



GOBERNACIÓN

Departamento Archipiélago de San Andrés,
Providencia y Santa Catalina
Reserva de Biosfera Scaflowater
NIT: 892400038-2

RESOLUCION No.
09 ABR 2014

- 001606 -

“Por medio de la cual se resuelve un Recurso de Apelación”

La Gobernadora del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en uso de sus facultades legales, en especial las que le confiere la ley 1437 de 2011, los Decretos 2762 de 1991 y 2171 de 2001,

CONSIDERANDO:

Que en escrito de fecha 06 de Mayo de 2013 Rad: Ent- 10909, La doctora **LESVIA DEL SOCORRO MOLINA QUINTERO** Gerente Departamental de la Contraloría General de la República, solicitó ante la Oficina de la Occre la expedición de la tarjeta temporal de la Occre a nombre del señor **JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE**, identificado con cedula de ciudadanía No. 91.486.120.

Que a través de oficio Rad: Ent – 8100 de fecha 30 de Agosto de 2013, la Oficina de la Occre resolvió negar la señalada petición.

Inconforme con lo decidido la Gerente Departamental de la Contraloría General de la República impetro recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del referido acto administrativo.

El recurso de reposición se resolvió a través de la Resolución No. 006337 de fecha 30 de Diciembre de 2013.

En oficio 044 de fecha 13 de Marzo de 2014, la Oficina de la Occre remitió a este despacho el recurso de apelación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El a – quo resolvió negar el derecho solicitado considerando lo siguiente: reitera que el artículo 310 de la Constitución Política autorizó a la ley para la expedición de un régimen especial para el Departamento Archipiélago correspondiente a la limitación de la circulación de las personas no residentes del Departamento Archipiélago, para la protección del derecho a la vida, cultura y ambiente considerando el alto índice poblacional.

Se refirió al contenido de la sentencia No. C- 530/93 señalando: “ No obstante lo anterior, la Corte Constitucional desea aclarar el alcance de esta limitación respecto 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 ingrese en ejercicio de sus funciones al Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así: Este grupo de servidores públicos del nivel nacional ciertamente objeto de 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)” es así que pese a que el señor JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE, sea catalogado como servidor público nacional, no se cumple con todos el presupuesto que se requiere para que se enmarque dentro de la excepción que consagra la norma especial de circulación, la cual fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia traída a colación, toda vez que dentro de las funciones que desarrollarían las personas antes referenciadas no están las que ejercen los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil administrativa o militar, teniendo en cuenta lo establecido en la ley 134 de 1994.

Expresa igualmente, que para que el señor JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE, pueda desarrollar algún tipo de actividad laboral en el Departamento Archipiélago debe tener

residencia definida y cumplir con los requisitos señalados en el Decreto 2762 de 1991, máxime cuando no demuestra que en el Departamento Archipiélago no existe una persona residente que pueda desarrollar la señalada labor.

A colación pone de presente la Sentencia T- 1117 del 09 de Diciembre del año 2002 de la Corte Constitucional que señaló:

"Por lo tanto, considera esta Sala que el parámetro claramente establecido por la jurisprudencia constitucional (que las restricciones sean razonables y respeten el principio de unidad nacional), implica que constituye una intervención ilegítima impedir que los funcionarios de la Contraloría General de la República designados mediante concurso de méritos puedan ingresar a la Isla para cumplir las labores de vigilancia y control fiscal en esta parte del territorio nacional. Se trata de funciones que la Constitución valora especialmente pues de éstas depende en gran medida que el Estado cuente con los recursos necesarios para llevar adelante sus cometidos. Los intereses constitucionales en juego son pues de gran entidad, pues el propio texto señala que el control sobre el patrimonio y el erario público es una importante función constitucional. Por ello el artículo 122 indica que el servidor público sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, y el artículo 88, permite que las acciones populares, medio de protección de derechos e intereses colectivos, sean incoadas para salvaguardar el patrimonio público y la moral administrativa... Encuentra la Corte entonces ajustado a la Constitución y la ley que la OCCRE decida, en algunos eventos, negar a un grupo de ciudadanos colombianos que desean irse a vivir al Archipiélago el derecho a permanecer en las Islas; pero cuando se trata de un funcionario de la Contraloría General de la República que tiene la importante y delicada misión de ejercer el control fiscal a las finanzas de quienes manejan dineros públicos, la situación es diferente, puesto que tales funcionarios tienen el deber de cumplir sus funciones constitucionales y legales en el ámbito territorial correspondiente.

