



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

SIGCMA

San Andrés Isla, nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No. 029

Medio de Control	Acción de Tutela
Radicado	88-001-33-33-001-2023-00072-01
Demandante	Natalia Beltrán Polanco
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. 035-23 de fecha 20 de abril 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 la actora.

SEGUNDO: DECLÁRASE la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: 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 a la señora Natalia Beltrán Polanco, 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.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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.

SEXTO: RECONOCER personería jurídica al Dr. Jaime Oswaldo Nieto Medina, Identificado con C.C. No. 79.151.129 y T.P. No. 42.291 del C.S. de la J., como apoderado de la DIAN, y al Dr. Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia, Identificado con C.C. No. 1.026.257.041 y T.P. No. 198.367 del C.S. de la J., como apoderado de la CNSC, conforme a los sendos poderes obrante en el expediente digital (folio 12 Anexo 15 y Anexo 13 respectivamente)."

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

La señora Natalia Beltrán Polanco instauró acción de tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, 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 al mínimo vital, acceso a cargos públicos y al mérito, la igualdad, debido proceso y trabajo, por lo cual solicita:

- PRETENSIONES

*“**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, TRABAJO (art. 25 constitucional), ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional), IGUALDAD (art. 13 constitucional) y los demás que de oficio pudiese tutelar a mi favor.*

***SEGUNDO: ORDENAR** al Director Administrativo OCCRE, OSBALDO MANUEL MADARIAGA ARCHBOLD o quien haga sus veces al momento de la notificación del fallo de la presente tutela , que expida el correspondiente permiso de Residencia y Circulación a mi favor, con la finalidad de que se materialice la posesión al cargo denominado GESTOR II Código 302 Grado 02, - ID16532, con código de ficha CT-CR-3007 de la División de Fiscalización Tributaria Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales— DIAN.*

***TERCERO: ORDENAR** al director general de la DIAN, LUIS CARLOS REYES HERNANDEZ o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de esta tutela ejecute los trámites pertinentes, suficientes e idóneos, para que se materialice la posesión en el cargo denominado GESTOR II Código 302 Grado 02, - ID16532, con código de ficha CT-CR-3007 de la División de Fiscalización Tributaria Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales— DIAN.*

***CUARTO: ORDENAR** al director general de la DIAN, LUIS CARLOS REYES HERNANDEZ o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes la notificación del fallo de esta tutela, en caso de NO MATERIALIZAR LA POSESIÓN de la accionante en el referido cargo, se ELIJA UNA PLAZA DIFERENTE dentro de las plazas disponibles para el empleo, para materializar la posesión al cargo.*

QUINTO: ORDENAR al director general de la CNSC, JORGE ALIRIO ORTEGA CERÓN ejercer vigilancia y control sobre el proceso de selección en referencia, con la finalidad de salvaguardar los derechos y las garantías de los concursantes y evitar medidas dilatorias en los procesos de toma de posesión del cargo como es en el presente caso.

SEXTO: ORDENAR a las entidades accionadas, realizar la debida notificación de las operaciones y trámites administrativos ejecutados, en aras de garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales invocados por la accionante.”

- HECHOS

Se señalan como hechos los siguientes:

1. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN -, a través de 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 cargos en vacancia definitiva, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la planta personal de la DIAN.
2. Con ocasión a dicho concurso, la accionante aplicó para el cargo OPEC 127723 - Gestor II - Código 302 -Grado 2, con código de ficha CT– CR3007.
3. Posteriormente a la inscripción, fue citada a presentar las pruebas escritas el 05 de julio de 2021, prueba en la que obtuvo puntaje satisfactorio lo que le permitió continuar haciendo parte del concurso de méritos.
4. El cargo al que fue inscrita en la entidad es de tipo misional y el Acuerdo No. 071 de 2020 que establece y regula el sistema específico de carrera de la UAE DIAN, determinó como requisito la realización de un curso de formación, además de presentar un segundo examen a su terminación.
5. El día 28 de septiembre y hasta el mes de noviembre de 2021, se realizó el “Curso De Formación – Fiscalización Tributaria, Aduanera, Cambiaria e Internacional – TACI”, desarrollado por la Universidad Sergio Arboleda, para el cual fue convocada mediante la Resolución No. 3121 de 2021.
6. Afirma que la intensidad total de dicho proceso formativo fue de 146 horas, razón por la cual, independiente de sus actividades ordinarias, debió esforzarse para poder dedicar varias horas diarias en su ejecución.
7. Luego de culminar satisfactoriamente el curso de formación, fue citada para presentar la segunda prueba escrita del concurso, la cual se realizó el día 28 de noviembre de 2021 y además aprobó según los resultados publicados el día 10 de diciembre del mismo año, resultados que pudo visualizar a través de la plataforma SIMO (Sistema para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad).

