anexo. Fls. 43 expediente digital.

SIGCMA

13. La Directora de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, negó la petición de residencia del señor José González Álvarez, por cuanto su situación particular no encuadra con los supuestos establecidos por las normas especiales del Departamento Archipiélago Decreto 2762 de 1991 y la sentencia de la Corte Constitucional C-530 de 1993.⁶⁴
14. El 24 de enero de 2023, el señor José González, mediante correo electrónico dirigido al Subdirector de Gestión de Empleo Público de la DIAN, solicitó se efectuara posesión en plaza diferente de San Andrés, islas, dentro del proceso de selección DIAN No. 1461 – Gestor II Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127739, teniendo en cuenta que fue negada la residencia temporal por parte de la Oficina de Control y Circulación – OCCRE. El accionante solicitó que se le asignara la ciudad de Cartagena, Bolívar, teniendo en cuenta que su padre padece una delicada situación de salud que le impide laborar y valerse por sí mismo.⁶⁵
15. El 24 de enero de 2023 mediante correo electrónico, la Jefe de Coordinación de Selección y Provisión de Empleo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, informa al señor José González Álvarez que no es viable modificar la plaza que seleccionó dentro del proceso, por las siguientes razones:

“a) No se encuentra dentro de sus competencias, b) de efectuar la acción solicitada se vería afectada la credibilidad y confianza que la comunidad tiene en este método de selección y contratación laboral con el Estado Colombiano y c) actuar en inobservancia de la norma acarrearía sanciones disciplinarias para los involucrados.”⁶⁶
16. El 8 de febrero de 2023, el representante legal de la Cooperativa de Trabajadores de la Educación y Familiares “COOTRAEFA”, certificó que el señor José González Álvarez se encontraba vinculado mediante contrato de prestación de servicios en el que se desempeñaba como contador público desde el 01 de abril de 2023 hasta el 30 de abril de 2023.⁶⁷
17. El 14 de febrero de 2023, mediante certificación suscrita por el representante legal de la Cooperativa Multiactiva de Educadores y Profesionales, se dejó constancia que el señor José González Álvarez, se encontraba vinculado a la

⁶⁴ Índice 5 Anexo. Fls. 33-37 expediente digital.

⁶⁵ Índice 5 Anexos Fls. 119-124 expediente digital.

⁶⁶ Índice 5. Anexo Fls. 125-128 expediente digital.

⁶⁷ Índice 5. Anexo fl. 135 expediente digital.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

cooperativa mediante contrato de prestación de servicios como revisor fiscal desde el 19 de marzo de 2022 hasta el 19 de marzo de 2023.⁶⁸

18. El señor José González Álvarez demostró que es hijo del señor Luis Alfonso González Montaña, quien es adulto mayor de 72 años de edad, que presenta un cuadro clínico consistente en *“hipertensión renal crónica estadio 6313, con antecedente de demencia vascular vs parkinsoniana, enfermedad coronaria no oclusiva de un vaso (...)”*⁶⁹

19. Mediante Resolución No. 002415 del 17 de marzo de 2023, el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, efectuó un cambio de ubicación de una vacante en cumplimiento de un fallo de tutela. La entidad resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º: En estricto acatamiento del fallo de tutela, ubicar del señor JOSÉ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.163.024 en el empleo GESTOR II Código 302 Grado 02 ID 12266 – con Código de ficha “CT-CR-3007” en la División de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Cartagena de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.⁷⁰

Las pruebas aportadas al expediente permiten concluir que el acuerdo de convocatoria al concurso público indicó de manera expresa y clara que los aspirantes que desearan vincularse a laborar en el territorio del Departamento Archipiélago debían acreditar el cumplimiento de lo previsto en la Ley 47 de 1993, junto con los demás requisitos legales, a efectos de obtener la posesión por el correspondiente nominador. Estos requisitos especiales son: (i) la residencia definida en los términos del Decreto 2762 de 1991 y (ii) el cumplimiento del conocimiento del idioma inglés comúnmente hablado en las islas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 47 de 1993.

La Sala estudiará a continuación lo relacionado con los mencionados requisitos especiales.

