



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

SIGCMA

San Andrés Isla, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No. 077

| | |
|---------------------------|--|
| Medio de Control | Nulidad y Restablecimiento del Derecho |
| Radicado | 88-001-33-33-001-2019-00184-01 |
| Demandante | Eduardo José Fuentes Berrio |
| Demandado | Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE |
| Magistrada Ponente | Noemí Carreño Corpus |

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia No.060-2023 del 13 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este circuito judicial dentro del proceso iniciado por el señor Eduardo José Fuentes Berrio en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, que resolvió:

PRIMERO: DECLÁRESE la existencia del acto ficto o presunto negativo surgido ante la falta de respuesta a los recursos de reposición y en subsidio apelación presentados contra la Resolución No. 000471 de fecha 06 de febrero de 2018, que fueron interpuestos el 20 de febrero de 2019, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 000471 de fecha 06 de febrero de 2018 y del acto ficto presunto negativo surgido ante la falta de resolución de los recursos de reposición y en subsidio apelación presentados contra la decisión principal el 20 de febrero de 2019, emanados de la **OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA (OCCRE) y la Gobernación DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, por los cuales se negó el derecho de residencia al señor Eduardo José Fuentes Berrio, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a través de la Oficina de Control de Circulación y Residencia –OCCRE-:

1.- Rehacer la actuación por cambio de tarjeta de residencia iniciada por el joven Eduardo José Fuentes Berrio, dando estricto cumplimiento al procedimiento administrativo previsto en el Título III Capítulo I de la Ley 1437 de 2011 que resulta aplicable a falta de norma especial en el Decreto 2762 de 1991.

2.- De acuerdo a los artículos 40 y 42 del CPACA, la Oficina emitirá el acto que decida sobre pruebas (de parte u oficiosas), y otorgará la oportunidad al interesado para expresar su opinión sobre las mismas.

3.- Analizará la situación de convivencia en el territorio insular para establecer si asiste el derecho a la residencia por esta causa. Para esto, el demandante aportará las pruebas respectivas conforme le explique la Oficina de la OCCRE.

4.- Mientras se surte el trámite administrativo y se resuelve respecto al derecho de residencia, la Occre otorgará la residencia temporal al demandante, que debe incluir la posibilidad de trabajo a fin de que pueda atender sus necesidades económicas propias y las de su familia.

CUARTO: Sin condena en costas.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

(...)

II.- ANTECEDENTES

- DEMANDA

El ciudadano Eduardo José Fuentes Berrio, por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó se efectúen las siguientes declaraciones y condenas, así:

- **PRETENSIONES**

“**PRIMERO.** - Declárese nula la Resolución 000471 de fecha 6 de febrero de 2018, expedida por la Oficina de Control y Circulación y Residente (sic) (Oocre) y notificada el día 07 de febrero de 2019.

SEGUNDO. - Declarar el Silencio Administrativo Negativo, ficto o presunto, puesto que la Administración dejó correr 3 meses sin que se haya dado respuesta alguna del recurso de reposición y en subsidio de apelación, radicado el 20 de junio de 2017, y a la fecha de radicación de esta demanda la Oocre (sic) ha hecho caso omiso a dicha solicitud. Por lo tanto, se configura el silencio administrativo negativo.
(...)

TERCERO. – (...)

CUARTO: -Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese la expedición de la tarjeta de residente definitiva al joven EDUARDO JOSÉ FUENTES BERRIO, identificado con la cédula de ciudadanía 18.011.879 de San Andrés, isla.

QUINTO: - En consecuencia, y como restablecimiento del derecho, ordénese a la Gobernación Departamental, representada entre otros por el Señor Gobernador, Y EL director (a) de la OCCRE, o por quien haga sus veces, que pague al joven EDUARDO JOSÉ FUENTES BERRIO, una indemnización, por esta decisión arbitraria y salida de todo precepto judicial. Consistente en 180 salarios mínimo legales, puesto que el joven EDUARDO JOSÉ FUENTES BERRIO no ha podido seguir sus estudios, no ha podido inscribirse como comerciante ante la cámara de comercio para ejercer como comerciante y cada vez que tiene que salir de San Andrés, tiene que entrar como turistas, el joven tiene dos hijos menores de edad y siempre ha tenido que trabajar formalmente.

5.1.3- POR CONCEPTO DE DAÑO MORAL: una suma equivalente en moneda nacional a 100 salarios mínimos legales mensuales, por no poder salir sin sentir temor a que los inspectores de la OCCRE lo cojan y lo expulse, el congojo que esta situación le produce de no poder salir tranquilamente con su familia a pasear, tampoco ha podido salir al continente a visitar a su familia por temor a que no lo dejen entrar.

(...)

DÉCIMO. - La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

UNDÉCIMO. - Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

- **HECHOS**

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan así:

Inicia manifestando que el ciudadano Eduardo José Fuentes Berrio se encuentra radicado en la isla de San Andrés desde que tenía dos (2) años de edad, cuando llegó a la isla con su madre la señora María del Socorro Fuentes Berrio quien ostenta tarjeta de residencia definitiva No. 020359.

Sostiene que la señora María del Socorro Fuentes Berrio (madre del demandante) al momento de radicar sus documentos, anexó los documentos de su hijo apareciendo este en el núcleo familiar. Al actor le fue entregada la tarjeta de residencia OCCRE siendo menor de edad, dicha tarjeta no tiene fecha de vencimiento.

Refiere la parte que hizo sus estudios de primaria y bachillerato en el departamento Archipiélago, puesto que no ha tenido otro domicilio desde su ingreso a las islas. Cuando adquirió la mayoría de edad solicitó a la oficina de Control de Residencia y Circulación-OCCRE-el cambio de tarjeta de identidad a cédula de ciudadanía.

Finalmente, indica que las decisiones negativas de la entidad no tienen en cuenta los derechos fundamentales del actor.

- **NORMAS VIOLADAS**

Manifiesta que con la expedición del acto administrativo acusado se infringieron las siguientes disposiciones:

Ley 1437 de 2011: artículo 137

- CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Manifiesta el apoderado judicial de la parte demandante que el acto administrativo acusado se encuentra viciado de nulidad por las causales de falsa motivación y falta de motivación, además de ser violatorio del principio de confianza legítima.

De las causales de nulidad denominadas falsa motivación y falta de motivación del acto administrativo

En lo que concierne a este cargo, sostiene la parte, que el acto administrativo acusado se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación toda vez que la autoridad administrativa omitió valorar los elementos probatorios documentales y testimoniales aportados durante el trámite administrativo. Como fundamento de sus argumentos transcribe apartes de las sentencias del Consejo de Estado de fecha 8 de septiembre de 2005 y 19 de mayo de 1998.

De la sujeción de las autoridades administrativas a la constitución, la ley y la obligación de las autoridades públicas de acatar el precedente judicial dictado por las altas cortes.

Sobre este aspecto se señala, que la entidad demandada no tiene en cuenta la jurisprudencia de los jueces, ni las sentencias de las altas cortes que se han proferido en aquellos casos de jóvenes que no nacieron en San Andrés, pero que han vivido toda su vida en este territorio.

Defecto fáctico en la decisión por falta de valoración de material probatorio obrante en el expediente.