SIGCMA

8. La CNSC expidió la Resolución N° 62 del 11 de enero de 2022, por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer cincuenta y uno (51) vacantes definitivas del empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC N° 127739, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del 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 N° 1461 de 2020, lista de elegibles donde ocupó la posición 45.
9. La DIAN citó a audiencia pública para la escogencia de vacantes de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferentes ubicaciones geográficas. Atendiendo lo dispuesto por el Acuerdo 0116 de 2020 adicionado por el Acuerdo 0236 de 2020, la audiencia se realizó de manera virtual en el módulo “Audiencias” a través de la plataforma SIMO, a partir de las 00:00 horas del día 4 de mayo de 2022 hasta las 23:59 horas del día 06 de mayo de 2022.
10. Por haber ocupado uno de los últimos puestos en la lista de elegibles de la Resolución N° 62 del 11 de enero de 2022 de la CNSC, tuvo que seleccionar todas las plazas, dejando como últimas opciones la isla de San Andrés y Quibdó, respectivamente, como se evidencia en la constancia de priorización de la audiencia pública virtual.
11. Mediante el Oficio 100151187 – 254, la DIAN le notificó el inicio del periodo de inducción de forma virtual, el cual tuvo una duración de 15 días y fue evaluado todos los días, inducción que realizó y aprobó.
12. En oficio No. 100151185-002558 se le informó por parte de la DIAN que el resultado de su escogencia de plaza correspondió a San Andrés, Providencia y Santa Catalina, sin embargo, la resolución de nombramiento N° 4569 del 08 de junio de 2022, hace mención del periodo de prueba, pero no fue concedido para la vacante existente en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, toda vez que, para la toma de posesión en el cargo, conforme lo dispone el parágrafo 4 del artículo 7 del Acuerdo 0285 del 10 de septiembre de 2020, se hace necesario acreditar la residencia en el departamento.
13. Informa que procedió a solicitar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, el otorgamiento de la residencia temporal para posesionarse en el cargo en la DIAN, entidad que otorgó respuesta mediante Oficio 1050, negando la solicitud.

SIGCMA

14. Mediante Resolución N° 9336 del 06 de octubre de 2022, “Por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba en la planta global de la U.A.E – Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales y se adoptan otras decisiones”, la entidad decidió nombrar en periodo de prueba a la actora en la plaza de San Andrés Islas, para que ocupe el puesto de GESTOR II, código 302, Grado 2, en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, no obstante, no ha podido posesionarse por no cumplir con los requisitos establecidos por la ley para efectos de ocupar cargos en el territorio insular.
15. Debido a lo anterior, presentó acción de tutela contra los mismos accionantes, ante el juzgado laboral del Circuito de San Andrés, por la negativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE de otorgar el permiso de residencia, la cual fue negada y confirmada en segunda instancia la decisión

- CONTESTACIÓN

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

La OCCRE dentro de la oportunidad legal para contestar la tutela, guardó silencio.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

Al dar respuesta, la DIAN acepta como cierto que la señora Natalia Beltrán Polanco 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 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 a la 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

SIGCMA

Convocatoria número 0285 de 2020 de la CNSC, la entidad revisó los requisitos para acceder al empleo GESTOR II Código 302 Grado 02, con código de ficha "CT-CR-3007", vacante ubicada en la división de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés.

Indica que verificada la documentación que reposa en la entidad, se evidenció que la accionante interpuso hace unos meses ante el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés Isla, acción de tutela en contra de la UAE – DIAN, en la cual invocó la protección a los derechos fundamentales al debido proceso, a la libre circulación, a la residencia y al trabajo, aduciendo los mismos hechos y pretensiones, donde se profirió sentencia de fecha 02 de septiembre de 2022 dentro del trámite de tutela impetrado, en la que se decidió negar la tutela.

Indica que lo pretendido por la accionante en la acción referida, va dirigido al mismo propósito que el pretendido en el escrito de tutela actual, el cual consiste en lograr la posesión en el cargo para el cual fue nombrada mediante la Resolución N° 009336 de fecha 06 de octubre de 2022, para lo cual requiere la obtención de la tarjeta de residencia conferida por la OCCRE.

Considera que el acudir nuevamente al juez constitucional configura una acción temeraria constitutiva de mala fe de la accionante, que a simple vista puede conllevar al a quo a cometer errores al proferir un nuevo fallo, a sabiendas de la decisión respecto a los hechos y pretensiones invocadas ya fue resuelta.

Resalta que los trámites adelantados por la accionante ante la Oficina de Control, Circulación y Residencia - OCCRE del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con miras a obtener la correspondiente tarjeta de residencia por actividades laborales, fueron resueltos por la entidad mediante Oficio número 1050 que indicó: *“Que, con fundamento a lo anterior para ocupar un cargo de nombramiento por concurso de méritos en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN de San Andrés Isla, esta persona debería de tener la permanencia en el Departamento lo cual no es viable ante la Oficina de Control, Circulación y Residencia -OCCRE-, esto en cumplimiento del Decreto 2762 de 1991 y demás normas reglamentarias”.*

SIGCMA

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 a lo establecido por el Acuerdo No. 166 de 2020 de la CNSC (art.2), además 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, el aspirante que participa en el proceso de selección acepta en el momento de su inscripción.

De igual forma, señala que en 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. Que, por lo anterior, resulta evidente que todos los participantes en el Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020, y en particular la accionante, conoce la reglamentación aplicable y los requisitos exigidos para el proceso de selección, 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, Circulación y Residencia – OCCRE – de San Andrés Islas y no de la UAE – DIAN.

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.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

Al descorrer el traslado para contestar la tutela, la entidad señala que las actuaciones adelantadas por la CNSC se encuentran ajustadas a derecho y no existe vulneración a los derechos fundamentales supuestamente violados a la accionante, por lo tanto, afirma que las pretensiones no están llamadas a

SIGCMA

prosperar, de ahí que, solicita negar la presente acción de tutela o que la misma se declare improcedente.

Recuerda que la acción de tutela de conformidad con el desarrollo jurisprudencial es un mecanismo excepcional y subsidiario, naturaleza con fundamento en la cual recae en el operador judicial el deber de determinar que la solicitud de amparo sobre la presunta vulneración o no de derechos fundamentales comprenda dichas características, es decir que la actora no cuente con otros mecanismos para canalizar el reclamo. Para el efecto, cita el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, indicando además que, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el escenario natural para la reivindicación de los derechos fundamentales, que considera la parte accionante, están siendo conculcados.

Precisa que la acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, que el carácter subsidiario de esta acción “impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.

