



Asunto: Tutela de Primera Instancia
Radicación: 50001 31 04 003 2022 00075 00.
Accionante: Nelson Iván Velandia Cárdenas.
Accionado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y otro.
Derecho: Igualdad, trabajo, mínimo vital y al debido proceso.

Villavicencio, dos (2) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO

Procede el Despacho a resolver la presente acción de tutela instaurada por **Nelson Iván Velandia Cárdenas** en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE adscrita a la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, mínimo vital y al debido proceso.

2. ANTECEDENTES

Nelson Iván Velandia Cárdenas indicó que el diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - suscribió el Acuerdo No. 0285 con la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC con la finalidad de proveer mil quinientos (1.500) cargos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la planta de personal de la referida dirección, a través del Proceso de Selección DIAN 1461 de dos mil veinte (2020).

Adujo que el nueve (9) de febrero de dos mil veintiuno (2021), a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – Simo - se postuló al empleo 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 – DIAN" que se ofertaba en el Proceso de Selección DIAN No.1461 de dos mil veinte (2020) y cuya convocatoria era realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, además expresó que el veinticinco (25) de junio del mismo año, la aludida comisión le notificó que el cinco (5) de julio siguiente, debía presentar la prueba escrita de competencias básicas, en Villavicencio.

Informó que mediante la Resolución No. 3121 del veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), fueron designados los ciento cincuenta y tres (153) aspirantes que pasaron a la segunda fase de la "OPEC No. 127739", ocupó el puesto ciento



siete (107), de manera que participó en el Curso de Formación que realizó la Universidad Sergio Arboleda del veintiséis (26) de septiembre al veintitrés (23) de noviembre del mismo año para el cargo al que aspira.

Señaló que el dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), fue notificado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - que el veintiocho (28) de noviembre siguiente debía presentar la evaluación final del curso de formación del Proceso de Sección No. 1461 de dos mil veinte (2020), y lo aprobó; así mismo, la Comisión emitió la Resolución No. 62 del once (11) de enero de dos mil veintidós (2022), en la cual conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer cincuenta y un (51) vacantes definitivas” y en la que ocupó el puesto cincuenta (50); por lo que obtuvo el derecho de ser nombrado y posesionado por merito en el empleo “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 – DIAN”.

Refirió que el tres (3) de mayo de dos mil veintidós (2022), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN citó a una audiencia pública que se realizó virtualmente entre el cuatro (4) y el seis (6) de mayo del año en curso, con el fin de que se escogiera alguna de las vacantes ofertadas en diferentes zonas geográficas y al estar dentro de los últimos de la lista plasmada tuvo que “seleccionar todas las plazas”, empero dejó como ultimas opciones San Andrés y Quibdó, según lo estipulado en la constancia de priorización de la referida audiencia.

Agregó que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - le notificó a través del Oficio No. 100511187254 del nueve (9) de mayo de dos mil veintidós (2022), que iniciaba el proceso de inducción virtual, el cual aprobó; por lo que el doce (12) de mayo siguiente recibió el Oficio No. 100151185002558 de la referida Dirección en el que le informaban el resultado de la Audiencia Pública realizada con énfasis en su postulación en la plaza dispuesta para San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así mismo el dieciséis (16) de mayo del presente año la aludida dirección le solicitó la acreditación de residencia en San Andrés, Providencia y Santa Catalina y dominio del idioma Inglés.

Sostuvo que el veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022), envió a través de correo electrónico la certificación de dominio del idioma inglés y en relación a la tarjeta de residencia, solicitó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN ayuda para acceder a la residencia en San Andrés, Providencia y Santa



Catalina conforme a las disposiciones de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE; igualmente, consultó si era posible que lo reubicaran en otra plaza disponible por el retiro o no aceptación del nombramiento de algún participante en el Proceso de Selección No. 1461 de dos mil veinte (2020) – OPEC No. 127739; por lo que el veintiuno (21) de junio del año en curso, la referida Dirección contestó que era el aspirante quien debía acreditar la residencia en San Andrés, Providencia y Santa Catalina y que no podían asignar plazas a efectos de nombrar elegibles.

Sostuvo que el ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- expidió el Acto Administrativo No. 004570 mediante el cual se abstiene de efectuar su nombramiento por no acreditarse su residencia en San Andrés, Providencia y Santa Catalina; de manera que el diez (10) de junio siguiente, mediante correo electrónico solicitó a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE - expedir su tarjeta de residencia y les petitionó tener en cuenta el mérito que obtuvo en el Proceso de Selección No. 1461 de dos mil veinte (2020) – OPEC No. 127739.