El apoderado de la parte demandante indica que la entidad desatendió las pruebas aportadas al proceso para legalizar la residencia del actor e igualmente señala que la entidad no actuó con total diligencia para agotar todas las pruebas del expediente.

- CONTESTACIÓN

La entidad demandada dio contestación a la demanda, en síntesis, bajo los siguientes términos:

Respecto a los hechos de la demanda, indica que unos son ciertos, otros parcialmente ciertos y de otros manifiesta que no le constan. En cuanto a las pretensiones, manifiesta oponerse a la prosperidad de todas y cada una de ellas en virtud de que la actuación de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, se ajustó a derecho y fue debidamente fundamentada en las normas que regulan la circulación y residencia del Archipiélago.

Como fundamentos de defensa, la entidad explica que: **(i)** el 26 de julio de 2012 el señor Eduardo José Fuentes Berrio radicó petición No. 17058, ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, solicitando cambio del número de identificación de tarjeta de identidad a cédula de ciudadanía en la tarjeta de la OCCRE. **(ii)** Que, con el fin de establecer la residencia del peticionario en el Departamento Archipiélago la entidad solicitó prueba documental que demostrara su permanencia en la isla, **(iii)** Que a la fecha el Sr. Fuentes Berrio no aportó documentación adicional solicitada por la entidad, **(iv)** el artículo 2° del Decreto 2762 de 1991 señala que “...Se tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones: “a) haber nacido en el territorio del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de sus padres, tenga para tal época, su domicilio en el Archipiélago (...) y b) No habiendo nacido en el territorio del Departamento, tener padres nativos del Archipiélago (...)” **(v)** que para el caso en particular el Sr. Fuentes Berrio no ostenta la condición de nacido en el Departamento Archipiélago y al no encontrarse demostrado que alguno de sus padres es nativo este no se encuentra en el supuesto de hecho de la norma .y **(vii)** que la Resolución 000471 de 2019 fue debidamente motivada por cuanto a ella se consagraron los argumentos fácticos, probatorios y jurídicos que la fundamentan.

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia No.060-2023 del 13 de junio 2023, accedió

parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señaló que el problema jurídico consistía en establecer si procede la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 000471 de fecha 06 de febrero de 2018 y el acto ficto presunto negativo ante la falta de respuesta al recurso de reposición presentado el 20 de febrero de 2019, por medio de los cuales el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina -OCCRE, niega la solicitud de expedición de tarjeta de residencia por cambio de numeración al señor Eduardo José Fuentes Berrio.

Luego de analizado el material probatorio, la normatividad y la jurisprudencia aplicable al caso en concreto, el juez de instancia expuso respecto a los aspectos puestos a su consideración lo siguiente:

De la ocurrencia del silencio administrativo negativo

Al respecto, indicó que se encuentra acreditado que el día 20 de febrero de 2019 interpuso los recursos de ley contra la Resolución No. 000471 de fecha seis (6) de febrero de 2018 de los cuales se desconoce su respuesta. Por tanto, en los términos del artículo 83 del CPACA, declaró la existencia del silencio administrativo negativo, y el nacimiento del acto ficto o presunto negativo ante la falta de resolución de los interpuestos.

Del caso concreto

Luego de revisada la actuación administrativa adelantada por la entidad, el juez de instancia señaló que:

- (i) El actor Eduardo José Fuentes Berrio no nació en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pero por el reconocimiento del derecho de residencia de su madre, le fue extendido la posibilidad de domiciliarse en el territorio insular, siéndole expedida por la Oficina de Control y Residencia- OCCRE la tarjeta de residencia No. C-021207 cuando era menor de edad. Una vez cumplida la mayoría de edad elevó petición de expedición de tarjeta de residencia por cambio de numeración, con radicado entrante 17058 de fecha 26 de julio de 2012 43 la cual fue reiterada el 28 de agosto de 2015 y el 14 de julio de 2016.

- (ii) La entidad demandada al definir el derecho a residir en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no dio estricto cumplimiento del procedimiento administrativo previsto en el Título III Capítulo I de la Ley 1437 de 2011 que resulta aplicable a falta de norma especial en el Decreto 2762 de 1991.
- (iii) La administración desatendió los artículos 40 y 42 de la Ley 1437 de 2011 puesto que no emitió el acto que decidiera sobre las pruebas, no requirió pruebas como tampoco se dio la oportunidad al interesado para expresar sus opiniones sobre las mismas, vulnerándose de esta manera el derecho fundamental al debido proceso y desconociendo así el derecho de audiencia y defensa.
- (iv) La administración no dio importancia a la manifestación del peticionario de haber conformado una familia en el Archipiélago, lo cual merecía estudio para establecer si se encuentra en alguna de las causales descritas en el Decreto 2762 de 1991 para adquirir el derecho a la residencia.
- (v) Indica que resulta alarmante que la Oficina de la OCCRE no tenga en cuenta sus propias providencias, pues si bien Eduardo José Fuentes Berrio no es oriundo del territorio insular, contaba con el reconocimiento de tarjeta de residencia como menor de edad, y llama la atención que en el expediente administrativo allegado se indica que la tarjeta la obtuvo el 10 de diciembre de 1998, tal y como se puede observar de las pruebas aportadas, lo que invitaba a que durante al trámite administrativo se incorporara el acto administrativo que ordenó la expedición de la tarjeta con No. C-02120747, necesario para establecer si se trató de residencia temporal o permanente. De igual manera, si para el caso en particular aplicaba alguna causal de pérdida del derecho y en caso de ser necesario, darle la oportunidad a la parte demandante de defenderse mediante un periodo probatorio.
- (vi) El acto acusado está falsamente motivado pues sin contarse con el acto de reconocimiento de residencia que motivó la expedición de la tarjeta OCCRE No. C-021207, se hacen afirmaciones de que el actor se le había concedido el derecho mientras era menor de edad (temporal), manifestaciones estas que no encontraron soporte probatorio al interior

del expediente contentivo de la solicitud de cambio de tarjeta de residencia, por cuanto no se allegó el acto administrativo de expedición como tampoco la tarjeta allegada con el expediente señala lo referido. Asimismo, no atendió la manifestación tendiente a la protección de la unidad familiar del demandante.

- (vii) Finalmente sostiene que debe prosperar el cargo de violación al debido proceso, al no darse estricto cumplimiento al procedimiento administrativo previsto en el Título III Capítulo I de la Ley 1437 de 2011 que resulta aplicable a falta de norma especial en el Decreto 2762 de 1991, lo que conllevó a una errada valoración probatoria y violación del principio de necesidad de la prueba.

- RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

La parte demandante sustenta su inconformidad con el fallo recurrido, específicamente lo dispuesto en el numeral tercero, referido a “Rehacer la actuación por cambio de tarjeta de residencia iniciada por el joven Eduardo José Fuentes Berrio” conforme los argumentos que a continuación se sintetizan:

Inicia manifestando que la Corte Constitucional en sentencia T-294-18 se refirió a la interpretación del artículo 2º del Decreto 2762 de 1991, en este sentido señala que en los casos en que la OCCRE deba dar aplicación al artículo 2º del Decreto 2762 de 1991, que indica que, quien contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente y forme domicilio común en el Archipiélago, al menos por tres años, tendrá derecho a fijar su residencia definitiva en alguna de las ínsulas, debe entenderse que la referida disposición se extiende a los hijos de quien la ha obtenido. Lo anterior, en desarrollo de la protección especial que las normas constitucionales otorgan a la familia. En ningún evento el régimen especial de control de densidad poblacional del archipiélago puede desconocer a la familia, ni impedir que se conforme o que se mantenga unida en aplicación de una limitación al derecho de circulación y residencia en las Islas.