Señala que la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular y concreta del accionante, a fin de comprobar si aquellos resultan eficaces y adecuados para la protección de sus derechos fundamentales, por lo cual, en el caso sub examine, la controversia gira en torno al inconformismo de la parte accionante respecto de la normatividad que rige el concurso de méritos, específicamente en cuanto a la etapa de nombramiento en periodo prueba y posesión, situaciones que se encuentran plenamente reglamentadas en el Acuerdo rector del concurso de méritos, acto administrativo de carácter general, respecto del cual la parte accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos,

razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos.

Indica que en el presente caso la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama y no puede alegar una vulneración de derechos por parte de la CNSC.

Explica que el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha referido que, el presupuesto procesal de legitimación material en la causa alude a la “participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda”, en este sentido, concluye que, la CNSC no es la llamada a atender las pretensiones impetradas por la accionante, ya que, por imperativo constitucional y legal, la materia objeto de la presente solicitud escapa a la competencia de la misma, teniendo en cuenta que es el representante legal de la entidad en quien recae la obligación del nombramiento y posesión de los elegibles.

Menciona que en virtud de las facultades asignadas por el artículo 130 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, las sentencias C-1230/ 2005 y C-175/2006 de la Corte Constitucional, la CNSC es el máximo organismo en la administración y vigilancia del sistema general de carrera y de los sistemas específicos de carrera administrativa de origen legal, pero no coadministra relaciones laborales y situaciones administrativas particulares que presenten las entidades. Es por ello que, las pretensiones del accionante son de competencia exclusiva del nominador que, para el caso en cita, es la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN., entidad que debe realizar el nombramiento del elegible en atención a su posición de mérito. Así pues, la CNSC no vulnera ni amenaza tal derecho fundamental, en tanto que si su afectación deriva de la falta de posesión como lo indica la accionante, la facultad legal para adelantar cualquier actuación administrativa relacionada con el nombramiento y posesión de la accionante, recae exclusivamente en la DIAN como ente nominador.

Manifiesta que, “i) es claro que esta CNSC carece de competencia para llevar a cabo cualquier actuación administrativa atinente al acto jurídico de toma de posesión del cargo por parte de la accionante toda vez que esta facultad legal

SIGCMA

es exclusiva del ente nominador, en este caso la DIAN, lo que configura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la CNSC, ii) el 13 de enero de 2022 la entidad publicó en el Banco Nacional de Listas de Elegibles la Lista de Elegibles de la OPEC No. 127739, la cual cobró firmeza individual, respecto de la posición No. 45 desde el 21 de enero de 2022 iii) no se encuentra afectación alguna a los derechos fundamentales enunciados por la accionante por parte de esta CNSC.”

Por lo anterior, solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional o subsidiariamente negar la acción, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- SENTENCIA IMPUGNADA

El A quo previamente a resolver el fondo del asunto, se pronunció frente a la cosa juzgada constitucional y la temeridad a que se refiere la DIAN al asegurar que la accionante ya había presentado tutela con las mismas pretensiones y partes, el cual cursó en el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés Isla. En consideración del juez, en aquel proceso se perseguía el otorgamiento de la tarjeta OCCRE con fines de registro a favor de la actora, así como ordenar a la DIAN realizar el trámite de la misma, por lo que concluyó que las pretensiones son distintas a las solicitadas en esta instancia, en razón de lo cual consideró procedente continuar con el análisis de la presente acción de tutela.

Una vez efectuado el estudio de los hechos probados, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, a la confianza legítima y al acceso a un cargo público. En consecuencia, ordenó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ubicar y posesionar a la señora Natalia Beltrán Polanco 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.

Frente a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, el juez señala que no evidenció actuación alguna que vulnerase los derechos fundamentales de la actora, máxime cuando la entidad no tiene competencia más allá de adelantar el proceso de selección; por lo tanto, escapan de su esfera las pretensiones de la actora tendientes a ocupar el empleo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, en la DIAN San Andrés Isla, en ese orden de ideas, declaró que no se encontraba legitimada por pasiva dentro de la presente acción.

Al efectuar el análisis correspondiente, el juez de primera instancia consideró que, tal como lo acepta y puso de presente la 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.009336 de 6 de octubre de 2022, no le hizo requerimiento alguno a la accionante para constatar el cumplimiento de los requisitos especiales para laborar en el territorio insular por lo que no debió ser nombrada 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 de la actora.

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 párrafo 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 a la señora Beltrán Polanco, 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 a la 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 08 de junio del 2022 Rad 18303), la directora administrativa negó a la accionante el otorgamiento de la tarjeta de residencia con fines de registro. Por lo anterior, se desprende del escrito introductor que lo pretendido por la 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:

Indica que, revisada la documentación aportada dentro del proceso, se observa que Natalia Beltrán Polanco impetró acción de tutela con el mismo objetivo de la presente acción, el cual consiste en que se proceda a la protección de sus derechos fundamentales y como consecuencia de ello, se ordene la posesión en el empleo que le fue conferido mediante Resolución N° 009336 de fecha 06 de octubre de 2022 o, en su defecto, se reubique su vacante en otra ubicación geográfica a la de San Andrés isla.

Recuerda que para dar paso a su posesión en el empleo en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, se requiere de la tarjeta OCCRE, sobre la cual se resolvió previamente por el Juzgado Laboral de San Andrés en primera instancia y el Tribunal Superior de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en segunda instancia.

Considera que el juez de tutela no dio un motivo contundente que desvirtúe la cosa juzgada, que se indicó en los argumentos de oposición frente al trámite de primera instancia, reiterando que las condiciones no han variado, las pretensiones y hechos de la acción de tutela interpuesta continúan siendo los mismos, lo que constituye una acción temeraria.

