

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: Impugnación Tutela
Accionante: LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA
Accionada: CNSC y DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS
Procedencia: Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín
Radicado N°: 05001-31-05-009-2022-00438-01 (T2-22-464)
Decisión: Modifica, revoca y confirma

En Medellín, a los diecinueve (19) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, reconfigurada por permiso de los magistrados Carlos Alberto Lebrún Morales y Nancy Gutiérrez Salazar, resuelve la impugnación interpuesta en su oportunidad por la CNSC en contra de la decisión adoptada por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** que promovió **LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** y del **DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en la cual se dispensó el amparo constitucional solicitado.

El magistrado ponente, **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, previa deliberación sobre el asunto en Sala, acordó la siguiente solución al caso planteado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA, que previo al amparo de sus derechos fundamentales invocados, se ordene a las accionadas expedir la tarjeta O.C.C.R.E. para tomar posesión del cargo en carrera administrativa.

Como fundamento fáctico de la acción, señaló el señor LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA que tiene dos hijos menores de edad que dependen de él, que está desempleado y no tiene fuentes de ingreso; que mediante Resolución n.º 662710 de 2021

la CNSC publicó la lista de elegibles para el cargo Profesional Universitario en el Área de Comunicaciones de la Secretaría de Desarrollo Social de la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; que el ente territorial solicitó su exclusión de la lista por no cumplir con el permiso de residencia exigido por la Oficina de Circulación y Residencia - O.C.C.R.E.-, el cual es un requisito para acceder al cargo; que por Resolución n.º 4844 del 20 de mayo de 2022 la CNSC resolvió no excluirlo e instó al nominador para que procediera con el nombramiento por cuanto la tarjeta O.C.C.R.E. no constituye un requisito mínimo de participación en el concurso público de méritos; que el 28 de junio de 2022 fue nombrado en el cargo, aceptándolo el 8 de julio de 2022, aunque solicitó una prórroga para la toma de posesión; que la Oficina de Talento Humano le indicó que era requisito para el ejercicio del cargo el permiso de la OCCRE y un certificado de acreditación de inglés, los que están por fuera del concurso y limitan la posesión en el cargo; que ha solicitado dos veces la indicación sobre cómo obtener el permiso laboral de residencia, sin que se le haya dado respuesta, por lo que solicitó nueva prórroga para la posesión hasta el 18 de octubre de 2022; y que el 30 de agosto de 2022 solicitó a la CNSC facilitar la expedición de la tarjeta OCCRE.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

El juzgado de conocimiento admitió la acción constitucional el 10 de octubre de 2022 (doc. 02), disponiendo su notificación a la parte accionada.

Luego de notificada (doc. 03), la CNSC rindió informe indicando que al quedar en firme la lista de elegibles, la CNSC pierde competencia, correspondiéndole a la entidad nominadora continuar con el correspondiente nombramiento; que no tiene competencia para administrar la planta de personal de la entidad territorial accionada, ni facultad nominadora, así como tampoco tiene incidencia en la expedición de los actos administrativos de aquella, por lo cual no es la llamada a atender las pretensiones del accionante; que el parágrafo 3º del artículo 6 del Acuerdo de la Convocatoria establece que la condición de residente permanente es un requisito de posesión debiéndose acreditar la tarjeta O.C.R.E.E. ante la entidad nominadora, cuya expedición ni siquiera es competencia de la CNSC; y que le compete a la Gobernación del Archipiélago de San

Andrés, Providencia y Santa Catalina, verificar el trámite de la dicha tarjeta conforme los requisitos establecidos por la Oficina de Control, Circulación y Residencia.