Precisó que reiteró su solicitud de forma física el quince (15) de junio del presente año y el trece (13) de junio del año en curso, recibió a través de correo electrónico contestación de la referida oficina, en la que le negó su solicitud de tarjeta de residencia, en razón a que no se encuentra dentro de las excepciones previstas por la Corte Constitucional en la sentencia C- 530 de 1993.

Comunicó que el catorce (14) de junio de dos mil veintidós (2022), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - emitió la Resolución No. 004768 mediante la cual revocaba la Resolución No. 004570 del ocho (8) de junio del presente año en la que se abstenía de efectuar su nombramiento por no acreditar la residencia en el Departamento de San Andrés; ya que no era necesaria dicha acreditación en el periodo de prueba, puesto que dicha obligación se requiere al momento de posesionarse.

Informó que el once (11) de julio del año en curso, solicitó a la referida Dirección que coadyuvara ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE - para obtener la tarjeta de residencia, lo anterior con base en el numeral quinto (5) de la sentencia T- 183 de dos mil diecisiete (2017), en el que se dispuso “Advertir al D. Nacional de la DIAN acerca de su deber de solicitar la expedición de la tarjeta de circulación de los funcionarios que ingresen a la isla, bien sea con fines de registro, bien con fines de control” y subsidiariamente solicitó que “de existir plazas



disponibles lo reubicarán en otra plaza en el orden de mérito, dado que el proceso de obtención de residencia ha sido difícil y desea tomar posesión de su cargo.

Precisó que el treinta y uno (31) de julio de dos mil veintidós (2022), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - le comunicó que no podía acceder a su petición debido a que el concursante era el único responsable de acreditar la residencia y en el Oficio No. 100190442005592 le indicó que mediante la Resolución No. 001191 del veintiséis (26) de julio del año en curso se decidió “nombrarlo en periodo de prueba en el empleo Gestor II, código 302, grado 2 y ubicarlo en la división de recaudo y cobranza de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés de la Unidad Administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN”; por lo que disponía de diez (10) días para aceptar su nombramiento y a partir de ello otros diez (10) días para tomar posesión del cargo.

Agregó que el cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022), envió a los correos isaamsa@dian.gov.co y hmarinz@dian.gov.co un oficio mediante el cual aceptaba el referido nombramiento y solicitó la prórroga que se contempla en el artículo 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de dos mil quince (2015), para tomar posesión del cargo y en respuesta del cinco (5) de agosto siguiente, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - Seccional San Andrés accedió a lo petitionado y le dio como plazo para acreditar la residencia en San Andrés el diecinueve (19) de diciembre del presente año.

Manifestó que no cuenta con otro medio eficaz para solucionar su inconveniente, ya que actualmente atraviesa una situación económica difícil debido a que él y su cónyuge se encuentran desempleados y tienen a su cargo dos (2) hijas menores de edad de seis (6) y un (1) año, además está reportado en la centrales de riesgo debido al incumplimiento de sus obligaciones con las entidades Credivalores y Banco de Bogotá, así mismo citó la decisión STP763 de 2018, con ponencia del magistrado Fernando León Bolaños Palacios de la Corte Suprema de Justicia – sala de decisión de tutelas No. 1.

Conforme a lo anterior solicitó al juez constitucional amparar sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, mínimo vital, mérito y al debido proceso y, en consecuencia, ordenar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE adscrita a la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, expedir tarjeta de residencia con fines de registro a su nombre y el de su núcleo familiar, a fin de posesionarse en el cargo denominado “Gestor II, código 302, grado 2, identificado con el código OPEC No.127739 del nivel profesional de los procesos



misionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN” de la seccional de San Andrés.

3. DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

La demanda de tutela fue admitida mediante auto de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022), providencia en la cual se dispuso correr traslado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE adscrita a la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que ejerciera su derecho a la defensa y a su vez, vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, la Universidad Sergio Arboleda y al Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – Simo para que se pronunciara frente a los hechos de la tutela.