Del derecho a la residencia en las Islas conforme al Decreto 2762 de 1991

⁶⁸ Índice 5. Anexo fl. 134 expediente digital.

⁶⁹ Índice 5. Anexo Fls. 50-118 expediente digital.

⁷⁰ Índice 06 expediente digital.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

Mediante el Decreto 2762 de 1991, se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Para ello, determina quienes tienen derecho a fijar su residencia en el territorio del Departamento Archipiélago a la fecha de expedición del Decreto (Art. 2º) y quienes podrán, posteriormente, adquirir el derecho a la residencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º del cuerpo normativo indicado, así como los requisitos para fijar la residencia de manera temporal en el territorio insular.

El artículo 5º del mencionado Decreto dispone:

Art. 5º Sólo los residentes del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina podrán ejercer, dentro del territorio del Departamento, los siguientes derechos:

1. Trabajar en forma permanente.
2. Estudiar en un establecimiento educativo del Archipiélago.
3. Inscribirse en el Registro Mercantil y ejercer actividades de comercio de manera permanente.
4. Ejercer el derecho al sufragio para las elecciones departamentales y municipales.

La disposición citada es el fundamento normativo para la exigencia de la acreditación de la residencia en el territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para efectos de tomar posesión de un cargo que deba ser desempeñado en el territorio insular, como sucede en el caso en estudio.

La Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del Decreto 2762 de 1991, y mediante sentencia C-530 de 1993 lo declaró exequible luego de hacer el ejercicio del test de igualdad, en el cual concluyó que existe fundamento constitucional para dar trato diferente a situaciones de hecho diferentes, como es el caso de las condiciones especiales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. De igual manera, la Corte estudió la constitucionalidad de la limitación de los derechos de circulación, del trabajo, educación y los derechos políticos todo a la luz de la supervivencia y protección de la comunidad raizal en un marco de dignidad. También se refirió la Corte a la necesidad de la protección cultural de los raizales y de la necesidad de la protección ambiental. La Corte concluyó el estudio de constitucionalidad efectuando una confrontación entre los medios y los fines expresando que:

Por todo lo expuesto observa la Corte que los altos fines perseguidos por la Constitución norma y desarrollados por la norma *sub exámine* - la triple protección de la supervivencia humana, raizal y ambiental-, confrontados con los medios empleados para ello en el Decreto - limitaciones para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido en las Islas-, existe una total adecuación de éstos a aquéllos, toda vez que los medios no son tan gravosos, desproporcionales, irracionales o irrazonables que desnaturalicen los derechos que el artículo 310 de la Carta autoriza limitar en normas especiales.

En otras palabras, el costo del fin buscado no es superior a éste ni sacrifica su núcleo.

Ello por cuanto la Carta en forma expresa dispuso en el artículo 310 que mediante un régimen especial podrán disponerse medios que limiten ciertamente los derechos -como los previstos en el Decreto- pero que no sacrifiquen el núcleo esencial de los mismos.⁷¹

En este orden de ideas, nótese que los derechos a ingresar, circular, residir, estudiar, trabajar y ser elegidos son objeto de una diferenciación especial autorizada por el constituyente, de tal magnitud que ellos no son sacrificados o desnaturalizados o eliminados, sino simplemente parcialmente limitados con fundamento en una lectura especial del principio de igualdad material que se expuso en su oportunidad.

(...)

Añádase a lo anterior que la norma *respetá* situaciones consolidadas tanto de raizales como de no raizales ya residentes en el Departamento Archipiélago y en general es una norma que limita los derechos de las personas *que en el futuro* deseen tanto ingresar como residir para ejercer determinados derechos en las islas, de suerte que no se afectan los derechos de ningún colombiano.

Adicionalmente a todo lo expuesto, es necesario precisar que la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 2762 de 1991, en el entendido que los servidores nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía y los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que ingresen en ejercicio de sus funciones al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, son sujetos de registro pero no de control por parte de la OCCRE. Esa fue la única salvedad que hizo la Corte Constitucional.