Por su parte, el DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA rindió informe, asuntando a través de la Directora Administrativa de la OCCRE, que no cualquier actividad ejecutada o por ejecutarse en el territorio del Archipiélago por un servidor de cualquier entidad nacional, cumple *per se* con los presupuestos establecidos para su ingreso al archipiélago; que en la Sentencia C-530 de 1993 se estableció que la solicitud de residencia para ejecutar actividades laborales solo es aplicable a “...*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 de Seguridad DAS...*”; que cualquier otro funcionario debe cumplir las formas y procedimientos para poder adquirir el derecho a la residencia permanente y poder ejercer actividades laborales, como es el caso del cargo de Profesional Universitario, el que por ser de orden territorial y no nacional, no es dable avalar su ingreso; y que los servidores públicos que pueden ingresar son objeto de residencia temporal sujeta a modificaciones y en el caso del accionante, pretende permanecer en un cargo creado para ser desarrollado de manera permanente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de haberse decretado en segunda instancia la nulidad de lo actuado por auto del 16 de noviembre de 2022 (doc. 22), mediante decisión proferida el 25 de noviembre de 2022 (doc. 27), el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín dispensó el amparo instado, ordenando al ente territorial otorgar el permiso requerido para que el accionante se posesione en el cargo para el que fue nombrado, y a realizar oportunamente la subsecuente posesión, al tiempo de ordenar a la CNSC el seguimiento de las actuaciones del ente territorial en este sentido. Al efecto, concluyó que:

“(...), el actuar de la mencionada entidad afecta directamente los derechos del accionante, pues el ingreso a la isla no constituye un capricho del actor, sino que requiere el mismo para posesionarse y ejercer el cargo para el cual fue nombrado. (...) la accionada únicamente se esforzó por emitir acto administrativo negando la

solicitud de residencia temporal sin realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad sobre los derechos fundamentales que se podrían ver afectados en el caso particular, vulnera así su derecho al trabajo, ya que el requisito exigido y su negación por parte de la (...) la Gobernación del Archipiélago de San Andrés impide que el actor tome posesión como profesional universitario, (...) en efecto el aquí el actor, 17 de julio del 2022 como el 22 de agosto del 2022, presentó petición la OCCRE relacionada con obtener el permiso temporal de residencia requerido y (..) fue el primero en la lista de legibles para el cargo denominado como profesional universitario, Código 219, Grado 12. (...). Por lo anterior, la negativa de conceder el permiso temporal de residencia, la prórroga del término para la toma de posesión y la exigencia requisitos adicionales para posesionar al profesional universitario que superó por concurso de méritos su cargo público, afecta directamente su derecho fundamental al trabajo, pues se le imponen cargas y trabas administrativas para que efectivamente tome posesión del cargo respecto del cual superó el concurso de méritos. Al no existir justificación para desconocer el precedente judicial y brindar un trato discriminatorio, se tutelaré el derecho al trabajo y ordenaré a la GOBERNACIÓN DEL ARCHIPIELAGO SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA – Oficinas de Talento Humano y de Control, Circulación y Residencia, en cabeza de sus titulares, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas gestionen lo necesario y procedan con la expedición de la respectiva tarjeta de residencia temporal, requisito exigido para que el aquí accionante pueda posesionarse; igualmente, para que extienda el término para posesionarse hasta el cumplimiento del referido requisito y asignen fecha para posesión, la cual se deberá realizarse en un término máximo de quince (15) días hábiles posteriores a la recepción de la notificación de la presente decisión. (...).”

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la CNSC impugnó la misma, aduciendo para ello que frente a los actos administrativos que regulan los procesos de selección, la Corte Constitucional ha establecido dos sub reglas para la procedencia de la acción de tutela: (i) que sea un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable e inminente que requiera medidas urgentes, ser grave e impostergable y que (i) el medio de defensa existente sea

ineficaz en la práctica; sin que el accionante demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, además de contar con acciones efectivas eficaces que puede ejercer a través de la jurisdicción contencioso administrativa; que el artículo 50 del Acuerdo de la Convocatoria establece la condición de residente permanente del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como requisito para la posesión, siendo el trámite de la tarjeta O.C.C.R.E. competencia del ente territorial; y que es responsabilidad de la entidad nominadora finalizar el proceso de nombramiento en periodo de prueba, posesión y evaluación, siendo la nominadora quien debe corroborar el cumplimiento por parte de los aspirantes de los documentos exigidos para la posesión del cargo.