Por lo expuesto, expresa que el señor JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE, no se enmarca dentro de las excepciones aludida, y dentro de sus funciones no está el control fiscal, como lo establece la sentencia traída a colación dentro de su petición, por lo que le pone de presente que para que la Occre pueda expedir un permiso temporal para que una persona natural o jurídica contrate personal foráneo o sin residencia definida en este Departamento Archipiélago debe demostrar que en el Departamento no existe persona alguna con el perfil requerido por ellos.

Señala finalmente que para que el señor JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE pueda ejercer la actividad laboral en el territorio insular requiere de los siguientes requisitos:

- Certificado de existencia y representación legal de la persona jurídica contratante o de inscripción en el registro mercantil si no se trate de persona jurídica.
- Copia de la tarjeta de la cedula de ciudadanía del contratante o representante legal del trabajador a contratar.
- Certificado de buena conducta del trabajador a contratar expedido por la policía de su lugar de origen, con anterioridad no superior a seis (6) meses a la solicitud.
- Hoja de vida del trabajador a contratar, con los soportes, que refleje habilidades, talentos, o conocimientos específicos necesarios para el desarrollo idóneo de la labor para la que será contratado.
- Certificación en la que conste las gestiones adelantadas para la contratación de un residente que cumpla el perfil para la labor a desarrollar en los medios de comunicación del Departamento.
- Certificación expedida por las bolsas de empleos del Departamento donde conste que previa consulta del manual de clasificación nacional de ocupaciones o la base de datos de perfiles y ocupación profesional que haga sus veces, los perfiles solicitados corresponden a las exigencias del cargo a desempeñar y que en la localidad no existe profesional idóneo que cumpla con los perfiles solicitados.

(...)"

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

El apoderado del solicitante fundamenta su solicitud manifestando lo siguiente:

"Si bien es cierto que el artículo 310 Superior genera la facultad para que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina pueda ser regido por normas especiales además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros Departamentos, en las materias que allí se señalan, es equivoco pensar que esta facultad puede ser interpretada en términos absolutos, verbigracia solicitando a la Contraloría General

"Continuación Resolución No. _____ de _____"

de la República que cumpla con todo lo señalado en el Decreto 2762 de 1991, especialmente en lo relacionado al nombramiento de funcionarios del continente Colombiano en las islas.

Es por ello, que tanto las Honorables altas Cortes como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se han pronunciado específicamente y en forma puntual sobre el particular, recordando que los fallos gozan de fuerza vinculante dentro de todo el territorio nacional así:

Encuentra la Corte entonces ajustado a la Constitución y la ley que la OCCRE decida, en algunos eventos, negar a un grupo de ciudadanos colombianos que desean irse a vivir al Archipiélago el derecho a permanecer en las Islas; pero cuando se trata de un funcionario de la Contraloría General de la República que tiene la importante y delicada misión de ejercer el control fiscal a las finanzas de quienes manejan dineros públicos, la situación es diferente, puesto que tales funcionarios tienen el deber de cumplir sus funciones constitucionales y legales en el ámbito territorial correspondiente. (Sentencia T- 1117 del 09 de Diciembre de 2002 y Proveído del 22 de mayo de 2008 en el proceso 8800-12-33-1000-2002-00093-01).

