



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

SIGCMA

San Andrés Isla, siete (07) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No. 071

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	88-001-33-33-001-2021-00020-01
Demandante	Ferney Eduardo Bertel Romero
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 demandada contra la sentencia No.055-23 del 8 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este circuito judicial dentro del proceso iniciado por el señor Ferney Eduardo Bertel Romero en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE, que resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRANSE imprósperas las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada

SEGUNDO: DECLÁRASE la existencia del acto ficto negativo en relación con el recurso de reposición en subsidio de apelación interpuesto contra la Resolución 000045 de fecha 26 de marzo de 2019, presentados el día 4 de abril de 2019.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No.00045 de 26 de marzo de 2019 y del acto ficto que lo confirma, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDÉNASE al **Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina** que a través de la **Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE-**, proceda a la notificación personal de la Resolución No.000101 de 10 de abril de 2019, a los señores Ferney Eduardo Bertel Romero y Natalie del Carmen Berrio González, lo cual podrá cumplirse a través de su apoderado por los medios dispuestos en el presente proceso.

QUINTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquidense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente.”

II.- ANTECEDENTES

- DEMANDA¹

El señor Ferney Eduardo Bertel Romero 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 recurso de reposición y subsidio de apelación contra la Resolución 000045 de fecha 26 de marzo de 2019, proferida por el director de la OCCRE, o por quien haga sus veces, para que, por los trámites de un proceso ordinario de primera instancia.

SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese la expedición de la tarjeta de residente definitiva del señor FERNEY EDUARDO BERTEL ROMERO, mayor de edad, domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con la Cédula de Ciudadanía Número 1.102.848.576 de Sincelejo.

TERCERO.- En consecuencia, y como restablecimiento del derecho, ordénese a la Gobernación Departamental, representada entre otros por el gobernador, y el Director de la Occre, o por quien haga sus veces, que pague al señor FERNEY EDUARDO BERTEL ROMERO, mayor de edad, domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con la Cédula de Ciudadanía Número 1.102.848.576 de Sincelejo, una indemnización, por esta decisión arbitraria y salida de todo precepto judicial y se le ordene a la gobernación y/o la oficina de control circulación y residente Occre expedirle la tarjeta de la Occre.

(...)”

- HECHOS

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

¹ Documento No. 03-Accion de nulidad Marina Cortez-Expediente digitalizado.

Inicia manifestando que desde el año 2015 convive como pareja de la señora Natalie del Carmen Berrío González, nacida en San Andrés, isla, quienes conforman una familia que fue manifestada como unión marital de hecho, de acuerdo con la declaración firmada el día 20 de marzo de 2019 y de la cual hace parte el menor Abdiel David Rodríguez Berrío.

Señala que la directora de la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE profirió la Resolución No. 000045 de fecha 26 de marzo de 2019, mediante la cual fue declarado en situación irregular, decisión que en su criterio no contó con motivación alguna y violó los derechos fundamentales al debido proceso, la unidad familiar, al trabajo, a la libre circulación y residencia del demandante.

Manifiesta que en decisión de tutela proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito, le tuteló el derecho a la unidad familiar y también ordenó a la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE *“dejar sin efecto la multa de 20 salarios mínimos legales vigente, impuesta en la resolución por la cual lo expulsaron de San Andrés”*.

Reitera que con la decisión adoptada se violentó la unidad familiar del hogar conformado por los señores Ferney Eduardo Bertel Romero y Natalie Del Carmen Berrío González, siendo su caso similar al del señor Yimmi Fontalvo Ramírez, a quien la Corte Constitucional en sentencia T- 214 de 1 de Abril de 2014, le protegió el derecho a la unidad familiar, dado que la decisión de la OCCRE resultó contraria al interés superior de sus dos hijos menores *“en la medida en que, dada la situación económica de la familia, les impide reunificarse y, consecuentemente, les imposibilita con una figura paterna en una etapa esencial de su desarrollo temprano, y con esto se configura el precedente judicial como también lo hace ver la Corte en esta sentencia antes descrita”*.

Concluye manifestando que los actos demandados no tienen en cuenta la noción constitucional de la unión marital, desconocen el principio de confianza legítima y la valoración probatoria en sede administrativa no respetó el debido proceso, lo cual, en sentir del actor, afecta de nulidad el acto acusado, en el supuesto de que se está ante unas violaciones de los derechos fundamentales del demandante.

- NORMAS VIOLADAS

Manifiesta que con la expedición de los actos administrativos acusados se infringieron las siguientes disposiciones: Ley 1395 del 12 de Julio de 2010, Ley 1437 de 2011, y demás normas concordantes.

- CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante manifiesta que el acto administrativo acusado se encuentra viciado de nulidad por las causales falsa motivación, expedición irregular, además de ser violatorio del debido proceso y el derecho a la unidad familiar.

Argumenta que, por regla general, los actos administrativos discrecionales por los cuales se ordena la expulsión de San Andrés a una persona, deben ser motivados y tener en cuenta que no se vulnere ningún derecho fundamental de la persona afectada.