En el mismo auto se ordenó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC que de manera inmediata publicaran el auto admisorio y el escrito de tutela junto con sus anexos en el sitio web dispuesto para la convocatoria del Proceso de Selección DIAN No.1461 de dos mil veinte (2020), y comunique a los concursantes que se encuentren en la lista de elegibles para el mismo cargo o aquellos que puedan resultar afectados con el trámite de la presente acción, que en caso de que lo consideren se pronuncien sobre los hechos de la tutela en un término de dos días hábiles, informándoles que podrán dirigir sus escritos al correo pcto03vcio@cendoj.ramajudicial.gov.co y que alleguen al despacho la debida constancia de publicación una vez lo efectuó.

4. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Juan Carlos Becerra Ruíz en calidad de apoderado judicial indicó que Velandia Cárdenas participó en el proceso de selección DIAN 1461 de dos mil veinte (2020), a través de la OPEC 127739 y que por tal motivo la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC expidió la Resolución No. 62 del once (11) de enero de dos mil veintidós (2022), mediante la cual se adoptaba “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 del nivel profesional de los procesos misionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas



Nacionales – DIAN” vacantes que se distribuyeron por ciudades, entre ellas San Andrés tenía tres (3) vacantes.

Señaló que se establecieron las reglas del Proceso de Selección 1461 de dos mil veinte (2020), a través del Acuerdo No. 285 del mismo año y que en su artículo 32 se indica que una vez se encuentre en firme la lista de elegibles o las primeras posiciones individuales en forma consecutiva y los elegibles aprueben los exámenes médicos y de aptitudes psicofísicas le corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- realizar la audiencia pública de escogencia de vacantes disponibles en diferentes lugares del territorio para un mismo cargo conforme al procedimiento establecido en el artículo 2 del Acuerdo No. 166 de dos mil veinte (2020).

Expresó que conforme al artículo 5 del referido acuerdo la audiencia se desarrollará en estricto orden del mérito de los elegibles, por lo que el participante escogerá el número de vacantes que le sean indicadas y en el orden de preferencia; por lo que al final el aplicativo empleado generará un listado conforme a la información seleccionada por cada persona y con base en este último documento se efectuarán los nombramientos en periodo de prueba.

Agregó que en el presente caso la audiencia pública de escogencias de plazas se realizó desde el cuatro (4) hasta el seis (6) de mayo del año en curso, en el que Velandia Cárdenas obtuvo como resultado la vacante de San Andrés, Providencia y Santa Catalina conforme a la certificación del nueve (9) de mayo del presente año, remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, igualmente reiteró que en el Acuerdo No. 285 del diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020), se establecieron los lineamientos, directrices y reglas del proceso de selección DIAN No. 1461 del mismo año; los cuales se entienden aceptados al momento que el aspirante se inscribe y participa.

Sostuvo que para ejercer empleos ubicados en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés se requiere adicionalmente, acreditar la residencia en el departamento según las disposiciones de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE - y el dominio de los idiomas castellano e inglés, requisitos indispensables para efectuar la posesión del cargo; por lo anterior todos los aspirantes conocían la reglamentación aplicable y los requisitos exigidos en el proceso de selección DIAN 1461 de dos mil veinte (2020), mismos que pertenecen a la esfera de cumplimiento de Velandia Cárdenas y argumentó que lo solicitado por el actor se encuentra por fuera de sus competencias, máxime cuando no se



encuentra legitimada por pasiva y no se evidencia la existencia de vulneración a algún derecho fundamental por el cual solicitó negar el amparo invocado.

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia en su condición de jefe de la Oficina Asesora Judicial precisó que el Proceso de Selección DIAN 1461 de dos mil veinte (2020), se llevó a cabo conforme a lo estipulado en el Acuerdo No. 285 y su anexo modificativo parcial Acuerdo No. 332 del mismo año, además aclaró que es competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - adelantar los tramites que versan sobre la toma de posesión de los elegibles que resulten del referido proceso de selección y es competencia de los aspirantes acreditar los requisitos exigidos para la posesión.

Adujo no estar legitimado en la causa por pasiva, dado que su representada no es la autoridad competente para adelantar los actos relacionados con la toma de posesión del accionante, además refirió que acorde con lo plasmado en el artículo 28.1 del Decreto Ley 71 de 2020 el acto administrativo que expida su representada previa coordinación y planeación con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- determina de forma clara las reglas a las que debe sujetarse el proceso de selección; por lo que en el caso concreto se emitió el Acuerdo No. 285 del diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020), en el que se establecieron las reglas del Proceso DIAN 1461 del mismo año; no obstante precisó que su competencia se da desde la fijación de reglas hasta la expedición de la lista de elegibles y no con lo relativo a la posesión del cargo, puesto que ello es competencia exclusiva de la referida dirección.