En consecuencia, a juicio de la Sala, es irrelevante que el cargo para el cual concursaron los demandantes, esto es, Profesional Grado 01 del Grupo 01 del Grupo de investigaciones y Jurisdicción Coactiva en el Departamento de San Andrés, implique poderes decisorios, de mando o imposición sobre subordinados o la sociedad, pues tal interpretación restrictiva haría nugatoria la excepción en cuestión, en cuanto en la Gerencia Departamental de la Contraloría General de la República en el Departamento de San Andrés, solo podrían laborar como subordinados los residentes permanentes, lo cual a todas luces es absurdo, y desconocería las normas de carrera, regida entre otros principios, por el de la igualdad, en la medida en que impediría que personas no residentes en el Archipiélago concursaran para proveer los cargos allí vacantes (...). Sentencia T -1117 del 9 de Diciembre de 2002 y Proveído del 22 de mayo de 2008 en el proceso 8800-12-33-1000-2002-00093-01).

Es por esto que la misión constitucional facultada a este organismo de control, se debe entender a nivel institucional, mas no a título individual de sus funcionarios en razón a que con la labor individual ya sea de manera directa o transversal, todos los esfuerzos son conducentes a un mismo propósito emanado por la Constitución Política a esta Contraloría, cual es el control fiscal de las finanzas de quienes manejen recursos públicos en el ámbito territorial correspondiente.

Para el presente caso, JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE, con cédula de ciudadanía 91.486.120, no se trata de un trabajador de una empresa privada incorporada bajo la modalidad de contratista al cual se le debe aplicar el Decreto 2762 de 1991, sino que es un servidor público de la Contraloría General de la República, proveído mediante el concurso abierto de méritos en carrera administrativa al cargo denominado auxiliar operativo, nivel asistencial, grado 01, para la Gerencia Departamental Colegiada San Andrés.

Así mismo, la Constitución Política señala en sus artículos 122, 125, 267 y 288, que quienes proveen el empleo público en los órganos y entidades del Estado se hará mediante carrera administrativa; La Contraloría General de la República es un órgano de control fiscal de creación Constitucional, por cuanto sus funcionarios son servidores públicos.

Es por ello que el artículo 310 Constitucional advierte, que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina no sólo se regirán por normas especiales sino también por las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, máxime cuando versan sobre funciones de Control Fiscal.

)"

DOCUMENTOS ALLEGADOS

- Oficio Rad: Ent- 10909 de fecha 06 de Mayo de 2013.
- Fotocopia de la cedula de ciudadanía del señor JORGE ALEXADER HERNANDEZ URIBE.
- Fotocopia de la Resolución No. 1077 de marzo 06 de 2013 " por medio del cual se realizó el nombramiento en periodo de prueba al señor Jorge Alexander Hernández Uribe.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La limitación y regulación del control poblacional en el territorio insular tiene su origen en el artículo 310 de la Constitución Política, el cual dispone:

"Continuación Resolución No. _____ de _____"

"El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador.

Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago. Mediante la creación de los municipios a que hubiere lugar, la Asamblea Departamental garantizará la expresión institucional de las comunidades raizales de San Andrés. El municipio de Providencia tendrá en las rentas departamentales una participación no inferior del 20% del valor total de dichas rentas".

En cumplimiento a lo dispuesto en la norma señalada se expidió el Decreto 2762 de 1991, por el cual se adoptaron medidas para controlar la densidad poblacional en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y establece las calidades que se requiere para fijar la residencia en el Departamento Archipiélago.

Además de las calidades establecidas por el Decreto 2762 de 1991, La Corte Constitucional en Sentencia C- 530 de 1993 después de realizar un acucioso análisis jurídico y aplicando el criterio de razonabilidad concluyó que la calidad de autoridad nacional también permite a los ciudadanos colombianos residir temporalmente en el territorio insular, pues la Occre con respecto a los funcionarios nacionales tiene la función de registro mas no de control. Dice la Sentencia:

"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 al cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8°, 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)."