⁷¹Ver sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-02/92, T-411/92, T-426/92, T-530/92, T-432/92, T-612/92, C-014/93 y C-033/93, entre otras.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

En el caso concreto, es evidente que el cargo de Gestor II Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127739, no es de aquellos que tienen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, como tampoco se trata de integrante de las fuerzas militares o de policía ni es funcionario de Migración Colombia. En razón de ello, no se configura la aplicación de la excepción al accionante José González Álvarez.

Del cumplimiento del requisito de conocimiento del idioma de acuerdo con la Ley 47 de 1993

El punto de partida en este acápite consiste en dejar sentado que de acuerdo con la ley y la jurisprudencia las personas que deban ocupar cargos públicos en el territorio archipelágico deben acreditar el conocimiento del inglés comúnmente hablado en las islas.

La Ley 47 de 1993⁷², en sus artículos 42 y 45 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 42. IDIOMA Y LENGUA OFICIAL EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO. Son oficiales en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el castellano y el inglés comúnmente hablado por las comunidades nativas del Archipiélago.”

(...)

“ARTÍCULO 45. EMPLEADOS PUBLICOS. Los empleados públicos que ejerzan sus funciones dentro del territorio del Departamento Archipiélago y tengan relación directa con el público, deberán hablar los idiomas castellano e inglés.”

Mediante la sentencia C-086 de 1994⁷³, fue declarada la exequibilidad de los artículos citados, para lo cual la Corte Constitucional discurrió en los siguientes términos:

*“Artículo 42, que consagra como idiomas oficiales en el departamento insular el Castellano y el Inglés **"comúnmente hablado por las comunidades nativas del Archipiélago"**”.*

En relación con esta norma y con el artículo 45 que establece la obligación para los "empleados públicos que ejerzan sus funciones dentro del territorio" del

⁷² Por la cual se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

⁷³ **RESUELVE:** Decláranse **EXEQUIBLES** los artículos 14, 23, 24, 25, 33, 34, 35, 36, 37, 42, 45 y 57 de la Ley 47 de 1993, "Por la cual se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina".

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

Departamento, de "hablar" los dos idiomas oficiales, cabe decir esto, para concluir que consultan ambos la Constitución.

*Como se indicó, el artículo 10o. de la Constitución, es claro al señalar que **"las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios"**. Y no cabe duda sobre estos aspectos:*

*La población **"raizal"** de San Andrés y Providencia es un grupo étnico perfectamente definido, como lo evidencian su aspecto físico, sus costumbres, su idioma y su pertenencia mayoritaria al Protestantismo. Negarle tal carácter aduciendo que las islas fueron pobladas por gentes de diversos orígenes raciales, es razón baladí, pues bien sabido es que no existen razas puras.*

En lo relativo a los empleados públicos, es apenas normal que éstos deban, al menos, hablar el idioma del territorio en que actúan.

Lo que sí violaría la Constitución, sería obligar a los isleños a abandonar su lengua, que es parte de su herencia cultural.

Por lo anterior, es ostensible que estas normas no violan el artículo 13 que consagra la igualdad, pues ésta no riñe con la exigencia del conocimiento del inglés; como tampoco el 25, que establece el derecho al trabajo, ni el 26, que garantiza la libertad de escoger profesión u oficio. Basta recordar que este último permite que la ley exija "títulos de idoneidad". (subrayas y negrillas fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, la Sala debe precisar que el planteamiento de este requisito específico, esto es, la acreditación de la suficiencia en el manejo del idioma inglés comúnmente hablado en las islas fue establecido por el propio legislador en la Ley 47 de 1993. Sobre el idioma cuyo dominio se debe demostrar por parte de los servidores públicos, la Sala considera que no existe duda alguna que debe ser el dialecto de la comunidad raizal, denominado por el legislador como inglés comúnmente hablado en las islas. Ahora bien, la acreditación de este requisito no puede provenir de cualquier autoridad certificadora, en tanto que el legislador procuraba con el establecimiento del mismo la protección de la cultura y la identidad de la comunidad raizal, como bien lo han sostenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En razón de lo anterior, a efectos que la disposición legal pueda ser cumplida, le corresponde emitir la certificación a la autoridad departamental a través de la Secretaría de Educación luego de la aplicación del San Andres Oral Proficiency Test – SACOPT, en el cual se evalúan factores tales como la comprensión oral en el idioma Creole, fluidez en la conversación, pronunciación (en un porcentaje muy bajo), habilidades de comunicación para brindar información sobre el cargo que desempeña y vocabulario en el idioma Creole.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