Manifestó que la pretensión de Velandia Cárdenas se dirige hacia la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE por ser la entidad encargada del trámite de residencia en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; sin embargo en el artículo 7 del Acuerdo No. 285 del diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020), se advirtió a los aspirantes que respecto a los empleos ubicados en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés se debía cumplir con los requisitos generales más la acreditación de residencia y dominio de los idiomas castellano e inglés.

Sostuvo que constató en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – Simo - que Nelson Ivan Velandia Cárdenas se postuló al empleo 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 – DIAN”, que presentó las pruebas escritas y la evaluación final del curso de formación en el que obtuvo un puntaje total de setenta y siete punto sesenta (77.60) por lo que ocupó el puesto cuarenta y seis (46) en la lista de elegibles con cincuenta y un (51) cargos.

Sobre el estado actual del Proceso de Selección DIAN 1461 de dos mil veinte (2020), enunció que el dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021), concluyó la etapa de verificación de requisitos mínimos y los resultados de las pruebas escritas fueron publicados el cinco (5) de agosto siguiente, posteriormente la Dirección accionada suscribió el Contrato No. 0000982021 con la Universidad Sergio Arboleda con la finalidad de adelantar el curso de formación y cuya evaluación final se realizó el veintiocho (28) de noviembre del año inmediatamente anterior.

Agregó que el once (11) de enero de dos mil veintidós (2022) la comisión informó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - la lista de elegibles que tenía como resultado de la evaluación final y ese mismo día mediante aviso se informó a los aspirantes que el trece (13) de enero siguiente se procedería a publicar la lista de elegibles acorde con lo plasmado en los artículos 25 y 26 del Acuerdo No. 285 de dos mil veinte (2020), al no haberse solicitado exclusión, la lista de elegibles adquirió firmeza; por lo que Velandia Cárdenas ocupa el puesto cuarenta y seis (46) de los cincuenta y un (51) cargos ofertados.

Indicó que no vulneró el derecho al mínimo vital de Velandia Cárdenas toda vez que no adelanta el trámite de residencia solicitado por este, además expresó respecto al derecho al trabajo que está conformado por diversos elementos relacionados con el deber legal, propiciar políticas de empleo y otros subjetivos que se relacionan con el derecho de escoger un empleo; por lo que el poder postularse a un cargo público es una garantía que tiene todo ciudadano de concursar en caso de cumplir con los requisitos establecidos y su trasgresión sucede cuando a través de una acción u omisión arbitraria se limita por parte de una autoridad de manera injustificada el ejercicio de una actividad laboral legítima.

Agregó que conforme a lo anterior un concursante que apruebe todas las pruebas de un concurso público de méritos es titular del derecho al trabajo y por ende tiene derecho a ser nombrado en el cargo al que se postuló; sin embargo, la entidad que representa no es la competente y conforme a ello no vulnerado dicho derecho, ya que quien posee la competencia para los nombramientos y posesiones es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y respecto al acceso a una



carrera administrativa indicó que no le ha sido vulnerada al actor, situación que se repite en relación con el derecho al debido proceso, toda vez que se aplicó conforme a la ley desde la etapa de inicio del respectivo trámite hasta su culminación y en concordancia con los principios de mérito, igualdad, publicidad, transparencia y confiabilidad establecidos en el artículo 3 del Decreto ley 71 de 2020.

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Jorge Noguera Calderón en calidad de rector adjunto y representante legal suplente manifestó que junto la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - suscribieron el contrato No. 000982021 del ocho (8) de junio de dos mil veinte (2020), el cual tenía como objeto “diseñar, virtualizar, desarrollar y evaluar los cursos de formación en conocimientos específicos en asuntos tributarios, aduaneros y cambiarios, que constituyen la fase II del proceso de selección DIAN 1461 del mismo año para la provisión de empleos de nivel profesional de los procesos misionales de la referida dirección”

Señaló que Nelson Iván Velandia Cárdenas se inscribió al cargo OPEC 127739, empero aclaró que no es competente para desarrollar las fases posteriores a las que fueron objeto del contrato, por lo que no estuvo en la fase de elaboración y publicación de la lista de elegibles, dado que esta última etapa es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la dirección accionada; por lo que desconoce la que ocurrió o se publicó posterior a ejecutar el aludido contrato.