Sostiene que otorgar en cabeza de la entidad el restablecimiento del derecho, es agudizar más la situación del joven Eduardo José Fuentes Berrio, toda vez que no ha podido acceder a los estudios superiores, entre otros aspectos, por no tener su situación definida como mayor de edad, e iniciar un proceso por convivencia, sería muy costoso para los intereses económicos del actor y su familia.

Agrega que el actor conformó una familia en el Archipiélago de donde nunca más ha salido, su hijo mayor, hoy tiene 19 años de edad, su compañera y madre de sus hijos es nativa de la isla; por lo anterior, se ganó el derecho por extensión de su progenitora, de residir en forma permanente en este Departamento Insular.

Indica que en el presente asunto debe tenerse en cuenta el precedente administrativo de la Corte Constitucional, la Resolución No. 007340 de fecha 22 de julio del 2022 expedida por el Gobernador del Departamento Archipiélago y los principios constitucionales de confianza legítima y prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal.

Finalmente, solicita que se acceda a las pretensiones de restablecerle los derechos del actor, en el sentido de ordenar a la Oficina de la OCCRE a expedirle la tarjeta permanente o definitiva, como también se acceda a la indemnización solicitada en la demanda.

Entidad demandada

La entidad demandada solicita que se revoquen los numerales 2° y 3° de la sentencia recurrida y se disponga a negar las pretensiones de la demanda con fundamento en los argumentos que a continuación se resumen, así:

En primer lugar, sostiene que el señor Eduardo José Berrio no cumple con los requisitos mínimos para poder obtener el derecho a la residencia dentro del territorio insular, que se encuentran establecidos en el artículo 2° del Decreto 2762 de 1991. El señor Berrio, quien no nació en el Departamento Archipiélago, no pudo demostrar ser hijo de un nativo, por lo que la entidad negó su solicitud de cambio de tarjeta de identidad a cédula de su tarjeta de residencia temporal-OCCRE, la cual se le había otorgado por extensión temporal del derecho de residencia por parte de sus padres, toda vez que ostentaba la minoría de edad.

Expediente: 88-001-33-33-001-2019-00184-01
Demandante: Eduardo José Fuentes Berrio
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho-solicitud de residencia

Señala que la norma es clara en indicar quiénes tienen la facultad de hacer extensiva la residencia en el departamento Archipiélago. En el caso bajo estudio no se configura esa única causal para que una persona residente en el departamento archipiélago pueda hacer extensiva su residencia a su hijo mayor de edad para que este pueda fijar su residencia en el territorio insular.

En este orden, considera la entidad que otorgar el derecho de fijar su residencia en el territorio insular al actor, iría en contravía con el ordenamiento jurídico y la Constitución Política.

Finalmente señala que en el plenario no obra prueba alguna que permita inferir que el actor cumpla los requisitos para obtener la residencia, ya sea como independiente y/o por convivencia, contemplados en los artículos 2° y 3° del Decreto 2762 de 1991.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, profirió sentencia No. 060-2023 del 13 de junio de 2023.

Las partes interpusieron recurso de apelación dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el cual fue concedido mediante providencia No. 0518-23 del 11 de julio de 2023.

Mediante auto No. 092 del 23 de agosto de 2023, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio dentro de la oportunidad procesal.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

IV. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia No. 060-2023 del 13 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en virtud de lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

- CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN

De conformidad con lo establecido en el artículo 164 numeral 1° literal d) del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo cuando se dirija contra actos producto del silencio administrativo.

En este orden, teniendo en cuenta que lo que se demanda es la Resolución No. 000471 de fecha 06 de febrero de 2019, proferida por el director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE y el acto ficto o presunto negativo surgido ante la falta de respuesta de la administración a los recursos de reposición y en subsidio apelación impetrado por la demandante, la demanda podía ser presentada sin observación alguna a término de caducidad.

- PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad, el problema jurídico consiste en determinar si la Resolución No. 000471 de fecha 06 de febrero de 2019 proferida por el Director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE y el acto ficto o presunto negativo surgido ante la falta de respuesta de la administración a los recursos de reposición y apelación impetrado por la demandante, se encuentran incursos en la causal de nulidad denominada falsa motivación. En caso afirmativo, se procederá a determinar si el ciudadano Eduardo José Fuentes Berrio ostenta el derecho a residir de manera permanente en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Actos administrativos demandados

- Resolución No. 000471 de fecha 06 de febrero de 2019, expedida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, por medio del se resuelve una solicitud de residencia y se dictan otras disposiciones.
- Actos fictos o presuntos negativos surgidos ante la falta de respuesta de la administración a los recursos de reposición y apelación.

- TESIS

La Sala confirmará la decisión de primera instancia, toda vez que (i) se determinó que la resolución demandada y los actos fictos que resolvieron los recursos interpuestos, son nulos por haber sido expedidos de forma irregular, violando el debido proceso y (ii) no es procedente el restablecimiento del derecho solicitado dado que no se demostró el derecho a residir de forma definitiva en el Departamento Archipiélago.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Del régimen constitucional especial consagrado para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

El artículo 310 de la Carta Política, consagró un régimen especial materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Igualmente dispuso entre otros aspecto la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de poblacional.

ARTICULO 310. 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

Expediente: 88-001-33-33-001-2019-00184-01
Demandante: Eduardo José Fuentes Berrio
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho-solicitud de residencia

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

Por su parte, el artículo 42 constitucional, facultó al Gobierno Nacional para que adoptara las reglamentaciones necesarias para controlar la densidad de población del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En virtud de esta norma se expidió el Decreto 2762 de 1991 cuyo objeto consistió en limitar y regular los derechos de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en procura de los fines expresados en el artículo 310 de la Constitución Política.

Este decreto fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional a través de la sentencia C-530 de 1993, en la cual la Corte señaló respecto a las limitaciones a los derechos de circulación en el Departamento Archipiélago lo siguiente:

“De la circulación

El artículo 24 de la Constitución dice:

ARTICULO 24. Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.

El artículo 310 superior autoriza a la ley para expedir un régimen especial para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y expresamente menciona el derecho de circulación como un derecho susceptible de ser limitado en aras de garantizar los altos fines protectores de la vida, la cultura y el ambiente allí mencionados.

Y el artículo 22 del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, dice:

- 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo residir en él con sujeción a las disposiciones legales.*
- 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.*
- 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la*

*moral o la **salud públicas** o los derechos y libertades de los demás.*

*4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1º puede asimismo ser **restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público...** (negrillas fuera de texto).*

Ahora bien, este Pacto rige en Colombia con carácter vinculante y suprallegal, de conformidad con lo establecido al efecto por el artículo 93 de la Constitución.

Así las cosas, el claro que tanto la Constitución como el Pacto establecen que la ley puede limitar el derecho a la circulación, como en efecto lo hace la norma revisada. Por tanto, formalmente existía la facultad para hacerse tal limitación.