En este orden de ideas, queda claro que todos los interesados que presentaron el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo No. 0285 de 2020, conocieron desde el principio que además de superar las pruebas establecidas, para efectos de tomar posesión del cargo debían cumplir los requisitos especiales y específicos establecidos en la Ley 47 de 1993 respecto del idioma y en el Decreto 2762 de 1991, en relación con la definición de la residencia en las islas, previamente definida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE. Todo lo anterior permite concluir que, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, para laborar en el territorio insular además de superar la prueba de méritos se deben acreditar requisitos especiales que de ninguna manera excluyen el mérito, como erradamente se podría pensar, sino que junto con el mérito procuran asegurar el cumplimiento de cometidos constitucionalmente admisibles. Ello significa que tampoco es posible asumir que la superación de las pruebas objetivas dentro del proceso meritocrático es plenamente habilitante para ejercer cargos en el territorio del Departamento Archipiélago, ya que las disposiciones a las cuales se ha hecho referencia establecen limitaciones constitucionalmente justificadas y admisibles.

En este punto la Sala debe recordar que las autoridades de todos los niveles están llamadas a dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales y legales que establecieron el marco jurídico especial para el territorio del Departamento Archipiélago en procura de la protección del ambiente, la cultura y los recursos naturales. Para esta Sala, ninguna autoridad queda exenta de procurar el cumplimiento del marco jurídico especial del Departamento Archipiélago como podría concluirse a partir de la argumentación presentada por la entidad accionada.

Definido lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que, así como los interesados tenían el pleno conocimiento de los requisitos establecidos por las normas especiales, también lo tenía la entidad responsable de la convocatoria pública, esto es, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Ello se evidencia del contenido de la parte motiva de la Resolución No. 00903 del 05 de octubre de 2022⁷⁴, mediante la cual se efectuó nombramiento en periodo de prueba al señor José González Álvarez, el Director General de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en la que se señaló:

“Que revisados los requisitos para acceder al empleo GESTOR II Código 302 Grado 02 con código de ficha “CT-CR-3007” vacante ubicada en San Andrés, se exige en virtud

⁷⁴ Índice 5 Anexo Fls. 24-25 expediente digital

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

de lo establecido en el párrafo 2 del artículo 3 de la Resolución 061 de 2020 que el aspirante acredite la residencia en el Departamento de San Andrés según las disposiciones de la Oficina de Control, Circulación y Residencia de la isla, así como el dominio del idioma inglés.

Que en consecuencia, y al no acreditar la residencia en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, según las disposiciones de la Oficina de Control Circulación y Residencia de la isla, ni el dominio del idioma inglés, en cumplimiento del artículo 36 del Decreto Ley 071 de 2020, mediante Resolución 004568 de fecha 8 de junio de 2022 la UAE-DIAN la entidad se abstuvo de efectuar el nombramiento en periodo de prueba, por ausencia de requisitos que soporten el nombramiento en periodo de prueba en el empleo al cual se hace mención.

(...)"

Lo anterior indica que la entidad accionada conocía que el accionante no acreditaba ninguno de los dos requisitos especiales – residencia en el territorio insular y dominio del inglés comúnmente hablado en las islas, esto es, *creole*, para tomar posesión del cargo ya especificado. Es por ello que inicialmente la entidad se abstuvo de hacer el nombramiento y luego, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el Sr. González Álvarez, revocó el acto primigenio y en su lugar, lo nombró para la plaza de San Andrés. Todo ello sabiendo con certeza que el aspirante nombrado no cumplía con los requisitos especiales para desempeñar cargos en el Archipiélago, ya que justamente se había proferido un acto absteniéndose de hacer el nombramiento por las mencionadas razones.