Sobre la cosa juzgada y actuación temeraria que analizó el juez, en su criterio no es suficiente para desvirtuar la excepción propuesta solo por el hecho de indicar que se añadió a la acción de tutela un nuevo accionante que es la Comisión

Nacional del Servicio Civil, ya que el objeto que se persigue es el mismo y quien eventualmente tendrá que ejecutar las órdenes impartidas será la DIAN, por lo que sostiene que adicionar una entidad al escrito de tutela no es óbice para establecer que no existe una identidad de partes en la acción incoada.

Respecto a las pretensiones que a juicio del A quo son distintas, el apoderado de la DIAN reitera que el fin que se persigue es el mismo, lo que conlleva a concluir que las pretensiones en realidad son las mismas, en consecuencia, solicita revocar el fallo proferido en primera instancia y en su lugar se declare probada la excepción de cosa juzgada.

- TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue presentada el día 30 de marzo de 2023¹, habiendo sido admitida el 31 de marzo de 2023.²

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, dentro de la oportunidad procesal establecida rindieron el respectivo informe³, la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE- del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, guardó silencio.

El 20 de abril 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

¹ Índice 04 expediente electrónico.

² Índice 06 expediente electrónico.

³ Índice 9-15 expediente electrónico

⁴ Índice 21 expediente electrónico.

⁵ Índice 24 expediente electrónico.

Por medio de auto del 28 de abril de 2023, el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina concedió la impugnación interpuesta.⁶

III. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

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 produjeran 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 Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, 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

⁶ Índice 30 expediente electrónico.

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

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

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 Natalia Beltrán Polanco, quien manifestó que actuaba en nombre propio con el fin que se protejan los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y al debido proceso 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”.* En este contexto, según lo señalado de manera reiterada por la Corte Constitucional, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación, es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión⁸.

⁸ Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

El accionante manifiesta que los derechos fundamentales invocados se encuentran amenazados por parte la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, por la negativa de expedir el permiso de residencia con fines de registro para tomar posesión en el cargo que ganó por concurso de méritos y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN ante la negativa de ubicarla y posesionarla en un cargo con sede distinta a la isla de San Andrés, en razón de lo cual dichas entidades se encuentran legitimadas por pasiva dentro del presente trámite.

Ahora bien, frente a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC-, la Sala encuentra que la pretensión de la actora se fundamenta en ejercer el control y vigilancia sobre los procesos de selección, pues se encuentra en la lista de elegibles adoptada en la Resolución 062 del 11 de enero de 2022 por lo que, su eventual uso para proveer el cargo, involucra a la referida comisión, quien, por disposición de la Constitución⁹ y de la ley¹⁰, es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos.

No obstante, 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, por lo tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil se limita a la conformación y adopción de la lista de elegibles, en tal sentido, no tiene injerencia alguna en los nombramientos ni posesiones de los cargos convocados por ella, es así que, no se encuentra legitimada en la causa por pasiva dentro de la presente acción constitucional, como acertadamente lo consideró el juez de primera instancia.

⁹ “**Artículo 130.** Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

¹⁰ Ley 909 de 2004. “**Artículo 7o. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.** La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. (...)” y “**Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos.** Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.”

- 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 al mínimo vital, acceso a cargos públicos y al mérito, la igualdad, trabajo y al debido proceso, 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 modificará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que se acreditó la configuración de la cosa juzgada respecto de la pretensión elevada contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE. Sin embargo, tal circunstancia no se configura en relación con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, dado que se encontraron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo, mérito y acceso a cargos públicos de la señora Natalia Beltrán Polanco, vulneración que en consideración de esta Sala solo resulta atribuible a la DIAN, por lo que a ese respecto, la sentencia será confirmada.

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 6° 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 articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario¹¹.

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

¹¹ Cfr. Sentencia T-1222 de 2001

mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”¹²

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 irremediable¹³. En relación a este 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.*”¹⁴. 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 intervención¹⁵:

*“**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.”¹⁶*

¹² Sentencia T-514 de 2003, reiterado en sentencias T-451 de 2010 y T- 956 de 2011

¹³ Ver por ejemplo las sentencias T-743 de 2002, T-596 de 2001, T-215 de 2000. Esto 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 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 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.

¹⁴ Sentencia SU-617 de 2013.

¹⁵ Cfr. Sentencia SU-712 de 2013.

¹⁶ Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.

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 a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”¹⁷

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 la accionante en el sub judice acude al juez de tutela alegando que se le han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, al acceso a cargos públicos, la igualdad, trabajo y al debido proceso, en razón de 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

¹⁷ 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.

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

Precisa que seleccionó dicha plaza, por cuanto fue una de los últimos en la lista de elegibles, limitándose de esta manera las opciones de escogencia. Agrega 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 de la accionante, se le están vulnerando 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. Finalmente, indicó que presentó acción de tutela ante el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, solicitando la protección de sus derechos fundamentales con el fin de obtener el permiso de residencia ante la OCCRE para tomar posesión de su cargo, la cual fue negada por el mencionado despacho y confirmada la decisión por el Tribunal Superior de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Por su parte, la DIAN manifestó que: (i) el juez constitucional emitió un pronunciamiento respecto a los mismos hechos y pretensiones incoados por la accionante, fallo que fue confirmado por el Juez de segunda instancia, lo que configura una acción temeraria de mala fe por parte de la accionante y a su vez cosa juzgada. (ii) El nombramiento en periodo de prueba de la accionante, se perfeccionó a través de la Resolución N° 009336 de fecha 06 de octubre de 2022. (iii) La accionante tenía pleno conocimiento de los requisitos para poder tomar posesión del empleo en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, al momento de inscribirse a la convocatoria y (iv) La competencia para

expedir la tarjeta de residencia corresponde a la Oficina de Control, Circulación y Residencia OCCRE, por lo que considera que no ha vulnerado ningún derecho fundamental invocado.