PRUEBAS RECAUDADAS

Del material probatorio que obra en el expediente la Sala destaca lo siguiente:

- RESOLUCIÓN n.º 4844 20 de mayo del 2022 (doc. 01 pág. 13 a 32).
- Solicitudes para trámite de permiso de permanencia temporal y prórroga de posesión (doc. 01 pág. 33 a 36, 38 a 44, 47 y 48).
- Respuesta a solicitudes (doc. 01 pág. 45, 49 y 50).
- Decreto n.º 0287 del 28 de junio de 2022 (doc. 01 pág. 37).
- Auto n.º 250 de la Comisaría de Familia de la Comuna Doce de Medellín (doc. 01 pág. 31 a 52).
- Cédula de ciudadanía del accionante (doc. 01 pág. 53).
- Acuerdo n.º CNSC – 20191000001636 del 4 de marzo de 2019, “(...) *Convocatoria No. 1110 de 2019 – TERRITORIAL 2019 (...)*” (doc. 26)

En orden y previo a decidir la impugnación formulada por el extremo activo de la acción constitucional y dentro del término legal, esta Corporación estima necesario hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES

La Constitución Política establece el derecho de toda persona a promover la acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por él mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Teniendo en cuenta el relato fáctico que dio origen a la presente acción, el problema jurídico puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar, si el DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos del señor LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA.

Para resolver lo anterior, la Sala se pronunciará sobre: i) el principio de subsidiaridad y procedencia de la acción de tutela en materia de concursos públicos de méritos, ii) la ponderación entre los requisitos para obtener la tarjeta de la OCCRE, iii) el principio del mérito y la consagración de la carrera administrativa, y los derechos fundamentales del accionante dentro del concurso público de mérito, y iv) el caso concreto.

i) El carácter subsidiario de la acción de tutela.

A este respecto cumple traer a colación lo estatuido por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

- 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...)” (Subrayas fuera de texto).*

De la disposición transcrita, desarrollada en el tercer inciso del artículo 86 de la Carta, se infiere que la Acción de Tutela procede: i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o de protección, caso en el cual adquiere el carácter de mecanismo subsidiario y el juez impartirá una orden definitiva; y, en segundo lugar, ii) cuando existiendo el medio de defensa judicial éste no es idóneo o eficaz para evitar un perjuicio irremediable. En este evento, la orden judicial se imparte con carácter transitorio, mientras se emite pronunciamiento por el juez competente por la vía judicial ordinaria (Sentencias T 260 de 2003, SU 355 del 11 de junio de 2015, MP Dr. Mauricio González Cuervo).

Sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela, en lo atinente al estudio de legalidad de actos administrativos, en sentencia T-059 de 2019 de la Corte Constitucional ha reiterado que tal particularidad impide que dicha acción, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales.

“(...) respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, esta Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.”

Igualmente precisó que, en materia de concursos públicos de méritos, la regla de subsidiariedad tiene algunas excepciones, como se explica a continuación:

“(...) cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico.”

Precedente que recoge lo que en esta materia, había adoctrinado la Alta Corporación en sentencia T-800 de 2011, según la cual:

“(…) aun cuando para este caso hay otro medio de defensa judicial susceptible de ser ejercido ante la justicia contencioso-administrativa, lo cierto es que no puede asegurarse que sea eficaz, pues la terminación del proceso podría darse cuando ya se haya puesto fin al concurso de méritos, y sea demasiado tarde para reclamar en caso de que el demandante tuviera razón en sus quejas. Ciertamente, el peticionario podría reclamar ante el juez contencioso la suspensión provisional del acto de asignación de puntajes que cuestiona como irregular, pero incluso si se le concediera esta decisión no tendría la virtualidad de restablecer de inmediato los derechos del accionante y, en cambio, podría dejarlo en una situación de indefinición perjudicial en el trámite de las etapas subsiguientes del concurso.”

Ello así, las acciones de tutela relativas a actos administrativos proferidos al interior de concursos de méritos, *prima facie*, son improcedentes, en razón a que el afectado puede acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y sus medidas cautelares ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Empero, al juez constitucional siempre le corresponderá determinar si esos medios de defensa existentes en el ordenamiento jurídico

son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto, para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

ii) Ponderación entre los requisitos para obtener la tarjeta de la OCCRE y los derechos fundamentales del accionante dentro del concurso público de mérito

La Corte Constitucional en sentencia T-294 de 2018, al delimitar la facultad de la OCCRE para otorgar residencia en la Isla de San Andrés, adoctrino que:

“(...) si bien el artículo 310 Superior estableció una garantía a las condiciones especiales del Archipiélago que permite limitar el derecho a circular y a establecer la residencia libremente en ese departamento, ello no implica que, cuando estas medidas vulneren otras garantías constitucionales no sea imperioso determinar su inaplicación.