Sostuvo que solo es competente para atender reclamaciones, peticiones o acciones judiciales que versen de la fase II del proceso de selección DIAN 1461 de dos mil veinte (2020), la cual se desarrolló con estricto cumplimiento de los principios rectores de la convocatoria y el tiempo establecido en el cronograma.

Agregó que la Comisión accionada tiene que establecer de manera previa las reglas que regirán cada concurso público de méritos que desee llevar a cabo, dado que a través de ellas se establecen los requisitos mínimos de participación, la forma de ser evaluados, las etapas del concurso, las pruebas a aplicar los resultados requeridos y por tal motivo conforme al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 las mismas serán ley para las partes, además de que regulan la actividad de las entidades públicas implicadas dentro del proceso y de las instituciones educativas seleccionadas como contratistas para adelantar dicho trámite, por lo anterior señaló que no se encuentra facultado para responder sobre el asunto de fondo del que trata la presente acción constitucional y solicitó ser desvinculado ya que no le asiste legitimación por pasiva.



OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA – OCCRE

Osbaldo Madariaga Archbold en su condición de Director Administrativo de la Oficina de Control de Circulación y residencia – Occre - informó que, en relación a la negativa de expedir la tarjeta de residencia, en sus funciones tiene el deber de propender por la defensa de la población de las islas afectadas y en peligro por la migración descontrolada, objetivo que le fue encomendado de forma directa por la Constitución Nacional de Colombia; por lo que debe ser riguroso con sus gestiones para garantizar los derechos a la población legalmente asentada, también argumentó que las normas de control poblacional no son laxas en su aplicación por lo que no admiten interpretaciones abiertas; motivo por el cual resulta errado decir que cualquier actividad que vaya a ejecutar un servidor público de una entidad nacional en San Andrés cumple con los requisitos de ingreso con fines de registro plasmados por la Corte Constitucional en la sentencia C- 530 de 1993.

Agregó que conforme a lo estipulado por la Corte Constitucional en la aludida sentencia “solo los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que los integrantes de las fuerzas militares o de policía nacional y los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad – Das le será aplicable acceder de forma positiva respecto a sus solicitudes de residencia para ejecutar actividades laborales en el departamento; por ende solo bastará su registro y no su control”, jerarquías en las que no se encuentra el actor por lo que debe cumplir los requisitos contenido en el Decreto Ley para poder adquirir el derecho de ejercer actividades laborales.

Manifestó que evidenció que Velandia Cárdenas aplicó a la vacante disponible en San Andrés dentro del Proceso de Selección DIAN 1461 de dos mil veinte (2020) – OPEC 127739 sin cumplir con los requisitos para ser residente en el aludido departamento; por lo que el hecho de haber aplicado al cargo no lo califica para ser reconocido como funcionario habilitado bajo los parámetros establecidos en la sentencia C – 530 de 1993, dado que si bien es cierto que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - es una entidad nacional, la norma habla de la calidad del funcionario y omite que tal calidad no la detenta.

Con base en lo anterior, informó que no accedió a la solicitud del accionante de expedir la autorización o registro de ingreso en calidad de residente temporal y le reiteró que su caso no encaja en los preceptos normativos y que no es admisible que por el hecho de ser un servidor público pretenda pertenecer en un cargo que se encuentra creado para ser desarrollado en la isla de forma permanente, ya que ello



resulta desproporcionado y por ello el actor debe acreditar los requisitos exigidos para tal fin.

Por lo anterior, solicitó al juez constitucional tener presentes las medidas especiales para laborar en San Andrés y no tutelar lo pretendido por Velandia Cárdenas toda vez que no le fueron vulnerados los derechos invocados y se estudió el caso conforme al trámite correspondiente.

5. EL PROBLEMA JURÍDICO

Adelantado el trámite de la presente actuación de tutela y conforme a las peticiones de la demanda, se presenta como planteamiento a resolver si la Oficina de Control y Circulación de Residencia, OCCRE, de San Andrés, Islas vulneró derecho fundamental alguno, al negarle la tarjeta de residencia temporal a una persona que ganó un concurso de méritos para desempeñarse como funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN en esta zona del territorio nacional.

6. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la tutela es un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales que procede sólo, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (Art. 6 del Decreto 2591 de 1991), de ahí su carácter subsidiario y residual.