Es en este punto donde evidencia la Sala que la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en la etapa de selección de las plazas vacantes para ocupar el cargo ofertado omitió establecer controles para restringir la postulación a los cargos disponibles en la ciudad de San Andrés sólo para los participantes que previamente acreditaran los requisitos especiales. De esta manera el postulante no vería frustrado su derecho de acceder a cargos públicos ya que desde el principio no podría presentarse para la isla de San Andrés al no poder acreditar los requisitos especiales para el desempeño de cargos en este territorio. Esto contrasta con la situación actual en donde se les permite a los interesados inscribir como plaza oponible la isla de San Andrés sin cumplir los requisitos especiales, se les asigna la indicada plaza y luego, no pueden cambiarla, por las disposiciones del concurso, tal como ocurrió en el asunto estudiado.

A juicio de esta Corporación la DIAN en efecto ha vulnerado derechos fundamentales de acceso a cargos públicos para el accionante quien se enfrenta a la situación que debe acreditar unos requisitos que no cumple, y esa es la razón por

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

la cual así lo manifestó desde el principio ante la autoridad nominadora, la cual sí disponía de mecanismos para procurar garantizar a favor del accionante el derecho al mérito y a ocupar cargos públicos, pero no en el territorio insular, en atención a que no cumple los requisitos especiales que junto con el acceso por mérito habilitan el ejercicio de funciones en el archipiélago.

La Sala no acoge los argumentos de la DIAN cuando sostiene que el A quo incurrió en defecto fáctico y sustantivo al declarar improcedente la acción de tutela respecto de la OCCRE, pero que, por otra parte, se establece a cargo de la entidad accionada una obligación no prevista ni en la Constitución Política ni en la ley especial al ordenar que en el término de 48 horas se ubique y se permita al accionante tomar posesión en el cargo para el cual concursó y ganó pero en una plaza diferente a la de San Andrés. Esto por cuanto la DIAN sí dispone de mecanismos para procurar que el derecho al mérito y el acceso a cargos públicos no se vean afectados para aquel que se postuló pero que no cumple los requisitos especiales para laborar en San Andrés. Es precisamente la disponibilidad de vacantes en diferentes plazas del territorio nacional, lo que permite que la autoridad nominadora pueda efectuar el nombramiento en otra plaza sin que con ello se considere que hay una vulneración de las reglas del concurso, ya que precisamente como se señaló previamente, las reglas del concurso debieron establecer restricciones para la postulación a los cargos en el Departamento Archipiélago solamente para aquellos que al momento de inscribirse a la plaza de San Andrés y Providencia pudieran acreditar el cumplimiento de los requisitos especiales. Es decir, que ya ostentaran la calidad de residentes en el territorio insular y contaran con la acreditación del conocimiento del idioma creole.

Esta Sala debe señalar de manera enfática que no es admisible la tesis de permitir la postulación a vacantes en la plaza de San Andrés de aspirantes que no cumplen los requisitos especiales para que, luego de sus nombramientos, los interesados mediante acciones constitucionales, pretendan el reconocimiento del derecho a la residencia cuando, como en el caso en estudio, evidentemente no les asiste tal derecho. Y, en consecuencia, por esa vía se pretenda trasladar a la OCCRE la presunta vulneración de derechos fundamentales cuando niega las tarjetas de residencia como sucedió en el presente asunto.

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

La DIAN al ser la entidad nominadora ha debido prever esta situación para efectos de establecer reglas que tuvieran en cuenta el derecho de acceso a cargos públicos y el cumplimiento de los requisitos especiales para desempeñar cargos en las islas y la opción de reubicación de aquellos que están en lista de elegibles pero que no cumplen los requisitos especiales del territorio insular.