El juez de primera instancia, de manera previa resolvió la solicitud de declaratoria de cosa juzgada y temeridad por parte de la DIAN, indicando que no se configuró, toda vez que las pretensiones y los accionados son diferentes a la acción de tutela impetrada ante el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, por lo tanto, procedió a analizar el asunto de fondo.

Para resolver la cuestión constitucional planteada, señaló que la accionante 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, por lo que no debió ser nombrada 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 de la servidora (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 a la concursante hoy actora, 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 la 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 las acciones de tutela impetradas por la elegible Natalia Beltrán Polanco, tienen el mismo objetivo, el cual consiste en que a través de la acción de tutela se proceda a la protección de sus derechos fundamentales y como consecuencia de ello, se ordene

la posesión en el empleo que le fue conferido mediante Resolución N° 009336 de fecha 06 de octubre de 2022 o en su defecto de reubique su vacante en un lugar diferentes a San Andrés isla.

Recuerda que para dar paso a su posesión en el empleo en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, se requiere de la tarjeta OCCRE, sobre la cual se resolvió previamente por el Tribunal Superior de este distrito judicial de manera negativa. Señala que en el presente trámite, en ningún momento el A quo da un motivo contundente que desvirtúe la “cosa juzgada”, que se indicó en los argumentos de oposición en la contestación de la tutela, ya que, reitera, las condiciones no han variado, las pretensiones y hechos de la acción de tutela interpuesta continúan siendo los mismos, lo que constituye – en su criterio - una acción temeraria, y es por ello que solicita sea revocada la sentencia de primera instancia denegando las pretensiones.

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

De la cosa juzgada constitucional y temeridad

Le corresponde a la Sala de manera previa determinar sí en el presente caso se configuró la figura de la temeridad o de la cosa juzgada constitucional, en razón a que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, afirma que la accionante ya había interpuesto acción de tutela en otro despacho judicial con las mismas pretensiones y contra los mismos accionados como la que se estudia en esta oportunidad, la cual fue negada en primera y segunda instancia.

Sobre el ejercicio temerario de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha desarrollado los aspectos a tener en cuenta para que este se configure, a saber¹⁸:

“

1. Que se presente una identidad de procesos, esto es, que las acciones de tutela presentadas de manera simultánea o sucesiva tengan una triple identidad, a saber, se trata de las mismas partes, se plantean los mismos hechos y la misma solicitud.

¹⁸ Al respecto, pueden verse, entre otras, las sentencias T-113 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-096 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez); T-481 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos); T-529 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

2. Que el caso no sea uno de aquellos considerados como excepcionales que no constituyen una actuación temeraria, de acuerdo con lo señalado explícitamente por la ley o la jurisprudencia.
3. Que en caso de presentarse una solicitud de tutela que pretenda ser diferente a una anterior con la que guarda identidad (a partir de un desarrollo argumentativo diferente) el juez constitucional acredite que, en realidad, los dos procesos tienen las mismas partes, se sustentan en las mismas razones y solicitud.”

1.1.1. Respecto del primero de los aspectos antes anotado, el juez debe analizar si hay una triple identidad entre las acciones de tutela presentadas de manera simultánea o sucesiva, teniendo en cuenta los siguientes elementos¹⁹:

1. **Identidad de partes**, esto es, que las acciones de tutela se hayan presentado por la misma persona natural o jurídica o a través de su apoderado o representantes y se dirija contra el mismo demandado.
2. **Identidad de causa *petendi***, es decir, que el ejercicio repetido de la acción de tutela se fundamente en los mismos hechos que le sirven de sustento.
3. **Identidad de objeto**, en otras palabras, que las demandas persigan la satisfacción de la misma pretensión o invoquen la protección de los mismos derechos fundamentales.

De la misma manera, esta Corporación ha entendido la temeridad desde dos perspectivas. La primera alude a su estructuración cuando una persona presenta simultáneamente varias acciones de tutela ante distintas autoridades judiciales y la segunda extiende la temeridad a aquellos eventos en los cuales la persona, de mala fe, ejerce de manera sucesiva la misma acción.

1.1.2. No obstante, este Tribunal también ha sostenido que el juez de tutela al realizar el anterior análisis debe trascender un juicio meramente formal y realizar un estudio pormenorizado del expediente. Pues no solo basta con que concurren los elementos antes mencionados, sino que debe desvirtuarse la presunción de buena fe a favor del (a) accionante. Por lo anterior, solo procederán las sanciones²⁰ en caso de que se acredite la mala fe o el dolo en su actuación.

1.1.3. Así, la labor del juez constitucional no es simplemente la de verificar los elementos que constituirían la triple identidad entre las acciones de tutela para concluir que hay una actuación temeraria y, en consecuencia, declarar su improcedencia. Si no que, de acuerdo a todo lo expuesto, deben estudiarse las circunstancias actuales que rodean el caso específico²¹.

Bajo esta línea, la Corte ha establecido algunas excepciones a los supuestos mencionados, aun cuando se llegaren a configurar todos los elementos de la triple identidad. Estos son:

¹⁹ *Ibíd*em

²⁰ Al respecto ver las sentencias T-300 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-082 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-080 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-303 de 1998 y T-1034 de 2005 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); T-1134 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-586 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-923 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño); T-331 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T-772 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-481 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos)

(i) La condición de ignorancia o indefensión del actor, propia de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe²².

(ii) El asesoramiento errado de los profesionales del derecho²³.

(iii) La consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante²⁴.