Y ya desde el punto de vista del contenido, el Pacto enumera las causales por las cuales se podría válidamente limitar la circulación, entre las que sobresalen en este caso las siguientes:

De un lado, "la salud pública y las libertades de los demás": estas causales, evidentes en el caso que nos ocupa, son de cobertura nacional y cobijan por ejemplo el derecho a la protección al ambiente.

Y de otro lado, "las razones de interés público con cobertura territorial": esta causal, también manifiesta en este caso, es de cobertura en "zonas determinadas", según el Pacto. Por interés público debe entenderse, siguiendo a Riveró, "un conjunto de necesidades humanas: aquellas a las cuales el juego de las libertades no atiende de manera adecuada, y cuya satisfacción condiciona sin embargo el cumplimiento de los destinos individuales".

Respecto del derecho de fijar residencia en las islas, el artículo 2º del Decreto 2762 de 1991 consagra: "Tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- a) Haber nacido en territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de los padres tenga, para tal época, su domicilio en el Archipiélago;
- b) No habiendo nacido en territorio del Departamento. tener padres nativos del Archipiélago
- c) Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto;
- d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago;
- e) Haber obtenido tal derecho en los términos previstos en el artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Las personas que por motivos de educación, hayan debido ausentarse de las islas por un tiempo determinado, se les contará tal lapso a efectos de lograr el cumplimiento de los términos señalados en los literales c) y d), siempre que en el Departamento Archipiélago permanezcan como residentes su cónyuge o compañera permanente, sus padres o hijos".

Respecto del trámite de la residencia temporal, se consigna lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. Podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien:

- a) Con posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto, contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos. Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja;
- b) Haya permanecido en el Departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a 3 años, haya observado buena conducta, demuestre solvencia económica y, a juicio de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el Archipiélago.

La Junta decidirá sobre la conveniencia de que trata el literal anterior, tomando en cuenta la oferta de mano de obra en el Departamento Archipiélago, la densidad poblacional en el mismo y las condiciones personales del solicitante.”

Luego de la presentación de las disposiciones constitucionales y del Decreto 2762 de 1991 que constituyen el marco básico de la normatividad que regula el derecho a la circulación y residencia en el territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Sala estima necesario y conveniente hacer referencia a algunas sentencias proferidas por la Corte Constitucional en materia de control poblacional en el Departamento Archipiélago, en las cuales ha señalado que de los artículos 310 y 42 transitorio del ordenamiento superior se desprende que son tres los objetivos que justifican las restricciones a la libertad de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Tal como se señaló por la Corte en la Sentencia T-1117 de 2002, el primero de tales objetivos es controlar "*... un problema de sobrepoblación, que además de afectar físicamente a la isla, perjudica a sus habitantes, pues la administración no cuenta con los suficientes recursos para atender las necesidades básicas de la población*".

De igual manera, la Corte encuentra la protección al medio ambiente, dado que la sobrepoblación puede afectar considerablemente el frágil ecosistema de las Islas. Y finalmente, concluyó esta Corporación, "*... la protección a la diversidad cultural, pues buena parte de los isleños son integrantes de comunidades nativas, un grupo humano con diferencias culturales considerables respecto del resto de la población del país, y con una identidad cultural protegida por la Constitución*".

Para alcanzar esos objetivos, la ley, -de acuerdo con la Constitución-, limita los derechos de circulación y residencia en el Archipiélago y establece las condiciones por virtud de las cuales tales derechos pueden adquirirse. Esas condiciones comportan, en ciertos casos, un verdadero derecho para las personas que las cumplan, mientras que, en otros, dan lugar a una expectativa en torno a la cual existe un margen de apreciación para las autoridades locales.

En el primer caso, el régimen especial contempla unas condiciones cumplidas las cuales, las personas, de manera automática, adquieren el derecho de residencia. Tienen este alcance las condiciones previstas en el artículo 22 del Decreto 2762 de 1991 y en particular las relativas al derecho de los nativos y de sus descendientes, con las condiciones de residencia allí establecidas, o las que, también con el requisito de residencia especificado en la norma, se refieren a quienes hayan contraído matrimonio válido, o hayan vivido en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas.

En la segunda de las hipótesis que se han identificado en el régimen del Decreto 2762 de 1991, el ordenamiento especial establece unas condiciones cuya satisfacción podría dar lugar a adquirir el derecho de residencia en cuanto que, o bien requieren ser complementadas por otras, o dejan un espacio a la discrecionalidad administrativa.

La falsa motivación y falta de motivación como causales de nulidad de los actos administrativos.

La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad.¹ En cuanto a los elementos necesarios para la configuración de este vicio el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2020 rad. No. 52001-23-33-000-2015-00155-01(3093-16)

demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad aparece demostrado cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de tres eventos a saber:

-Cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados;

-Cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, los que habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

-Por apreciación errónea de los hechos, «de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo [...]».

En lo que concierne al vicio de la falta de motivación del acto administrativo, la jurisprudencia² ha indicado que los actos administrativos deben revelar las razones de su expedición, la fundamentación jurídica y la valoración fáctica que sustenta tales decisiones, so pena de originar la causal de nulidad del acto por expedición irregular. Tal motivación debe estar fundada en los principios de legalidad y de publicidad y ante su ausencia se configuraría un vicio de nulidad del acto administrativo por expedición irregular.

- **CASO CONCRETO**

Hecho lo anterior, procede la Sala a resolver si en efecto el demandante tiene derecho a que le sea expedida una nueva tarjeta de residencia por cambio de numeración de tarjeta de identidad al número de la cédula de ciudadanía, y si adquiere automáticamente el derecho a la residencia por virtud de que su madre tiene la calidad de residente en la isla de San Andrés.

En primer lugar, se tiene que la parte actora solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 000471 de fecha seis (6) de febrero de 2019, proferida por la directora administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, y los actos fictos o presuntos negativos surgidos ante la falta de respuesta de los recursos de reposición y apelación impetrados. A título de restablecimiento del

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, sentencia del 22 de julio de 2021 rad. No. 25000-23-37-000-2014-00978-01

derecho, solicitó el reconocimiento del derecho de residencia permanente en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y los perjuicios morales causados por los actos demandados.

Debe recordar la Sala que el Juez de instancia declaró la existencia de los acto ficto o presunto negativo surgido ante la falta de respuesta de los recursos impetrados contra Resolución No. 000471 de fecha seis (6) de febrero de 2019, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados (Resolución No. 000471 de 2019 y actos fictos presuntos negativos) por los cuales se negó el derecho de residencia al señor Eduardo José Fuentes Berrio y negó el reconocimiento de los perjuicios solicitados, al considerar que no se encontró demostrada su existencia.

Ahora bien, analizando los puntos del recurso, observa la Sala que el reproche de la parte demandante a la sentencia proferida consistió en (i) la orden de rehacer la actuación administrativa, (ii) la desestimación de las pruebas presentadas dentro del proceso y (iii) la consideración que se ganó el derecho de residir en forma permanente en este Departamento Insular, por extensión del derecho de su progenitora.