La ponderación de intereses en este caso entonces, debe conducir a conceder el amparo deprecado pues la afectación a los derechos fundamentales de la accionante es de considerable intensidad, mientras que no resulta claro cuál es el grado de afectación para la Isla derivado de la permanencia de una persona (...).

Considera la Corte que en el presente caso resulta razonable que el interés, reconocido constitucionalmente, que persigue el control poblacional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina regulado en el Decreto 2762 de 1991, ceda en este asunto con el fin de proteger los derechos fundamentales (...).

Por las consideraciones expuestas la Corte empleará la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 4 de la Constitución, que faculta a funcionarios judiciales, autoridades administrativas y particulares para inaplicar una determinada norma del ordenamiento porque sus efectos en un caso concreto resultan contrarios a los mandatos constitucionales. (...)”

iii) El principio del mérito y la consagración de la carrera administrativa dentro de la Carta Política de 1991

En derredor de este tópico, la Corte Constitucional en sentencia C-102 de 2022, memoró que:

“(...) el Estado Social de Derecho se construye a partir de la conjunción de principios, valores y fines constitucionales que le dan identidad y permiten su realización. Uno de ellos es el principio del mérito para el ejercicio de las funciones públicas, considerando que “el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública” y, por consiguiente, esta forma de Estado riñe con la provisión de los empleos públicos a partir de “factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo.”

A la luz de lo anterior, esta Corporación ha reiterado el carácter instrumental que ostenta la carrera administrativa como expresión del mérito, regla general del acceso a cargos públicos y sistema técnico de administración del talento humano, para (i) la consecución de finalidades institucionales y, además, para (ii) la garantía de derechos fundamentales.

En cuanto a lo primero, la pretensión de que al Estado se vinculen, a partir de la prevalencia del mérito, aquellos miembros de la sociedad poseedores de altas competencias, relacionadas con aspectos objetivos -como el conocimiento y la experiencia- y subjetivos -como la calidad personal y la idoneidad ética-, se vincula necesariamente a la idea de que el Estado tiene una misión constitucional superior, referida al compromiso por la garantía de la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la prosperidad general y la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. En este sentido, la carrera contribuye a que el Estado sea eficaz, eficiente y ejerza sus quehaceres en atención a pautas de moralidad, imparcialidad y transparencia.

La eficacia ha sido entendida como expresión de una cualidad de la acción administrativa en beneficio de la satisfacción de los cometidos, de diversa índole, que justifican la existencia misma del Estado; y, la eficiencia, comprendida como la maximización del cumplimiento de los objetivos estatales a través de las medidas adecuadas. En cuanto a la moralidad, imparcialidad y transparencia también es evidente su vínculo con la carrera administrativa, en razón a que el mérito como sustento de la vinculación de personas al Estado constituye un criterio que, además de tener la potencialidad de ser valorado con objetividad, determina que quienes están mejor cualificados accedan al empleo público, alejando de la selección factores discriminatorios u odiosos que por supuesto no repercuten en la satisfacción adecuada de los cometidos estatales.

Además de lo anterior, se ha destacado que la carrera incide de manera definitiva en derechos fundamentales tales como la participación en el ejercicio del poder político, a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicas, artículo 40.7 de la CP; la protección de las posiciones fundamentales de las que son titulares los trabajadores, como la estabilidad, la capacitación profesional, entre otras. Finalmente, y de manera especial, también se ha llamado la atención sobre la vinculación de la carrera con el derecho a la igualdad, en el trato y en las oportunidades. (...)

iv) Caso concreto

A la luz de lo previsto en el artículo 32, inc. 2° del Decreto 2591 de 1991, el juez que conozca del Impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándolo con el acervo probatorio y con el fallo. En caso de que la sentencia carezca de fundamento, procederá a revocarla; de lo contrario, impartirá su confirmación.

En primer término, conviene puntualizar que, de acuerdo con el carácter subsidiario, residual y excepcional de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política, la posibilidad de reclamar por esta vía la expedición de un acto administrativo es

excepcional, en consideración a que tales controversias deben ventilarse dentro de un proceso judicial.