(iv) Se puede interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos son extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión²⁵. (Negrillas de la Sala)

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, una de las excepciones a la temeridad que permiten la interposición de una nueva acción de tutela tiene sustento en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la tutela anterior que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales de la accionante, lo que le permite al juez pronunciarse de fondo sobre el asunto que se demanda.

En el caso en estudio, la señora Natalia Beltrán Polanco afirma que presentó acción de tutela contra los mismos accionados ante el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, por la vulneración de sus derechos fundamentales, el cual resolvió negar las pretensiones, siendo confirmada la decisión en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina²⁶.

Ahora bien, la Sala consideró pertinente consultar la plataforma digital Tyba ambiente web con el fin de verificar el contenido de la tutela presentada por la accionante ante el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés²⁷ y compararla con

²² Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-1215 de 2003 (Clara Inés Vargas Hernández), T-721 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-184 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-308 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-145 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-091 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-001 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

²³ Corte Constitucional, sentencia T-721 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁴ Sobre este punto, pueden verse las sentencias T-149 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-566 de 2001, T-458 de 2003, T-919 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-707 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁵ Ver, entre otras, la sentencia T-096 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez)

²⁶ Hechos decimo segundo y décimo tercero de la demanda de tutela. Índice 03 expediente digital.

²⁷ Exp. No. 8800131050012020220008300 consultado:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/Ciudadanos/frmConsulta.aspx?opcion=consulta>.

el presente proceso con el fin de observar si existe identidad entre las acciones, a saber:

Despacho Judicial	Partes	Pretensiones	Derechos fundamentales
Juzgado Laboral	<p>Accionante: Natalia Beltrán Polanco</p> <p>Accionados: Dirección de Impuestos Nacionales y Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE</p>	<p>•“ Se protejan mis derechos fundamentales al debido proceso, a la libre circulación, a la residencia y al trabajo, y se ordene a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE que de forma inmediata y en un término máximo de 48 horas proceda a expedir la residencia temporal con fines de registro conforme lo dispone la sentencia C-530 de 1993.</p> <p>Subsidiariamente, solicito se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, que de forma inmediata y en el término máximo de 48 horas proceda a tramitar la residencia temporal para laborar, cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos señalados en el Decreto 2762 de 1991 y del Acuerdo 001 de 2002.</p> <p>• Que hasta tanto no se obtenga la residencia temporal en cualquiera de los dos eventos solicitados, se mantengan suspendidos los términos para nombramiento y toma de posesión en el cargo GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127739, en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.”</p>	Debido proceso, a la libre circulación, a la residencia y al trabajo
Juzgado Administrativo	<p>Accionante: Natalia Beltrán Polanco</p> <p>Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, Dirección de Impuestos Nacionales y Oficina de Control de</p>	<p>“Primero: Amparar los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo (art. 25 constitucional), acceso a la carrera administrativa por meritocracia (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), debido proceso (art. 29 constitucional), IGUALDAD (art. 13 constitucional) y los demás que de oficio pudiese tutelar a mi favor.</p>	Mínimo vital, trabajo, acceso a la carrera por concurso de méritos, igualdad y debido proceso.

	<p>Circulación y Residencia – OCCRE</p>	<p>Segundo: Ordenar al Director Administrativo OCCRE, Osbaldo Manuel Madariaga Archbold o quien haga sus veces al momento de la notificación del fallo de la presente tutela , que expida el correspondiente permiso de Residencia y Circulación a mi favor, con la finalidad de que se materialice la posesión al cargo denominado GESTOR II Código 302 Grado 02, - ID16532, con código de ficha CT-CR-3007 de la División de Fiscalización Tributaria Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales— DIAN.</p> <p>Tercero: Ordenar al director general de la DIAN, Luis Carlos Reyes Hernández o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes la notificación del fallo de esta tutela ejecute los trámites pertinentes, suficientes e idóneos, para que se materialice la posesión en el cargo denominado GESTOR II Código 302 Grado 02, - ID16532, con código de ficha CT-CR-3007 de la División de Fiscalización Tributaria Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales— DIAN.</p> <p>Cuarto: Ordenar al director general de la DIAN, Luis Carlos Reyes Hernández o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes la notificación del fallo de esta tutela, en caso de no materializar la posesión de la accionante en el referido cargo, se elija una plaza diferente dentro de las plazas disponibles para el empleo,</p>	
--	---	---	--

		<p>para materializar la posesión al cargo.</p> <p>Quinto: Ordenar al director general de la CNSC, Jorge Alirio Ortega Cerón ejercer vigilancia y control sobre el proceso de selección en referencia, con la finalidad de salvaguardar los derechos y las garantías de los concursantes y evitar medidas dilatorias en los procesos de toma de posesión del cargo como es en el presente caso.</p> <p>Sexto: Ordenar a las entidades accionadas, realizar la debida notificación de las operaciones y trámites administrativos ejecutados, en aras de garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales invocados por la accionante.”</p>	
--	--	--	--

Conforme el cuadro comparativo expuesto, observa esta Corporación que si bien es cierto, la tutela tramitada en el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés isla va dirigida en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Oficina de Circulación y Residencia - OCCRE, entidades que se encuentran accionadas en este proceso, las pretensiones de la primera tienen el objeto única y exclusivamente dirigido a la expedición de la tarjeta de residencia a favor de la accionante y a la suspensión de los términos de posesión del cargo ganado por el concurso de méritos. Esto no es lo que ocurre con el trámite que se surte en esta instancia, debido a que, adicionalmente, se solicita que de no posesionarse en el cargo que se encuentra en la isla se elija otra plaza para ser ubicada en otra ciudad donde se encuentre vacante el cargo denominado GESTOR II Código 302 Grado 02, - ID16532.