En Sentencia T- 1117 del 09 de Diciembre del año 2002, la misma Corte Constitucional, se pronuncio con respecto a los funcionarios de la Contraloría General de la República designados mediante concurso de méritos para cubrir cargos públicos en el Departamento Archipiélago, y señaló:

"Por lo tanto, considera esta Sala que el parámetro claramente establecido por la jurisprudencia constitucional (que las restricciones sean razonables y respeten el principio de unidad nacional), implica que constituye una intervención ilegítima impedir que los funcionarios de la Contraloría General de la República designados mediante concurso de méritos puedan ingresar a la Isla para cumplir las labores de vigilancia y control fiscal en esta parte del territorio nacional. Se trata de funciones que la Constitución valora especialmente pues de éstas depende en gran medida que el Estado cuente con los recursos necesarios para llevar adelante sus cometidos. Los intereses constitucionales en juego son pues de gran entidad, pues el propio texto señala que el control sobre el patrimonio y el erario público es una importante función constitucional. Por ello el artículo 122 indica que el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, y el artículo 88, permite que las acciones populares, medio de protección de derechos e intereses colectivos, sean incoadas para salvaguardar el patrimonio público y la moral administrativa.

3.2. Pero no sólo se trata de una importante función que busca evitar la corrupción y que se dilapiden los recursos públicos. El control posterior y selectivo previsto en el artículo 267 de la Carta también pretende que tales recursos se usen de la manera más eficiente, como una forma de garantizar la adecuada prestación de los diferentes servicios que le permiten al Estado cumplir con los cometidos que se le han encomendado.

"Continuación Resolución No. _____ de _____"

3.3. Ahora bien, pretende la OCCRE que la sentencia de constitucionalidad citada sea entendida de una manera compatible con su decisión respecto de los accionantes. Pero esa interpretación no es correcta. El criterio que fijó la Corte Constitucional fue el de razonabilidad. Además, el de los funcionarios nacionales es tan sólo un caso en el que claramente, prima facie, la decisión de restricción no sería razonable.

El especialísimo y único poder que se le confiere a la OCCRE para limitar los derechos de las personas, sólo se justifica con base en la protección de los valores y principios constitucionales que llevaron a la Corte a declarar exequible el Decreto 2762 de 1991, es decir el control del problema de densidad de la población en las Islas y la preservación de la diversidad cultural del Archipiélago, así como la conservación del medio ambiente en la zona. Encuentra la Corte entonces ajustado a la Constitución y la ley que la OCCRE decida, en algunos eventos, negar a un grupo de ciudadanos colombianos que desean irse a vivir al Archipiélago el derecho a permanecer en las Islas; pero cuando se trata de un funcionario de la Contraloría General de la República que tiene la importante y delicada misión de ejercer el control fiscal a las finanzas de quienes manejan dineros públicos, la situación es diferente, puesto que tales funcionarios tienen el deber de cumplir sus funciones constitucionales y legales en el ámbito territorial correspondiente.

No obstante que lo dicho permite concluir que no era razonable que la OCCRE impusiera esta restricción a los funcionarios de la Contraloría General de la República, afectando así los derechos de quienes fueron elegidos para esos cargos, pasa esta Corporación a analizar si se trata de una posición constante de esta oficina con la cual pretende proteger con gran recelo la Isla, o si por el contrario se trata de un altísimo nivel de exigencia que sólo se le impone a esta entidad del Estado".

Visto el pronunciamiento de la Corte Constitucional con respecto a la circulación y la permanencia temporal de los funcionarios de la Contraloría General de la República en el Departamento Archipiélago para el ejercicio de sus funciones en esa entidad.

Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional cuando se trata de un funcionario de la Contraloría General de la República, la Occre debe permitir su estadia en el Departamento Archipiélago, teniendo en cuenta la importante y delicada labor que por disposición constitucional ejerce esta entidad consistente en el control fiscal a las finanzas en el ámbito territorial.

En virtud a lo anterior, y aplicando criterios de razonabilidad y el principio de unidad nacional tenidos en cuenta en la sentencia C-530 de 1993 de la Corte Constitucional, esta corporación decidió en Sentencia T- 1117 del 09 de Diciembre del año 2002, conceder a los funcionarios de la Contraloría el derecho a circular, a permanecer en el Departamento Archipiélago y a la expedición de las tarjetas temporales para el ejercicio de las labores designadas en los cargos definidos por la Contraloría General de la República.