Ello así, en el *sub lite* se tiene que se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, la imposibilidad de posesionarse en el cargo de carrera administrativa para el cual el accionante obtuvo el mejor puntaje, y es integrante único, el cual es inminente, pues se constata que el actor tiene la obligación de posesionarse en un término perentorio, de lo que se sigue la necesidad de que se tomen medidas urgentes para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues ante la posibilidad de la vulneración a su derecho fundamental al debido proceso administrativo, de acceso a la función pública por el mérito, e igualdad de trato frente a la categoría de funcionarios o empleados de orden nacional y no territorial, resulta indefectible tomar una decisión de fondo, siendo la acción de tutela el medio eficaz e idóneo para responder a tal urgencia, en tanto de esperarse la resolución definitiva de la situación planteada mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con indemnización de perjuicios sí se quiere, aún con el eventual decreto de medidas cautelares, la que, valga decir, ocasionalmente e in extremis se obtienen, a juzgar por la praxis judicial en la justicia especial contenciosa administrativa, el accionante para aquel momento ya habría perdido la oportunidad de posesionarse en el cargo, y entraría en conflicto con la persona que provisionalmente sea nombrado en el cargo, además de generarse muy probablemente la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, por lo que el medio judicial de protección se tornaría meramente resarcitorio, más no protector de derechos fundamentales como el acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Ahora bien, superado el análisis de subsidiariedad, pasa la Sala al estudio del caso concreto, teniéndose por verídico que la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través del Acuerdo n.º CNSC – 20191000001636 del 4 de marzo de 2019, convocó proceso de selección para proveer de manera definitiva 131 empleos pertenecientes a la planta de personal de la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, identificado como “(...) *Convocatoria No. 1110 de 2019 – TERROTORIAL 2019* (...)” (doc. 26, pág. 21 a 45); que en el marco de este proceso de selección, el accionante Luis Alberto Zapata Valencia figura como la única persona que conforma la lista de elegibles para el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 12, adoptada mediante la

Resolución No 6627 del 10 de noviembre de 2021 en la cual se le asigna la posición n.º 1 (doc. 26 pág. 46 a 48); que mediante Decreto n.º 0287 del 28 de junio de 2022 el Gobernador del ente territorial efectúa el correspondiente nombramiento en periodo de prueba para desempeñar el referido cargo, indicando que para tomar posesión es exigible el cumplimiento de los requisitos aplicables a la Gobernación de San Andrés como territorio especial de Control de Residencia (doc. 01 pág. 37); que el accionante solicitó en dos ocasiones prórroga para tomar posesión del cargo, siéndole concedida la misma, hasta el 22 de agosto de 2022 y luego hasta el 18 de octubre de 2022; que elevó dos peticiones los días 17 de julio y 22 de agosto de 2022 a la Oficina de Control, Circulación, y Residencia OCCRE para que le fuera expedida la tarjeta de residencia temporal; y que el ente territorial arguye que no es dable expedir la autorización para el ingreso del accionante en calidad de residente temporal, por cuanto pretende vincularse a un ente territorial y no nacional, sin estar dentro del grupo de servidores públicos a quienes se les puede conceder tal permiso para desarrollar un cargo permanentemente.

Ahora bien, *ab initio* se advierte que la referida Tarjeta de Residencia efectivamente fue contemplada como un requisito general para participar en la convocatoria, conforme en el artículo 6 numeral 7 del acto administrativo de convocatoria, el cual dispuso:

“...ARTÍCULO 6°.- REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACIÓN Y CAUSALES DE EXCLUSIÓN.

• Para participar en la Convocatoria, se requiere:

(...)

7. Contar con los requisitos de residencia permanente correspondientes, según disposiciones de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, O.C.R.R.E...”

En el párrafo 3 en los incisos segundo y tercero, dispuso lo siguiente:

“...De la misma manera, en consonancia con el artículo 310 de la Constitución Política en armonía con el Decreto 2762 de 1991 y con base en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado, los aspirantes a empleos de carrera de la GOBERNACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,

PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, deben acreditar como requisito la condición de residente permanente del Departamento mediante el documento idóneo de que trata la norma.

El incumplimiento del anterior requisito será impedimento para tomar posesión (...)