La entidad demandada, por su parte, considera que (i) el demandante no cumple con los requisitos mínimos para poder obtener el derecho a la residencia dentro del territorio insular, establecidos en el artículo 2° del Decreto 2762 de 1991 y (ii) en el plenario no obra prueba alguna que permita inferir que el actor cumple los requisitos para obtener la residencia ya sea como independiente y/o por convivencia contemplados en los artículos 2° y 3° del Decreto 2762 de 1991.

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a verificar si los actos administrativos acusados se encuentran viciados de nulidad, iniciando por el estudio de los hechos jurídicamente relevantes.

- HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, constata la Sala los siguientes hechos:

El ciudadano Eduardo José Fuentes Berrio nació el día 24 de agosto de 1985 en María la Baja en el Departamento de Bolívar y contó con tarjeta de residencia No. 021207 expedida por la Oficina de la OCCRE cuando ostentó la calidad de menor de edad. Su madre la señora María del Rosario Fuentes Berrio cuenta con tarjeta de residencia definitiva No. 020359

Se encuentra acreditado que el actor Sr. Fuentes Berrio cursó estudios de primaria en el Instituto Bolivariano sede El Nacional en los grados tercero (año 1996), cuarto (año 1997) y quinto (año 1998). Igualmente se encuentra demostrado que el actor tiene un hijo menor de edad nacido en la isla de San Andrés

Da cuenta el plenario que el día 26 de julio de 2012, el actor elevó solicitud de cambio de identificación de su tarjeta de residencia OCCRE, anexando para ello registro civil de nacimiento, dos fotos, copia de la cédula de ciudadanía, copia de la tarjeta de OCCRE de uno de los padres y tarjeta de OCCRE vencida.

Un mes después, es decir, el día 28 de agosto de 2015 el actor hace entrega de una serie de documentos con la finalidad de finiquitar el trámite de la tarjeta de residencia, tales como: carnet de la Cruz Roja, OCCRE de la madre, registro civil de nacimiento de su hermana nacida en la isla, tarjeta de identidad de su menor hijo y registro civil de su menor hijo.

Posteriormente, el día 14 de julio de 2016 el actor a través de apoderado judicial elevó nuevamente ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE-solicitud de cambio de número de identificación tarjeta de identidad a cédula de su tarjeta de residencia.

A través de la Resolución No. 000471 de fecha seis (6) de febrero de 2019, proferida por la directora administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, resolvió la petición de expedición de tarjeta de residencia por cambio de documento de identificación elevada por el señor Eduardo José Fuentes Berrio.

CONSIDERANDO

Que el 26 de julio de 2012 el señor **EDUARDO JOSÉ FUENTES BERRIO**, identificado con cédula de ciudadanía número 18.011.879, expedida en San Andrés, Islas, radicó petición No. 17058, ante esta Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, solicitando cambio del número de identificación de tarjeta de identidad a cédula de ciudadanía en la tarjeta de la OCCRE, anexando para ello los documentos que se enlistan a continuación:

1. Certificado de estudio correspondiente a los cursos Tercero, Cuarto y Quinto en los años 1996, 1997 y 1998 en la Institución Educativa Bolívariano;
2. Tarjeta de identidad del hijo del solicitante
3. Tarjeta Occre como menor
4. Registro civil de nacimiento de la hija del solicitante
5. Fotocopia de la Occre y cédula de uno de sus padres
6. Fotocopia Carnet médico de la Cruz Roja de fecha 26 de noviembre de 1990 a nombre de ROSARIO FUENTES BERRIO quien es la madre del solicitante

Que con el fin de establecer la residencia del peticionario en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas, mediante oficio, esta entidad le solicitó los siguientes documentos, adicionales a los inicialmente presentados:

1. Prueba documental que demostrara su permanencia en la Isla

Que a la fecha el Sr. Fuentes Berrio únicamente aportó carnet de la cruz roja de su madre, Registro civil de su hermana nacida aquí, tarjeta de identidad de su hijo registro civil de su hija menor.

Procede el Despacho a decidir si a la luz de las normas de Residencia y Circulación para el Departamento Insular contempladas en los Decretos 2762 de 1991 y 2717 de 2001 así como el Acuerdo 001 de 2002, le asiste al peticionario el derecho a la expedición de su tarjeta de residencia por cambio de documento de identificación.

Establece el artículo 2° del Decreto 2762 de 1991, que tendrá derecho a fijar su residencia en el departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- a) *Haber nacido en el territorio del departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de sus padres, tenga para tal época, su domicilio en el Archipiélago (...)*
- b) *No habiendo nacido en territorio del Departamento, tener padres nativos del Archipiélago (...)*

En el caso sometido a estudio y conforme lo acreditan el Registro Civil y la cédula de ciudadanía aportada, el peticionario no ostenta la condición de nacido en el Departamento Archipiélago y al no encontrarse demostrado que alguno de sus padres es nativo, entendiéndose por nativo la población originaria de un territorio, este no se encuentra en el supuesto de hecho de la norma anteriormente citada, el Despacho procederá a revisar la norma contenida en el artículo 9° del Decreto 2762 de 1991, la cual contempla en los siguientes términos la figura de "**Extensión de los Efectos del Derecho de Residencia**"

"ARTICULO 9°. *Se extiende la calidad de Residente Temporal en las mismas circunstancias y por el mismo lapso, al cónyuge o compañero permanente y a los hijos de quien la ha obtenido.*

PARAGRAFO. *Los hijos de quien ha obtenido la calidad de residente temporal podrán adelantar sus estudios en los establecimientos educativos del Departamento Archipiélago, durante el tiempo que les es permitido permanecer allí".*

De acuerdo con la norma transcrita, aplicable al caso que nos ocupa, la persona que obtenga legalmente el derecho a residir en la Isla, tiene la facultad de extender los efectos de su propia permanencia a su cónyuge, compañero permanente o a los hijos menores, con las mismas características del derecho otorgado.

Quiere ello decir que, si a la persona se le otorga el derecho a residir en el Departamento Archipiélago de manera temporal, solamente podrá extender sus efectos de dicha residencia temporal a las personas indicadas, más no podrá extenderse una calidad que no ostenta, es decir no podrá obtenerse el beneficio de la residencia permanente a partir de la extensión de una residencia temporal para transformarse en una permanente para el beneficiario.

En cuanto a los hijos menores, el otorgamiento de la residencia por extensión resulta ser naturalmente comprensible y jurídicamente viable habida consideración de que éstos aún se encuentran bajo la patria potestad de sus padres, sin embargo, en este punto del análisis se presentan tres situaciones que se hace menester distinguir para cuando el hijo ya ostente la mayoría de edad, a saber:

En el primer evento, si el padre obtiene el derecho de residencia de manera permanente, podrá extender en la misma forma, dicho estatus a sus hijos nacidos en el territorio insular incluso en los eventos en que éstos ya hayan cumplido la mayoría de edad, siempre y cuando ambos padres o al menos uno de ellos, estuviere domiciliado en el Departamento como mínimo, tres años anteriores a la expedición del Decreto 2762 de 1991, y no hubiesen perdido tal derecho según lo consagra el artículo 6° de la mencionada norma.