Respecto a la labor constitucional que el Decreto 2762 de 1991, le confirió a la Oficina de Control y Circulación de Residencia – OCCRE de San Andrés se ha de reiterar lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-530 de 1993, que conoció de la demanda de inconstitucional del referido decreto, en ella indicó:

“Observa la Corte que fue voluntad explícita del constituyente consagrar un régimen especial y distinto para este Departamento Archipiélago, así como asegurar la efectividad de dicho régimen mediante el expediente de la concesión de facultades extraordinarias al Gobierno Nacional.

En este sentido la Corte desea realizar las siguientes cinco precisiones:

Primero, el régimen especial de San Andrés debe ser leído a la luz del principio de la unidad nacional. Dicho principio es el primero de los fines señalados en el preámbulo de la Constitución. Igualmente, el artículo 2º superior consagra



dentro de los fines esenciales del Estado el mantenimiento de la integridad territorial. De allí que el artículo 188 ídem indique que el presidente de la República simboliza la unidad nacional.

Ahora bien, unidad nacional no significa intolerancia con la diversidad. Por el contrario, los artículos 7° y 8° superiores consagran el deber de conservar la diversidad étnica y cultural y las riquezas naturales de la nación. Por ello la unidad nacional implica el reconocimiento del pluralismo, que es también un valor fundante del Estado consagrado en el preámbulo y en los artículos 1° y 2° de la Constitución. En consecuencia, observa la Corte que el Decreto que nos ocupa es una norma especial que pretende consagrar un régimen excepcional a la regulación general del país para una región especial, con el ánimo de establecer mecanismos que permitan conservar la unidad nacional en un ambiente pluralista y heterogéneo.

Segundo, el régimen especial consagrado en el Decreto 2762 de 1991 debe ser en lo posible un régimen temporal, es decir su vigencia se justificaría sólo mientras se den las circunstancias especiales; se trata pues de una respuesta a un problema concreto, que al desaparecer éste debería igualmente desaparecer aquélla.

Tercero, y como consecuencia de lo anterior, los derechos plenos son la regla general y sus limitaciones son la excepción. Ello porque en un Estado social de derecho la vida digna de las personas es el fin último del poder. Tal dignidad, que bebe en las fuentes del humanismo y la democracia, implica entonces que allí donde por circunstancias excepcionales sea necesario limitar los derechos debe hacerse con el mínimo de sacrificio de los mismos. En este marco entonces se inscribe la norma sub júdice, de suerte que su lectura por parte de los operadores jurídicos debe apuntar siempre a minimizar las limitaciones a los derechos que en ella se restringen.

Cuarto, en el Decreto estudiado se establece, como se anotó, un régimen especial, que en algunas de sus disposiciones (art. 3° literal b) consagra facultades discrecionales para la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago, las cuales deben ser ejercidas de manera razonable y no arbitraria, como por ejemplo la calificación de la "buena conducta" de las personas y aún la calificación de su "solvencia económica". Estos conceptos son denominados por la doctrina "cláusulas abiertas" o "conceptos jurídicos indeterminados". Respecto de ellos ha sostenido García de Enterría que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten no implican en ningún caso una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no.[8] En este sentido el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo señala que "en la medida en que el contenido de una decisión... sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los



hechos que le sirven de causa". Es por ello que deben tener mucha prudencia y mesura las autoridades encargadas de calificar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la norma estudiada, con el fin de evitar la arbitrariedad.

Y quinto, y como consecuencia del punto anterior, las decisiones de las autoridades del Departamento Archipiélago en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 2762 de 1991 son decisiones administrativas objeto del control tanto administrativo como contencioso. Ello porque en un Estado social de derecho las competencias son regladas y su ejercicio debe someterse al principio de legalidad, que implica no sólo la observancia en la formación y aplicación de los actos sino también su control.

*(...) "No obstante lo anterior, la Corte Constitucional desea aclarar el alcance de esta limitación respecto de los **servidores públicos nacionales** que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía 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, así:*

Este grupo de servidores públicos del nivel nacional son ciertamente objeto de la tarjeta de residente temporal, pero con fines de registro mas no de control, de suerte que no les son aplicables las normas relativas a el cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8º, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art. 10), ni las causales de pérdida de la tarjeta (art. 11), ni tendrán que pagar por la tarjeta (art. 32)." (Subrayado y Negrilla del Despacho)

7. DEL CASO CONCRETO

Del análisis del expediente se tiene que Nelson Iván Velandia Cárdenas se presentó en el Proceso de Selección DIAN 1461 de dos mil veinte (2020), para el empleo 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 – DIAN", concurso que fue adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Sergio Arboleda.