En igual sentido, se reliega que en atención a lo dispuesto en el Decreto 2762 de 1991 si bien los “(...) *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)*” (C-530 de 1993), ciertamente tal precedente constitucional no resulta aplicable en el *sub lite*, en tratándose de un servidor público de carácter territorial y no nacional.

Empero, no es menos cierto en el *sub studium*, que ante la negativa de la entidad territorial a concederle la tarjeta de residencia al accionante, en últimas se le impide a éste posesionarse en el cargo público para el cual concursó, obtuvo el primer lugar en el registro de elegibles y fue nombrado, y de esta manera consolidar un derecho adquirido; de suyo que definitivamente vulnera sus derecho fundamental a la participación en el ejercicio del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicas (artículo 40.7 de la CP), su derecho fundamental al trabajo, y su derecho a la vinculación a la carrera administrativa en condiciones de igualdad de trato y de oportunidades.

Por manera que resulta insoslayable para la Sala en el caso de autos, ponderar la garantía establecida en el artículo 310 Superior a favor del Archipiélago para limitar el derecho a circular y a establecer la residencia libremente en ese departamento, con la vulneración de las garantías constitucionales antedichas.

Ponderación que en este asunto, necesariamente debe conducir a conceder el amparo deprecado pues la afectación a los derechos fundamentales del accionante es de considerable intensidad, visto que el principio del mérito es un “*elemento fundamental del ejercicio de la función pública*” y “*el concurso público se constituye en un instrumento*

adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor calificadas integralmente” (C-102 de 2022), mientras que no resulta claro cuál es el grado de afectación para la Isla derivado de la permanencia de una persona mientras presta sus servicios a favor de la población del archipiélago en su cargo de Profesional Universitario.

Es así que lo razonable en esta *litis* es la inaplicación de la normativa contemplada en el Decreto 2762 de 1991, con el fin de proteger los derechos fundamentales arriba anotados, visto que la finalidad de control poblacional del Departamento no puede ser prevalente a los principios constitucionales como el mérito y la carrera administrativa en el ejercicio de funciones públicas, que es la regla general y no la excepción en un estado social de derechos como lo es Colombia.

Colofón de lo anterior, no le queda otro camino a la Sala que impartir confirmación al fallo de tutela objeto de impugnación, en cuanto dispuso el amparo constitucional, pero modificándolo en atención a la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 4 de la Constitución, que faculta a funcionarios judiciales, autoridades administrativas y particulares para inaplicar una determinada norma del ordenamiento porque sus efectos en un caso concreto resultan contrarios a los mandatos constitucionales. Igualmente, se modificará el fallo venido en impugnación, en cuanto profirió amparo de forma definitiva, para en su lugar proferir las correspondientes órdenes como mecanismo transitorio, en procura de evitar un perjuicio irremediable, dadas las razones de extrema necesidad aducidas por el tutelante bajo la gravedad de juramento y que tampoco fueron confutadas por los entes accionados.

Por último, habrá de anotar la Sala, que efectivamente la CNCS, no tiene competencia alguna para expedir el permiso requerido por el accionante, y que su actuación no vulneró derecho fundamental alguno, en la medida en remitió el condigo registro de elegibles a la entidad territorial, y es ésta la que debe proceder con el nombramiento y posesión respectivas, por contera, se revocará el numeral quinto de la sentencia que se revisa en impugnación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **QUINTO** de la sentencia del 25 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** promovida por el señor **LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA** en contra del **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** y del **DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, para en su lugar, **DENEGAR** el amparo constitucional instado contra la **CNSC**.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO** y **CUARTO** de la sentencia del 25 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** promovida por el señor **LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA** en contra del **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** y del **DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, los cuales quedarán de la siguiente forma:

*“**SEGUNDO:** ORDENAR al DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIELAGO SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas gestionen lo necesario y procedan con la expedición de la respectiva tarjeta de residencia requerida al accionante para su posesión en el aludido cargo denominado Profesional Universitario.*

***TERCERO:** ORDENAR al DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIELAGO SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, que una vez expedida la tarjeta, en el término de cuarenta y ocho (48) horas deberá proceder a darle posesión al accionante LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA en el cargo para el que fue nombrado por concurso*

de selección por méritos, o en su defecto, de no ser posible, deberá expedir dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la expedición de la tarjeta de residencia, un acto administrativo en el cual le otorgue el término de diez (10) días hábiles al accionante a efectos de que se realice la respectiva posesión.