La segunda hipótesis se presenta si el padre o los padres hubiesen obtenido la residencia temporal. En dicho caso, de acuerdo con la norma transcrita, sólo podrán extender temporalmente el derecho de residencia a sus hijos hasta el momento en que ellos salgan de la patria potestad, lo que para este caso se traduce en el hecho de cumplir la mayoría de edad.

Es así que de conformidad con los documentos aportados, quedó establecido que el joven **EDUARDO JOSE FUENTES BERRIO** no ostenta la calidad de nacido en el Departamento Archipiélago. De acuerdo con la copia de su cédula de ciudadanía y el Registro Civil de Nacimiento aportados al expediente administrativo con la solicitud inicial, el peticionario nació en María La Baja Bolívar el 24 de Agosto del año 1986.

Los documentos aportados acreditan que al peticionario se le expidió la tarjeta temporal de residencia cuando ostentaba la minoría de edad.

De este modo, el peticionario no se encuentra en ninguna de las hipótesis arriba planteadas, por lo tanto, al haber cumplido la mayoría de edad para el peticionario **cesan los efectos de la extensión del derecho de residencia de los padres y deberá acreditar** que se encuentra en uno de los supuestos que contempla la norma señalados con anterioridad es decir estar residenciado los tres años inmediatamente anteriores a la expedición del Decreto y acreditar haber estado domiciliado en la isla de

Expediente: 88-001-33-33-001-2019-00184-01
Demandante: Eduardo José Fuentes Berrio
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho-solicitud de residencia

Ahora, revisada la documentación obrante en el expediente contentivo de su solicitud, se vislumbra que el peticionario, **EDUARDO JOSE FUENTES BERRIO**, identificado con cédula de ciudadanía número 18.011.879 expedida en San Andrés, Islas, no allegó la totalidad de las pruebas de permanencia.

Los documentos aportados permiten inferir sin ninguna dificultad que el solicitante no realizó la totalidad de sus estudios en el Departamento Archipiélago.

Es así que en el caso bajo estudio, con las pruebas aportadas por el peticionario no se logró demostrar que el mismo residiera en el Departamento de forma ininterrumpida.

Por lo tanto, se negará la solicitud de cambio de numeración de la tarjeta OCCRE, habida cuenta que a favor del señor **EDUARDO JOSE FUENTES BERRIO**, identificado con cédula de ciudadanía número 18.011.879 expedida en San Andrés, Islas, no se logró consolidar el derecho a residir, por extensión del mismo, en este Departamento Archipiélago.

FO-AP-GD-05 V: 02 Pág. 2 de 3

"Continuación Resolución No. 000471 de 06 FEB 2019"

En consecuencia, se le concederá el término improrrogable de diez (10) días, a fin de que abandone el territorio insular por sus propios medios, so pena de ser declarado en situación irregular y devuelto a su último lugar de embarque.

Con la expedición de este acto administrativo se resuelve de fondo la solicitud interpuesta por el interesado el pasado 26 de julio de 2012.

En mérito de lo anteriormente expuesto,

El acto administrativo citado expone como razones para negar la petición del actor (i) el actor no ostenta la calidad de nacido en el Departamento Archipiélago, (ii) una vez cumplida la mayoría de edad cesan los efectos de la extensión del derecho de residencia de los padres, y, (iii) por ende, se debe acreditar que se encuentra en unos de los supuestos que indica la norma, como es estar residenciado los tres (3) años inmediatamente anteriores a la expedición del Decreto 2762 de 1991 y acreditar haber estado domiciliado en la isla de forma ininterrumpida.

Mediante escrito del 20 de febrero de 2019, por conducto de apoderado judicial, se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución no. 000471 del seis (6) de febrero de 2008.

Por medio de auto No. 009 del cinco (5) de marzo de 2021, el director administrativo de la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE levantó una restricción de acceso registrada en la base de datos de la Oficina de Control Poblacional en contra del señor Eduardo José Fuentes Berrio, bajo los siguientes términos:

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Previo al análisis correspondiente, es necesario señalar que durante la actuación administrativa, el funcionario debe ceñirse a las normas administrativas, para el caso concreto, contenidas en el Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que el legislador no previó procedimiento especial para las actuaciones de la OCCRE, sin perder de vista, las normas constitucionales que complementaron todos los procesos a partir de 1991.

Que una vez revisado el presente asunto, se evidencia que efectivamente el señor **EDUARDO JOSE FUENTES BERRIO** detenta restricción de acceso en la base de datos de la OCCRE, desde el día 12 de febrero de 2019, lo cual nos permite concluir, que la Oficina de control poblacional, previo a la oportunidad legal que detentaba el administrado para controvertir la decisión, registró la restricción sin que al respecto mediara una declaración de situación irregular que lo justificara, lo cual resulta inusual y, por ende no ajustado a derecho. En línea legal de lo anterior, el Decreto 2171 de 2001, en su artículo 15 indica a letra que "(...), El director de la OCCRE mediante resolución motivada deberá declarar que una persona está en situación irregular, impondrá la multa correspondiente y consecuentemente en el mismo acto ordenará que sea devuelta a su último lugar de embarque, el comando Departamental de policía garantizará el cumplimiento de esta orden para cuyo efecto la OCCRE le prestará el concurso que sea necesario."

Si bien es cierto, el acto administrativo que negó residencia al administrado le hizo la prevención de abandonar el territorio insular, dentro de los 10 días posteriores a la negativa, esto no quiere decir en sumo, que tal prevención es automática; ya que, la misma se encuentra sujeta a una serie de circunstancias que de no presentarse serían efectivas en pro de una futura declaratoria de situación irregular. Pero, que al haber el administrado impetrado recurso de reposición y, en subsidio apelación dentro del término legal, los efectos de la negatoria resultaron suspendidos ya que al no encontrarse lo resuelto en firme, lo ahí contenido no podría producir efectos.

FO-AP-GD-05 V: 02

Página 7 de 8

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, y no es objeto de discusión en esta instancia, se tiene que el actor elevó una petición inicial el día 26 de julio de 2012 con la finalidad de obtener el cambio de identificación de su tarjeta de residencia OCCRE, petición esta que fue reiterada años después a través de apoderado judicial.

Del análisis de la demanda y el recurso impetrado se tiene que la petición del actor fue soportada en la interpretación que dio la Corte Constitucional al literal d) del artículo 2° del Decreto 2762 de 1991 "*d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago*" extensión del derecho de residencia de los padres a los hijos con el fin de proteger la unidad familiar.

Ahora bien, las pruebas allegadas tanto en sede administrativa como judicial antes citadas, permiten inferir que:

- (i) El señor Eduardo José Fuentes Berrio residió en la isla de San Andrés desde sus 11 años de edad, cursó los grados tercero a quinto de primaria

(años 1996-1998). No obstante, la Sala no puede afirmar que dicha residencia haya sido de forma continua e ininterrumpida hasta la fecha que cumplió la mayoría de edad e incluso hasta ahora, toda vez que no obra prueba alguna al respecto.

- (ii) La señora María del Rosario Fuentes Berrio -madre del actor- cuenta con tarjeta de residencia definitiva No.020359 y no ostenta la calidad de nativa del Departamento Archipiélago, puesto que como indica su documento de identidad nació en el municipio de María La Baja (Bolívar)
- (iii) El actor fue portador de la tarjeta temporal de residencia expedida por la oficina de la OCCRE con ocasión a la salvaguarda del arraigo a su núcleo familiar y derecho a la educación siendo menor de edad.