En ese sentido, la aludida comisión emitió la Resolución No. 62 del once (11) de enero de dos mil veintidós (2022), mediante la cual se adoptó la lista de elegibles y en la que ocupó el puesto cuarenta y seis (46), luego y en razón a su puesto escogió San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así mismo mediante el Oficio No. 100151185002579 del dieciséis (16) de mayo del presente año, la DIAN le solicitó



la acreditación de residencia en San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el dominio del idioma inglés; por lo que el veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022), envió la certificación de dominio del idioma inglés, solicitó que respecto a la residencia, le ayudaran para acceder a ella y les consultó si era posible que lo reubicaran en otra plaza, solicitud que fue negada el veintiuno (21) de junio siguiente, en la que le indicaron que era el elegible quien debía acreditar la residencia en San Andrés, Providencia y Santa Catalina y que no le podían asignar plazas.

Así mismo, el ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN expidió el Acto Administrativo No. 004570 mediante el cual se abstenía de efectuar su nombramiento por no acreditarse su residencia en San Andrés, Providencia y Santa Catalina; motivo por el cual el diez (10) de junio siguiente solicitó a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE expedir su tarjeta de residencia, solicitud que reiteró de forma física el quince (15) de junio del presente año y que le fue negada dado que no se encontraba dentro de las excepciones previstas por la Corte Constitucional en la sentencia C-530 de 1993.

El catorce (14) de junio de dos mil veintidós (2022), la DIAN emitió la Resolución No. 004768 mediante la cual revocaba la Resolución No. 004570 del ocho (8) de junio del presente año en la que se abstenía de efectuar su nombramiento por no acreditar la residencia en el Departamento de San Andrés; por lo que el once (11) de julio del año en curso le solicitó a la DIAN que coadyuvara ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE para él poder obtener la tarjeta de residencia y reiteró su solicitud de que de existir plazas disponibles lo reubicaran.

De conformidad con lo anterior el treinta y uno (31) de julio de dos mil veintidós (2022), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN - le manifestó que no podía acceder a su petición debido a que el concursante era el único responsable de acreditar la residencia y le indicó que mediante la Resolución No. 001191 del veintiséis (26) de julio del año en curso decidió “nombrarlo en periodo de prueba en el empleo Gestor II, código 302, grado 2 y ubicarlo en la división de recaudo y cobranza de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés de la Unidad Administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN”; por lo que el cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022), aceptó el nombramiento y solicitó prórroga para tomar posesión del cargo, la cual le fue concedida y se le dio plazo para acreditar la residencia en San Andrés hasta el diecinueve (19) de diciembre del presente año.



Conforme lo precedente se ha de decir que si bien el accionante no cumple en estricto sentido la calidad de "funcionario público" como lo manifestó la OCCRE, VELANDIA CÁRDENAS, participó en el Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales conforme el Acuerdo No. 0285 de 2020.

Así mismo se tiene que una vez agotadas las etapas del proceso de selección, resultó elegible para el referido empleo y se le asignó la plaza de San Andrés y que a pesar de que solicitó residencia para poder tomar posesión de su cargo en la isla, la OCCRE se negó a ello en razón a que "...respecto a su solicitud de residencia para ocupar el cargo de GESTOR II, código 302, Grado 02, identificado con el código OPEC No. 127739 del nivel profesional para los procesos misionales en carrera administrativa en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - no es viable la misma toda vez, que el antes mencionado no cumple funciones como las anotadas en la Sentencia C -530 de 1993, para que se les conceda la respectiva tarjeta de residencia con fines de registro mas no de control...".

No obstante, lo anterior, y aun cuando la DIAN se abstuvo de nombrarlo en periodo de prueba por no contar con la residencia en el referido archipiélago, el veintiséis (26) de julio de dos mil veintidós (2022), mediante Resolución N° 001191 esto fue revocado y se efectuó el respectivo nombramiento, el cual aceptó, pero solicitó prórroga, la cual le fue concedida hasta el diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Pues bien, hechas las anteriores precisiones el despacho encuentra lo siguiente:

En el Acuerdo 285 de 2020¹, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la DIAN, en el párrafo 4º del artículo 7º, fijaron como regla específica en dicho concurso de méritos que:

De conformidad con el artículo 3, Parágrafo dos 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 consonancia con el artículo 310 de la Constitución Política, para ejercer el



empleo 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 posición en los respectivos empleos.