En tal sentido, la Sala considera, contrario a lo que afirma la DIAN, que no existe una actuación temeraria por parte de la accionante, toda vez que los hechos que sustentan la presentación de la segunda acción de tutela son diferentes, pues lo que se observa claramente es la intención de la señora Natalia Beltrán Polanco que sea protegido el derecho a no perder la oportunidad de ser posesionada en el cargo obtenido en el concurso de méritos convocado por la autoridad tributaria. Se trata, a juicio de esta Sala, de una diferencia que no es meramente sutil y que justifica la

interposición de una nueva tutela que se encuentra en estudio en segunda instancia, puesto que en esta tutela está solicitando que, en caso de no ser expedida la tarjeta de residencia, ella pueda tomar posesión de su cargo en una plaza diferente a la de San Andrés Isla.

Así pues, la Sala no encuentra elementos que le permitan inferir que se ha desvirtuado la presunción de buena fe, en la medida en que la segunda acción de tutela tiene unos cometidos diferentes respecto de la DIAN, ya que no está solicitando suspensión de términos para tomar posesión, sino que está reclamando del juez constitucional ser protegida para que se materialice efectivamente la posesión en el cargo para el cual concursó la señora Natalia Beltrán Polanco. Y a lo anterior agrega que, en caso de no darse la posesión, se elija una plaza diferente que se encuentre disponible para acceder al empleo ganado por mérito. Esta circunstancia clarifica a esta Sala que no se ha configurado la alegada temeridad en el ejercicio de la acción constitucional.

Precisado lo anterior, se debe estudiar si, aunque no se haya estructurado la actuación temeraria por la interposición de las tutelas señaladas, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional como lo manifiesta la DIAN, toda vez que el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés isla, en sentencia de primera instancia negó el amparo deprecado por la accionante y posteriormente fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Sobre la cosa juzgada, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:²⁸

“
(...)

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencias C-774 de 2001²⁹ y T-249 de 2016³⁰, definió a la cosa juzgada como una << (...) institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas (...)>>.

(...)

De igual manera, ha sostenido que se predica la existencia de cosa juzgada constitucional cuando se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria

²⁸ SU-027/21 Corte Constitucional.

²⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

de un fallo de tutela y, entre el nuevo proceso y el anterior, se presenta identidad jurídica de partes, objeto y causa³¹.

1.1.4. Ahora bien, por regla general, un fallo de tutela queda amparado por la figura de la cosa juzgada constitucional en los eventos en los que la Corte Constitucional decide excluir de revisión un fallo o, si el mismo es seleccionado, esta se configura cuando queda ejecutoriada la providencia que expida este Tribunal.

1.1.5. No obstante, esta Corporación ha desvirtuado la configuración de la cosa juzgada en casos excepcionalísimos, entre ellos, los hechos nuevos. La anterior circunstancia puede dar lugar a levantar la cosa juzgada constitucional, así se verifique la identidad de partes, objeto y pretensiones.”

En el caso objeto de estudio, se tiene que Natalia Beltrán Polanco solicitó como pretensión en las dos tutelas precedentemente citadas la expedición del permiso de residencia y circulación a su favor, con la finalidad de que se materialice la posesión al cargo denominado GESTOR II Código 302 Grado 02, - ID16532, con código de ficha CT-CR-3007 de la División de Fiscalización Tributaria Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, discusión que fue resuelta negando el amparo por parte del Juez Laboral del Circuito de San Andrés isla, en sentencia de fecha 02 de septiembre de 2022³² y confirmada por el Tribunal Superior de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Así las cosas, siendo que existe similitud de partes, objeto y causa, frente a la pretensión dirigida a la Oficina de Circulación y Residencia – OCCRE, esta Corporación debe declarar que se ha configurado la cosa juzgada frente a dicho asunto.

En razón de lo anterior, la Sala se limitará a estudiar la presunta vulneración de derechos fundamentales de la señora Beltrán Polanco respecto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en lo concerniente al trámite adelantado por la entidad para dar posesión al cargo obtenido mediante el concurso de méritos convocado.

³¹ Mediante sentencia T-380 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) que citó la sentencia C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corte recordó los elementos a tener en cuenta para analizar la cosa juzgada constitucional, los cuales coinciden con aquéllos que deben identificarse para estudiar la temeridad, estos son:

Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

Identidad de causa petendi (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica

³² Índice 15 – fls. 60 a 128. Expediente digital.

En este proceso discute la accionante la vulneración del derecho a la 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.

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.³³

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

³³ Al respecto se puede ver sentencia SU-913 de 2009 de la Corte Constitucional.

político en igualdad de condiciones y con base en parámetros objetivos (art. 85 de la CP)³⁴.

...La jurisprudencia constitucional ha señalado que el ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos comprende cuatro dimensiones³⁵: (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 incompatibilidad³⁶; (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para tomar posesión de un cargo, diferentes a las establecidas en el 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.”³⁷

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).

³⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-537 de 1993, C-408 de 2001 y C-037 de 2017.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-451 de 2001, SU-339 de 2011, T-257 de 2012.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 2017.

³⁷ Sala Plena. Sentencia C-393/2019. M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

2. La señora Natalia Beltrán Polanco participó en el mencionado concurso para el cargo denominado Gestor II, Código 302, Grado 2, identificado con el código OPEC No. 127739, Nivel Profesional.³⁸

3. 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 la señora Natalia Beltrán Polanco ocupó la posición 45, cuya ubicación de empleo fue en la isla de San Andrés.

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).³⁹

4. Mediante Resolución No. 004569 del 8 de junio de 2022, se efectuó la abstención de nombramiento en periodo de prueba a la señora Natalia Beltrán Polanco, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.110.482.004 en el empleo GESTOR II Código 302 Grado 02, con código de ficha “CT-CR-3007” de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – Seccional San Andrés, debido a que no aportó los requisitos

³⁸ Índice 3 Anexo. Fls 1-5 expediente digital.