En el asunto sub iudice, el accionante ha manifestado en reiteradas oportunidades que no cumple con los requisitos exigidos para posesionarse en el cargo que se encuentra vacante en la isla de San Andrés. De igual manera, argumentó como razones para solicitar que se le diera la oportunidad de laborar en otra plaza, y en particular la de Cartagena, las circunstancias de la delicada salud de su padre quien depende completamente de él, por lo que se vería comprometida la salud de aquél al no disponer de un cuidador permanente. Es por ello que el accionante señaló como primeras opciones de plaza la ciudad de Cartagena y a continuación ciudades de la Costa Atlántica (Barranquilla, Montería, Sincelejo, Santa Marta, Riohacha) o en todo caso, ciudades del continente colombiano, precisamente para no alejarse geográficamente de su padre y poder estar atento al cumplimiento de sus deberes, no solo filiales sino también legales. No obstante, esta solicitud fue negada aduciendo que se verían afectadas la credibilidad y confianza en el método de selección de la DIAN en tanto que estarían inobservando las normas del concurso.

Esta Sala reprocha la aplicación de la norma desatendiendo razones plausibles y demostradas de la persona que habiendo ganado por mérito un concurso también tiene responsabilidades respecto de su padre, que al estar debidamente demostradas merecían un análisis en favor del ser humano, máxime cuando la reubicación es una facultad que tiene la autoridad administrativa en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 71 de 2020⁷⁵, artículo 24, que permite la reubicación de las personas que ganaron el concurso de méritos cuando las necesidades del servicio lo ameriten.

“ARTÍCULO 24. Obligatoriedad de los concursos. El ingreso y el ascenso en los empleos públicos del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, se hará por concurso público.

El concurso se realizará para la provisión de empleos dentro de la planta global y flexible de la DIAN, en la convocatoria se indicará la ciudad o lugar geográfico de ubicación del empleo a proveer con sus respectivas vacantes, sin perjuicio de la facultad de reubicación, cuando las necesidades del servicio así lo ameriten. No

⁷⁵ Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la DIAN

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01

Demandante: José González Álvarez

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE

Medio de control: Tutela

SIGCMA

obstante, en las reglas del proceso de selección se podrá indicar que la ubicación de los empleos se hará por escogencia en audiencia pública del lugar de la ubicación de la vacante y atendiendo al orden del mérito en la lista de elegibles; la audiencia se realizará de manera previa al nombramiento en periodo de prueba. (Negrilla de la Sala).

Esta Sala debe señalar, además, que la DIAN al resolver la solicitud de reubicación de plaza, desatendió lo establecido en el artículo 46 de la Constitución Política que dispone que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y que los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional. Para esta Corporación, no solo el hecho de no cumplir los requisitos especiales para laborar en San Andrés, sino claramente el hecho de tener que atender a su padre de la tercera edad, en situación de necesidad por su precaria salud, era motivo sólido para que la DIAN acogiera favorablemente la solicitud del Sr. José González de reubicación de sede, en tanto que ello concurría al cumplimiento de un deber constitucional y legal como es la protección de los adultos mayores.

Así pues que al encontrarse el accionante en la imposibilidad de posesionarse en el cargo cuya vacante fue asignada en San Andrés islas, por no contar con los requisitos de la residencia y el conocimiento del idioma creole - inglés comúnmente hablado en el territorio -, pero además al exponer razones de responsabilidad filial relacionadas con el cuidado de su padre adulto mayor dependiente de él, la Sala no encuentra motivos que justifiquen la negativa a la reubicación del accionante, negativa que afecta derechos fundamentales como el derecho al mérito y al ejercicio de cargos públicos, ocasionándole un perjuicio irremediable pues al no tener la posibilidad de efectuar la posesión en la vacante asignada – San Andrés- procedería como consecuencia la revocatoria del nombramiento y exclusión de la lista de elegibles tal como lo señala la norma.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el diez (10) de

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

marzo de dos mil veintitrés (2023), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese el expediente digital a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: **Enviar** al Juzgado Único Administrativo de San Andrés copia de la presente providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la sentencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2023-0049-01.)

Código: FCA-SAI-04

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Expediente: 88-001-33-33-001-2023-00049-01
Demandante: José González Álvarez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE
Medio de control: Tutela

SIGCMA

Firmado Por:

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0852b203c801fba3703de5295bfeec3ac8c92018360cf2be9a0a8afd304da102**

Documento generado en 26/04/2023 10:02:15 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>