Lo anterior significa que le corresponde al concursante acreditar este requisito al momento de la posesión, conforme lo dispusieron esas entidades en la convocatoria y lo consignó la DIAN en el acto administrativo (Resolución No. 001191 del 26 de julio de 2022) a través del cual lo nombró. Así las cosas, se concluye que el derecho al trabajo y al acceso a la administración pública no le ha sido vulnerado por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y LA DIAN al aquí actor.

Ahora, en relación con el debido proceso administrativo concluye el Juzgado que efectivamente le fue vulnerado al señor NELSON VELANDIA por parte de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE -, toda vez que le contestó al accionante como si se tratara de un derecho de petición más no como una actuación en la cual se definía una situación particular razón por la cual debía esa Oficina emitir un acto administrativo en el cual se expusieran los fundamentos de hecho y de derecho, al igual que, el sentido de la resolución y asimismo indicarle qué recursos caben contra esa decisión.

Esto en aplicación de los artículos 34 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo, en especial, el artículo 67, el cual textualmente dispone que:

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, **los recursos que legalmente proceden**, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación. (Negritas fuera de texto)

Obsérvese que es un requisito de validez la indicación de los recursos que proceden contra el acto administrativo pertinente, lo cual, en el oficio No. 1050, emanado de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE -, y suscrito por OSBALDO MANUEL MADARIAGA ARCHBOLD, Director Administrativo OCCRE -.



Por este motivo se tutelaré el derecho fundamental del debido proceso a favor de NELSON VELANDIA y se ordena a Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE -, a través de su Director Administrativo , que en el término de 48 horas expida el correspondiente acto administrativo resolviendo la solicitud de la expedición de tarjeta de residencia temporal como trabajador foráneo a NELSON IVÁN VELANDIA, en la cual, en el evento de serle adversa, se le indique los recursos que proceden contra dicho acto administrativo.

Aquí debe aclararse que no le corresponde al juez constitucional entrar a definir si el cargo para el cual fue nombrado NELSON VELANDIA por la DIAN es de aquellos que se encuentra exceptuados en la sentencia C-530 de 1993, al declarar exequible de manera condicionada el decreto 2762 de 1991, así:

Declarar EXEQUIBLE el Decreto N° 2762 de 1991, por las razones expuestas en esta sentencia, en el entendido que a los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía 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, dicho Decreto se les aplica con las limitaciones establecidas en el cuerpo de esta sentencia.

Es que, esa discusión debe ser objeto de un debate probatorio amplio y por ende bajo la ritualidad del correspondiente proceso establecido por la ley.

De otra parte, no se tutelaré el derecho fundamental del debido proceso de manera transitoria y ordenar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE -, que expida la tarjeta de residencia temporal, pues no se está ante un perjuicio irremediable, pues, si el actor tiene plazo hasta el 19 de diciembre de 2022 para acreditar ese requisito ante la DIAN, una vez le sea resuelta su solicitud, que como se ordenó debe serlo en 48 horas a partir de la notificación de este fallo, si la decisión le es adversa, podrá acudir a la jurisdicción contenciosa y solicitar las medidas cautelares a que haya lugar.

Desvincular de la presente acción de tutela a la UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, por falta de legitimación por pasiva en la causa.

En mérito de lo expuesto el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,



8. RESUELVE:

PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia, se dispone **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso administrativo de **NELSON IVÁN VELANDIA CÁRDENAS** y **ORDENAR** a la **Oficina de Control de Circulación y Residencia de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (OCCRE)** que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, resuelva mediante acto administrativo la solicitud de la expedición de tarjeta de residencia temporal como trabajador foráneo a NELSON IVÁN VELANDIA, en la cual, en el evento de serle adversa, se le indique los recursos que proceden contra dicho acto administrativo.

SEGUNDO: DECLARAR que a **NELSON IVÁN VELANDIA CÁRDENAS** la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** no le han vulnerado sus derechos fundamentales al trabajo y acceso a la administración pública, razón por la cual se declara improcedente la acción de tutela en contra de dichas entidades.

TERCERO: DESVINCULAR de esta acción de tutela a la **UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**.

CUARTO: NOTIFICAR este fallo a las partes, advirtiéndoles que contarán con el término de tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia para efectos de la impugnación, conforme lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En firme esta providencia y de no haber sido impugnada, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**OSCAR LEÓN SERRANO FRANCO JUEZ
JUEZ**