En este punto, en principio, se puede llegar a la conclusión de que no se encuentra acreditado que el actor actualmente le asistiera derecho alguno de conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2762 de 1991 como lo indicó la resolución demandada. Lo anterior en razón de que las pruebas allegadas al plenario no son suficientes para poder analizar todos los supuestos que consagra la norma:

ARTÍCULO 2o. Tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- a) Haber nacido en territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de los padres tenga, para tal época, su domicilio en el Archipiélago;
- b) No habiendo nacido en territorio del Departamento, tener padres nativos del Archipiélago;
- c) Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto;
- d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago;
- e) Haber obtenido tal derecho en los términos previstos en el artículo siguiente.

Como se observa, la norma consagra cuatro (4) supuestos para obtener el derecho de residencia. Estos supuestos son: (i) Haber nacido en territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de los padres tenga, para tal época, su domicilio en el Archipiélago, situación que no se encuadra en los supuestos fácticos de la demanda, puesto como se ha anotado el actor no es nacido en el Departamento Archipiélago.

(ii) No habiendo nacido, tener padres nativos del Archipiélago, supuesto que tampoco cumple el demandante, en tanto que su madre es oriunda del municipio de María La Baja (Bolívar).

(iii) Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto. Sobre este punto no fue allegada prueba alguna.

(iv) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago. Al respecto de este supuesto, debe señalarse que, si bien en el recurso de apelación interpuesto con el fallo recurrido se indica que el actor conformó una familia y que su compañera y madre de sus hijos es nativa, no obra prueba en el plenario que acredite su dicho y, además, la solicitud impetrada no fue encaminada a obtener la residencia por convivencia.

De la extensión del derecho a la residencia

En relación a la causal invocada, es decir, el literal d) del artículo 2° del Decreto 2762 de 1991, en el entendido que se solicita la extensión del derecho de residencia de los padres a los hijos, resulta necesario realizar las siguientes precisiones:

El Decreto 2591 de 1991 específicamente estableció dos casos donde procede la figura de extensión del derecho de residencia a los hijos: (i) para aquellas personas que no habiendo nacido en el departamento tienen padres nativos y (ii) los residentes temporales, estos últimos extienden el derecho de

residencia en las mismas circunstancias y por el mismo lapso. La Corte Constitucional³ por su parte, ha indicado que en aquellos casos que se obtiene el derecho de residencia por convivencia, se extiende el derecho a los hijos. Así lo explicó:

“Al respecto, la Corte reitera que dentro de las garantías del debido proceso se encuentra el derecho a recibir una pronta y oportuna decisión por parte de las autoridades jurisdiccionales o administrativas, sin dilaciones injustificadas. En ese sentido, en los casos en que la OCCRE deba aplicar el artículo 2º del Decreto 2762 de 1991, que indica que, quien contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente y forme domicilio común en el Archipiélago al menos por tres años tendrá derecho a fijar su residencia definitiva en alguna de las ínsulas, debe entenderse que la referida disposición se extiende a los hijos de quien la ha obtenido. Lo anterior, en desarrollo de la protección especial que las normas constitucionales otorgan a la familia. En ningún evento, el régimen especial de control de densidad poblacional del archipiélago puede desconocer a la familia ni impedir que se conforme o que se mantenga unida en aplicación de una limitación al derecho de circulación y residencia en las Islas. “

En lo que concierne a la situación de residencia de aquellas personas no nacidas en el territorio del Departamento Archipiélago, pero con padres con situación de residencia definida, si bien, se reitera el decreto no reguló de forma expresa dicha situación, no puede desconocerse que este grupo de personas cuyos padres cuentan con residencia definitiva en el Departamento Archipiélago y debido a ello obtuvieron la tarjeta de residencia por extensión de sus padres al ser menores de edad, como garantía de la unión del núcleo familiar, al momento de cumplir con la mayoría de edad (18 años) la entidad debe entrar a analizar cada situación específica y cada caso concreto. Así pues, cuando existe inmediatez entre el cumplimiento de la mayoría de edad y la presentación de la petición de cambio de identificación de la tarjeta de residencia por la circunstancia indicada, considera la Sala que corresponde a la OCCRE verificar: (i) que efectivamente el padre o la madre de familia que tenía la custodia tenga su residencia legal definida en el territorio insular, es decir, sea portador de la tarjeta de residencia definitiva y (ii) que el menor haya residido de manera ininterrumpida en el Departamento Archipiélago junto a su progenitor mientras fue menor de edad, es decir, comprobar la residencia

³ Corte Constitucional Sentencia T-294 de 2018

en el territorio insular con anterioridad al cumplimiento de la mayoría de edad o que su ausencia sea justificada, es decir, por motivos de salud o educación.

En el presente caso, como se indicó previamente, no obra en el plenario prueba suficiente que acredite que el actor estuvo residenciado en el Departamento Archipiélago de forma ininterrumpida cuando era menor de edad. Las pruebas solo dan cuenta que estuvo residenciado en las islas hasta el año 1998, no habiendo prueba alguna que permita establecer que hubiera permanecido en las islas bajo la tutela de su madre hasta el cumplimiento de su mayoría de edad, es decir, hasta el año 2003. Para la Sala esta situación no debería ser de difícil probanza ya que los menores de edad deben estar debidamente escolarizados, aspecto que se demostraría con los certificados de estudios, los cuales, debe señalarlo la Sala, solo acreditaron que estudió tres años de la primaria en la isla de San Andrés.

Por otra parte, resulta llamativo que solo hasta el año 2012, es decir, pasados nueve (9) años desde que el actor cumplió 18 años edad, se elevara la solicitud de cambio de identificación de la tarjeta de residencia - OCCRE, lo que sin duda da lugar a que la entidad constate el lugar de residencia que tenía el peticionario durante ese lapso de tiempo. Así mismo, la carga de demostrar la residencia en el territorio insular durante la infancia y la adolescencia es del peticionario, máxime cuando – como en el caso concreto – demoró casi una década en presentar la petición de cambio de numeración de la tarjeta de residencia y no pudo acreditar su permanencia en esta isla mientras fue menor de edad. Esto significa que si bien, la unidad familiar es un derecho fundamental, no implica que una vez llegada a la mayoría de edad la autoridad de control esté impedida para constatar que el peticionario que busca ampararse en el derecho de residencia de uno de sus padres esté en el deber de acreditar que permaneció en el mismo lugar de residencia con aquél, ya que, verbigracia, pueden darse circunstancias en que por la separación de los padres, permanezca junto a uno de sus progenitores que no resida en la isla.

Es por ello que la Sala reitera que la resolución de las peticiones de residencia se deba hacer caso a caso.

Del procedimiento administrativo adelantado

Como se advirtiera en el acápite del marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia, a través de la sentencia C-530 de 1993⁴ fue declarado exequible el Decreto 2762 de 1991 al considerar, entre otros que, el artículo 310 de la Constitución autoriza la expedición de normas especiales para el Departamento Archipiélago, con el fin de establecer una discriminación positiva en favor de una comunidad que allí habita, como quiera que se encuentra amenazada su supervivencia, su cultura y su entorno físico. Además, porque a través del mismo no se vulneraba el derecho a la igualdad, por cuanto la alta densidad de las Islas, que compromete incluso la supervivencia, justifica la limitación al núcleo esencial del derecho al trabajo, que además busca evitar los riesgos letales a residentes del archipiélago⁵.