³⁹ Índice 3 Anexo. Fls. 39-43 expediente digital.

adicionales requeridos por el empleo a desempeñar, consistente en la acreditación de la residencia en el departamento archipiélago, según las disposiciones de la Oficina de Control, Circulación y Residencia – OCCRE, así como el dominio del idioma inglés.⁴⁰

5. Mediante Resolución No. 007526 del 22 de agosto de 2022, el subdirector de gestión de empleo público de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, resolvió recurso de reposición interpuesto por Natalia Beltrán Polanco, mediante la cual revocó la Resolución No. 004569 del 8 de junio de 2022.⁴¹
6. Mediante Resolución No. 009336 del 06 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 a la señora Natalia Beltrán Polanco 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. La citada resolución fue comunicada mediante Oficio 100190442-007904⁴²
7. Mediante Oficio 127000201-442 del 21 de octubre de 2022, la directora seccional de impuestos y aduanas nacionales de San Andrés, dio respuesta a la solicitud de prórroga para tomar posesión en el cargo obtenido por la accionante en el que accede a la misma, otorgándole 90 días hábiles para la posesión del cargo.⁴³
8. El director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, negó la petición de residencia de la señora Natalia Beltrán Polanco, 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 1993.⁴⁴

⁴⁰ Índice 3- Fls. 31-44 expediente digital.

⁴¹ Índice 3 Anexo fl. 58 expediente digital.

⁴² Índice 3 Anexo Fls. 61-67 expediente digital.

⁴³ Índice 3 Anexo. Fls. 70 expediente digital.

⁴⁴ Índice 3 Anexo. Fls. 52-54 expediente digital.

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

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 examine* - 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.⁴⁵

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 *respet*a situaciones consolidadas tanto de raizales como de no raizales ya residentes en el

⁴⁵Ver 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.

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.

En el caso concreto, es evidente que el cargo de Gestor II Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127723, 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 a la accionante Natalia Beltrán Polanco.

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 1993⁴⁶, en sus artículos 42 y 45 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 42. IDIOMA Y LENGUA OFICIAL EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO. *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.”*

(...)

⁴⁶ Por la cual se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

“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 1994⁴⁷, fueron declarados exequibles 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 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

⁴⁷ **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".

SIGCMA

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.

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.

SIGCMA

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. 004569 del 8 de junio de 2022, mediante la cual se abstuvo de efectuar nombramiento en periodo de prueba a la señora Natalia Beltrán Polanco debido a que no cumplía con el requisito de acreditación de residencia en la isla, así como el dominio del idioma inglés.

Lo anterior indica que la entidad accionada conocía que la 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 la señora Beltrán Polanco, revocó el acto primigenio y en su lugar, la nombró para la plaza de San Andrés. Todo ello sabiendo con certeza que la aspirante nombrada 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 la 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, situación que facultaba a la entidad nominadora de disponer de mecanismos para procurar

garantizar a favor de la 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.

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.

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.

Esta Sala reprocha la actitud de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el sentido de nombrar a personas en cargos de los cuales no pueden posteriormente tomar posesión debido a la falta de cumplimiento de los requisitos

especiales en el caso del territorio insular, teniendo la oportunidad de dar aplicación al Decreto Ley 71 de 2020⁴⁸, 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 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).

Así pues que al encontrarse la 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 -, 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.

Sin embargo, la DIAN ha sido resistente a la reubicación de la accionante, pues solo en estricto cumplimiento de la orden emanada por el juez de primera instancia le cambió la ubicación de vacante a la ciudad de Ibagué mediante Resolución No. 003458 del 28 de abril de 2023⁴⁹, **lo que indica que sí contaba con la vacante en dicha ciudad.**

En tal sentido, la autoridad tributaria y aduanera si cuenta con la capacidad para ubicar en plaza diferente a la accionada, además de ello, esta entidad mediante Decreto 1968 de 2022⁵⁰ creó empleos, entre otros, trescientos (300) en el cargo denominado Gestor II Código 302 grado 02, así como abrió convocatoria No. 2497

⁴⁸ Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la DIAN

⁴⁹ Índice 26 expediente digital.

⁵⁰ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=195789>

de 2022 – proceso de selección modalidad ascenso e ingreso⁵¹, en el que se puede evidenciar la necesidad del servicio a lo largo del territorio nacional.

En virtud de todo lo expuesto, la Sala considera que deben ser tutelados los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, no sin antes precisar que la sentencia de primera instancia debe ser modificada en el sentido de que se evidenció la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de manera parcial, pues ya en anterior pronunciamiento judicial se había zanjado el tema de la solicitud de residencia para poder laborar en el cargo obtenido por concurso de la señora Natalia Beltrán Polanco, en razón de lo cual será declarada en esta instancia la cosa juzgada frente dicho aspecto y se confirmará en todo lo demás la sentencia proferida por el A quo.

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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023), en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada constitucional en la presente acción de tutela respecto de la pretensión contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE- del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, consistente en la expedición del permiso de residencia y circulación, con la finalidad de que se materialice la posesión al cargo denominado GESTOR II Código 302 Grado 02, - ID16532, con código de ficha CT-CR-3007 de la División de Fiscalización Tributaria Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales— DIAN, por la razones expuestas en esta sentencia.

⁵¹ <https://simo.cnsc.gov.co/#ofertaEmpleo>

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: 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.

CUARTO: 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. 88-001-33-33-001-2023-0072-01.)

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: **552d1235f3cad0fb338101f2eb649d36d623cff7ad834edf7f0d29dd6e356447**

Documento generado en 09/06/2023 05:37:01 PM

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