CUARTO: *ADVERTIR* que la presente tutela se profiere como mecanismo transitorio, por lo cual estará vigente hasta que se profiera sentencia definitiva en el proceso contencioso administrativo que se adelante, para lo cual el señor LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA, deberá adelantar dentro de los 4 meses siguientes a su notificación, la correspondiente acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, so pena que el amparo constitucional pierda los efectos jurídicos dispensados.

TERCERO: DAR a la presente decisión el trámite regulado en el artículo 30 del Decreto 2591, sobre la notificación del fallo.

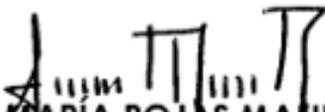
CUARTO: ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional, para una eventual selección y consiguiente revisión.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia que se revisa en impugnación.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

En constancia se firma por los intervinientes:


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

(SALVA VOTO)
MARIA EUGENIA GÓMEZ VELÁZQUEA
Magistrada

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL SALVAMENTO DE VOTO

Radicado : 05001 31 05 009 2022 00438 02
Accionante : LUIS ALBERTO ZAPATA VALENCIA
Accionados : COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
GOBERNACION DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Respetando el criterio tenido en cuenta por miscompañeros de Sala, para modificar el Fallo de Tutela, me aparto de la Decisión mayoritaria, toda vez que:

En la presente Tutela se pretende en últimas, obtener por este medio la Tarjeta de Residencia en la Isla de San Andrés y Providencia, expedida por la OCCRE a fin de posesionarse en el cargo de Profesional Universitario dentro de la planta personal de la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de persona que no reside allí y que superó un concurso de méritos.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, a través del Acuerdo No. CNSC - 20191000001636 del 4 de marzo de 2019, convocó proceso de selección para proveer de maneradefinitiva 131 empleos pertenecientes a la planta de personal de la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, identificado como “...Convocatoria No. 1110 de 2019 –

TERROTORIAL 2019...” (folios 21 a 45 archivo 26); **en el marco de este proceso de selección, el accionante Luis Alberto Zapata Valencia figura como única persona que conforma la lista de elegibles para el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 12, adoptada mediante la Resolución No 6627 del 10 de noviembre de 2021 en la cual se le asigna la posición No1 (folios 46 a 48 archivo 26); mediante Decreto No 0287 del 28 de junio de 2022 el Gobernador del ente territorial efectúa el correspondiente nombramiento en periodo de prueba para desempeñar el referido cargo, indicando que **para tomar posesión es exigible el cumplimiento de los requisitos aplicables a la Gobernación de San Andrés como territorio especial de Control de Residencia** (folio 37 archivo 01).**

El ciudadano al momento de posesionarse en el cargo, elevó dos peticiones los días 17 de julio y 22 de agosto de 2022 a la Oficina de Control, Circulación, y Residencia OCCRE para que le fuera la tarjeta de residencia temporal, además de una petición en el mismo sentido dirigida a la Comisión Nacional del Servicio Civil; quienes remitieron la solicitud por competencia al ente territorial, por ser un asunto que escapaba de su órbita y facultades. La Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en el informe brindado en Primera Instancia, manifiesta que **no es dable expedir la autorización para el ingreso del accionante en calidad de residente temporal, por cuanto pretende vincularse a un ente territorial y no nacional, sin estar dentro del grupo de servidores públicos a quienes se les puede conceder tal permiso, además de ser para un cargo creado para desarrollarse en forma**

permanente.

En lo que respecta a la referida Tarjeta de Residencia, esta Judicatura observa que fue contemplada como un requisito general para participar en la convocatoria, conforme en el artículo 60 numeral 7, el cual dispuso:

“...ARTÍCULO 6°.- REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACIÓN Y CAUSALES DE EXCLUSIÓN.

- *Para participar en la Convocatoria, se requiere:*

(...)

7. Contar con los requisitos de residencia permanente correspondientes, según disposiciones de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, O.C.R.R.E...” (Negrita fuera de texto).