Es así que, la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, al definir el derecho a residir en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en cumplimiento del procedimiento administrativo previsto en el Título III Capítulo I de la Ley 1437 de 2011, emite actos singulares, de contenido particular y concreto, que surten efectos respecto a las personas que motivan su expedición por cumplir o no los requisitos contemplados en la norma especial de control poblacional para fijar su domicilio en el territorio insular.

Sin embargo, considera la Sala que, por ser el derecho a residir y circular en las islas un derecho fundamental - con las restricciones justificadas que el marco legal y constitucional establecen-, como lo ha sostenido de manera pacífica la Corte Constitucional, resulta imperioso para la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE analizar en cada caso concreto si se evidencia la configuración de otra causal contemplada en el Decreto 2762 de 1991 que se encuentren debidamente probadas, antes de desatar de fondo la petición de residir de manera permanente en el Archipiélago.

En el asunto que nos ocupa, es de recordar que la tarjeta de residencia temporal que ostentaba el señor Eduardo José Fuentes Berrio, perdió su vigencia al cumplir

⁴ Sentencia C-530/93 REF: Expediente N° D-260. Demanda de Constitucionalidad contra el Decreto No. 2762 de 1991. Actora: Olga Lucía Álzate Tejada. Magistrado Sustanciador: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Santafé de Bogotá, once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

⁵ Como se lee en los artículos 5° numeral 1°-trabajar en forma permanente-, 12 y 13 del Decreto 2762 de 1991

la mayoría de edad (18 años), que si bien ostentó la tarjeta de residencia cuando tenía la calidad de menor de edad, no obra prueba alguna en el plenario que acredite que estuvo domiciliado en las islas de forma ininterrumpida hasta que alcanzó la mayoría de edad. Sin embargo, en atención a las manifestaciones indicadas en la demanda y algunas pruebas allegadas, es posible que el señor Eduardo José Fuentes Berrio esté en condiciones de demostrar otro supuesto de hecho para adquirir la residencia definitiva en el departamento Archipiélago. Se trata de la causal del literal d) del artículo 2° del pluricitado decreto para obtener la OCCRE por convivencia e incluso, lo correspondiente al literal b) del artículo 3, esto siempre y cuando se acrediten los requisitos que dichas disposiciones establecen.

ARTÍCULO 2o. Tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones:

(...)

d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago;

(...)

ARTÍCULO 3o. Podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien:

(...)

b) Haya permanecido en el Departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a 3 años, haya observado buena conducta, demuestre solvencia económica y, a juicio de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el Archipiélago.

La Junta decidirá sobre la conveniencia de que trata el literal anterior, tomando en cuenta la oferta de mano de obra en el Departamento Archipiélago, la densidad poblacional en el mismo y las condiciones personales del solicitante.

Ahora bien, en lo que concierne a lo establecido en el literal b) del artículo 3° del Decreto 2762 de 1991, dicha norma consagra una serie de requisitos y circunstancias de las cuales la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“(...) 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. 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."

Resulta importante en este punto de la sentencia señalar la importancia del papel del juez en el marco de la Constitución Política de 1991, en el que esta Corporación⁶ recordó como lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016: "*La nueva Carta Política robusteció la misión del juez como garante del acceso efectivo a la administración de justicia y de la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos. Es así como se demandan de él altas dosis de sensibilidad y una actitud diligente para corregir las asimetrías entre las partes, asegurar los derechos fundamentales, entre otros el derecho a la tutela judicial efectiva, y, en últimas, la vigencia de un orden justo. (...)*"

La Sala estima necesario llamar la atención de la autoridad de control de circulación y residencia OCCRE, en el sentido que en el cumplimiento de tan importante misión de estirpe constitucional llamada a controlar un problema de sobrepoblación, de procurar la protección de la identidad de la comunidad raizal que ancestralmente habita el territorio insular que conforma geográficamente el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y además proteger el medio ambiente, como autoridad que toma tan relevantes decisiones administrativas que tienen un impacto tan significativo sobre la vida de las personas, también está llamada a dar aplicación a tales normas integrando la aplicación de principios, como ejemplo, el principio pro persona para escoger y

⁶ Sentencia No. 121 del 07 de julio de 2022. Tribunal Administrativo de San Andrés, providencia y Santa Catalina. Expediente: 88-001-33-33-001-2022-00053-01 Demandante: Chalito Walters Martínez Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Medio de Control: Cumplimiento de Normas con Fuerza Material de ley.

aplicar la norma que en el caso concreto permitiera resolver un asunto de tanta complejidad, dando prevalencia a la disposición normativa que mejor proteja los derechos fundamentales de la persona y de su núcleo familiar.

A partir de lo anterior, se puede concluir que la decisión de los asuntos relacionados con el derecho a la residencia se hace caso a caso, porque en cada uno habrá elementos fácticos y probatorios que los distinguen de otros. En este caso concreto, correspondía a analizar con rigor la situación particular del peticionario, revisar si efectivamente tuvo su domicilio fijado en las islas con anterioridad al cumplimiento de la mayoría de edad e incluso posterior a ello, o en su defecto, conforme a las manifestaciones que se señalan en el recurso, si es viable el análisis de adquirir el derecho a residencia en el territorio insular por convivencia u otra causal, todo ello en atención a los principios de la actuación administrativa, entre otros, el debido proceso y el principio *pro persona*.

Bajo este orden de ideas, después de analizado el caso bajo estudio, para el Tribunal conforme a lo aportado a este proceso no quedó demostrada la causal alegada inicialmente por el demandante cuando elevó su solicitud a la OCCRE, para que pudiera determinarse desde esta instancia el derecho de residencia en el Departamento Archipiélago del señor Eduardo José Fuentes B. Es por ello que se considera razonable y plausible confirmar la decisión del A quo en el sentido de que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados sin que haya lugar al restablecimiento del derecho solicitado pues, verifica que el recurrente, en efecto, no acredita la condición establecida en el artículo en que fundamenta su argumento. Es decir, no cumple o al menos no demuestra el cumplimiento de lo establecido en el literal, d) del artículo 2 del Decreto 2762 de 1991. Lo anterior no excluye de ninguna manera que el Sr. Eduardo José Fuentes B., en el trámite administrativo que deba iniciarse pueda aportar las pruebas necesarias para demostrar el cumplimiento de otra causal para adquirir el derecho a la residencia.

- CONDENA EN COSTAS

Sin condena en costas en esta instancia.

Expediente: 88-001-33-33-001-2019-00184-01
Demandante: Eduardo José Fuentes Berrio
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho-solicitud de residencia

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

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No.060-2023 del 13 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por los motivos antes expuestos.

SEGUNDO: No hay condena en costas.

TERCERO: Devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia que la providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSE MARÍA MOW HERRERA

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2019-00184-01)

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **209d10bfe4dba5a710a6889359eff318d752124ef42e87cb420ecb45584e9422**

Documento generado en 24/11/2023 06:12:57 PM

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