La calidad de servidor público que ejerce jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar no fueron argumentos que tuvo en cuenta la Corte Constitucional para conceder a los funcionarios de la Contraloría General de la República el derecho de circular y permanecer en el territorio insular, pues su pronunciamiento tuvo como base Criterios de razonabilidad y unidad nacional señalada en sentencia C- 530 de 1993 y las importantes funciones que por disposición de la Constitución Política incumbe a la Contraloría General de la República así:

"pero cuando se trata de un funcionario de la Contraloría General de la República que tiene la importante y delicada misión de ejercer el control fiscal a las finanzas de quienes manejan dineros públicos, la situación es diferente, puesto que tales funcionarios tienen el deber de cumplir sus funciones constitucionales y legales en el ámbito territorial correspondiente".

En el caso que se estudia, la Contraloría General de la República es la que solicita la expedición de la tarjeta de la Occre a favor del señor JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE para proveer el cargo de auxiliar Operativo, nivel asistencial, grado 01 (Mensajero), Despacho Gerente Departamental.

De conformidad con el cargo a desempeñar, el señor HERNANDEZ URIBE no ejercerá jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, por lo que no se considera autoridad nacional para permitirle su estadia y circulación en el Departamento Archipiélago.

"Continuación Resolución No. _____ de _____"

La función que ha de ejercer el señor JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE en la Contraloría General de la República no atañe al de Control Fiscal de las finanzas de quienes manejen dineros públicos, por cuanto el cargo de Auxiliar Operativo, nivel asistencial, grado 01 corresponde al de Mensajero, dentro de las funciones que ejercen los mensajeros no se encuentra el de control fiscal de las finanzas del erario público definidos por la Constitución Política en su artículo 267.

Así las cosas, siendo que su calidad se asemeja a la de cualquier ciudadano del común, en ese sentido se restringen su derecho a la permanencia y a la circulación en el territorio insular.

Teniendo en cuenta lo anterior, su situación se torna diferente al de los funcionarios de la Contraloría General de la República que bajo el criterio fijado por la Corte Constitucional tienen derecho a residir y a circular temporalmente en el Departamento Archipiélago considerando la función que por disposición constitucional ejercen en el territorio insular, consistente en el ejercicio del control sobre el patrimonio y erario público, para evitar la corrupción y que se dilapiden los recursos públicos.

Por lo anteriormente expuesto, no acogemos los argumentos de la censura, teniendo en cuenta que la labor a ejercer por parte del señor Jorge Alexander Hernández Uribe en la contraloría General de la República no corresponde al importante labor de Control fiscal al erario público que tanto protege la Corte Constitucional al conferirse a los funcionarios de la Contraloría General de la República los derechos de circulación y permanencia en el Departamento Archipiélago para el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, con el fin de controlar la densidad poblacional en el territorio insular y preservar la diversidad cultural del Archipiélago, así como la conservación del medio ambiente y amparándonos en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en las Sentencias C- 530 de 1993 y T- 1117 del 09 de Diciembre del año 2002, se confirmará lo decidido por el a - quo.

En virtud a lo anterior, se,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confírmase en todas sus partes el acto administrativo contenido en el escrito de fecha 30 de Agosto de 2013 Rad: Sal- 8100.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente a la Gerente Departamental de la Contraloría General de la República la doctora **LILIA STELLA POLAMINO LOPEZ** y al señor **JORGE ALEXANDER HERNANDEZ URIBE**, del contenido de la presente Resolución.

ARTICULO CUARTO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

Dado en San Andrés Islas, a los 09 ABR 2014


AURY GUERRERO BOWIE
Gobernadora

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Proyectó: C. Hooker H.
Revisó: S. Liconá. F.
Archivó: R. Avila.

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

En San Andrés Isla, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Oficina Asesora Jurídica, a los _____ () días del mes de _____ de 20__ se notificó personalmente al señor (a) _____ identificado (a) con la cédula No. _____ expedida en _____, del contenido del **Acto administrativo** _____ No. _____ de fecha _____ () del mes de _____ del año 20__, se le hace entrega de una copia gratuita

EL NOTIFICADO

EL NOTIFICADOR