En el párrafo 30 en los incisos segundo y tercero, dispuso lo siguiente:

“...De la misma manera, en consonancia con el artículo 310 de la Constitución Política en armonía con el Decreto 2762 de 1991 y con base en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado, los aspirantes a empleos de carrera de la GOBERNACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, deben acreditar como requisito la condición de residente permanente del Departamento mediante el documento idóneo de que trata la norma.

El incumplimiento del anterior requisito será impedimento

para tomar posesión...” (Negrita fuera de texto).

Así las cosas, resulta claro que **desde el inicio del proceso de selección, los participantes fueron enterados del requisito de la Tarjeta de Residencia** además que el mismo sería necesario para tomar posesión del cargo; debiendo cada persona interesada en participar de la convocatoria, verificar el cumplimiento de todas las condiciones exigidas para vincularse al cargo que aspiraba. Observándose que **las actuaciones que hasta el momento ha desplegado el ente nominador, se encuentran enmarcadas dentro de los parámetros regulados en la Convocatoria sin observarse violación a los derechos fundamentales del accionante.** No siendo la Acción de Tutela el mecanismo de defensa judicial idóneo para analizar si debe expedirse el permiso de residencia a favor del accionante; máxime que la *a quo* ordenó la expedición de la Tarjeta de Residencia Temporal, aún cuando el cargo al cual aspira posesionarse el actor, tiene vocación de desarrollarse en forma permanente.

Y tal como lo afirma la Gobernación del Archipiélago De San Andrés, Providencia y Santa Catalina a través de la Directora Administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCREE- la H. Corte Constitucional en Sentencia C-530 de 1993 estableció que la solicitud de residencia para ejecutar actividades laborales solo es aplicable a “**...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**

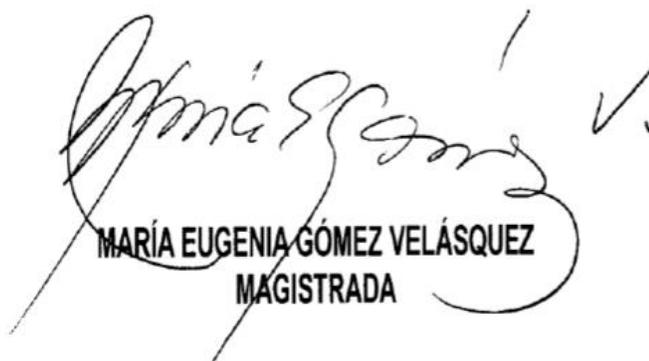
de Seguridad DAS...”; cualquier otro funcionario debe cumplir las formas y procedimientos para poder adquirir el derecho a la residencia permanente y poder ejercer actividades laborales y el cargo de Profesional Universitario al que aspira ejercer el actor es para vincularse a un ente del orden territorial y no nacional. Existiendo protección y control poblacional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina regulado en el Decreto 2762 de 1991, que favorece a los raizales.

Por lo anterior, de acuerdo a las normas y jurisprudencia citada de la H. Corte Constitucional, no advierte la suscrita vulneración y/o amenaza a algún derecho fundamental, pues las actuaciones de las accionadas se aprecian razonables en aplicación de las reglas del concurso; tampoco se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de urgencia e inminencia, que haga necesaria la intervención del Juez Constitucional; contando el accionante con la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante el Juez Contencioso, desde la presentación de la demanda, tal como lo consagra el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

Es de anotarse que, lo decidido por mayoría de la Sala, se apoya en los argumentos planteados por la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-294 de 2018; situación fáctica del caso sustancialmente diferente, toda vez que se trata de una persona que ya residía en la Isla a quien por negársele la solicitud de residencia en el Archipiélago de San Andrés, fue sometida a separarse de su núcleo familiar y a no continuar su formación académica, desconociéndosele el derecho a la libre circulación, a tener una familia y a la

educación; y en el asunto que nos ocupa, **el accionante no reside en la Isla, pretendiendo acceder al permiso de residencia tras haber superado las etapas del proceso de selección, aun cuando la misma Convocatoria estableció en el artículo 6o que los aspirantes debían acreditar la condición de residente permanente, según disposiciones de la Oficina de Control de Circulación y Residencia O.C.R.R.E.**

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria y **salvo el voto.**



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
MAGISTRADA