Señala que la doctrina y la jurisprudencia sostienen que la expresión de los motivos debe hacerse, además de los casos exigidos por la constitución y la ley, en los siguientes: cuando por el acto se extinga o modifique una situación jurídica ya creada; cuando se cambie una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento jurídico; cuando el acto esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición. Así mismo, precisa que se contempla como causal autónoma de nulidad del acto administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo la falsa motivación (art. 84), hoy artículo 137 CPACA.

Aduce que se ha dicho que cuando se motive un acto administrativo, la motivación debe ser seria, adecuada o suficiente y además íntimamente relacionada con la decisión que por él se tome, por lo que no cumplen este requisito las fórmulas de comodín o sea aquellas susceptibles de ser aplicadas a todos los casos a pesar de sus peculiaridades. En tal sentido, explica que se incurre en el vicio de nulidad de los actos administrativos por expedición irregular cuando debiendo ser motivados, no expresan los motivos de su expedición.

- CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Sobre los hechos señala que unos son ciertos, otros parcialmente ciertos y otros no son hechos.

Informa que con ocasión de la acción de tutela impetrada por la señora Natalie Berrío González, fue expedida la Resolución No. 00191 del 26 de enero de 2021, por la cual el director de la OCCRE *derogó* el artículo tercero de la resolución No. 000045, que impuso la multa de 20 smmlv al actor y, además, levantó la restricción existente en la base de datos mediante el retiro de la lista de personas que no pueden ingresar al departamento.

Asegura que, como se tiene anotado en la declaración juramentada aportada por el demandante, la convivencia anunciada en la demanda inició en el año 2015 y solo hasta el año 2019 se radicó de manera incompleta la documentación para iniciar el proceso por convivencia en el cual era beneficiado el señor Bertel, es decir, *“durante más de tres años el actor estuvo de manera irregular en el departamento insular y además de estar en tal situación se encontraba laborando contrariando la normativa que rige en estas islas; por lo anterior no puede el demandante atribuirle su propia culpa a la oficina de OCCRE, pues tuvieron tiempo suficiente en el cual pudieron definir la situación del demandante en el Departamento”*.

Afirma que la decisión tomada por la entidad accionada no fue de manera caprichosa, por el contrario, tiene sustento normativo en el Decreto 2762 de 1991 en sus artículos 18 literales b) y d) y 19.

Por otra parte, refiere que la sola omisión en la valoración o práctica de una prueba, no es constitutiva de una vía de hecho, ya que para que esta se produzca, debe tratarse de errores manifiestos u ostensibles, atribuibles a una actitud caprichosa o arbitraria del funcionario competente. Además, esas pruebas deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo.

La entidad demandada propuso las siguientes excepciones:

- 1. Caducidad de la acción:** manifiesta que con la demanda, el apoderado solicita la nulidad de la Resolución del 26 de marzo de 2019, no obstante, desde el momento de la notificación del acto e incluso de la interposición del recurso, hasta la fecha de presentación de la demanda, han transcurrido más

de cuatro (04) meses, lapso muy superior al establecido en el literal d) numeral 2º del artículo 164 del CPACA, para acudir a la vía contenciosa, y por tanto se configura la caducidad del medio de control aquí impetrado.

2. Falta de presupuestos legales para reclamar perjuicios materiales:

considera que al no haberse allegado con la demanda los documentos idóneos que fundamenten la solicitud, tales como aportes a la seguridad social, certificación de contador público, desprendibles de pagos, etc., no puede acreditarse procesalmente la situación de residencia del demandante, además que, quien se encontraba incumpliendo la normativa vigente y que rige en el Departamento como es el Decreto 2762 de 1991 es el demandante.

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia No.055-23 del 08 de junio de 2023, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señaló que el problema jurídico consistía en determinar la legalidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 00045 del 26 de marzo del año 2019 y los que resuelven el recurso de reposición y de apelación presentados contra el acto principal el 4 de abril de 2019 (Rad.11014), por los cuales se declara en situación irregular de residencia al demandante en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Luego de analizado el material probatorio, la normatividad y la jurisprudencia aplicables, el juez de instancia inició el estudio del caso pronunciándose sobre la ocurrencia del silencio administrativo negativo. En tal sentido, indicó que era evidente que había ocurrido el silencio administrativo negativo configurándose el acto ficto o presunto cuestionado en vía judicial, puesto que, a la fecha de presentación y notificación del auto admisorio de la demanda, no se había expedido acto que resolviera los recursos de reposición y apelación contra la resolución demandada.

Señaló que el acto demandado de naturaleza policiva y aplicación inmediata, fue expedido por la autoridad competente, sustentado en hechos ciertos, pruebas válidas, amparado en la normatividad aplicable y vigente, debidamente notificado al afectado y se concedieron los recursos de vía gubernativa, por lo que los cargos de falsa motivación y expedición irregular en este aspecto, no prosperaron.

Sin embargo, consideró que el acto está viciado de nulidad por violación al debido proceso pues, como lo declaró el afectado ante la OCCRE, días antes había iniciado trámite administrativo en busca de serle otorgada la tarjeta de residencia por convivencia, lo cual merecía un tratamiento diferenciado de parte de la administración y la necesidad en la práctica de otros medios de prueba que arrojarían las luces necesarias para la decisión que debía tomarse, la cual culminó con la declaratoria en situación irregular, la expulsión del territorio insular y la imposición de multa al demandante.

Manifiesta que, a partir de las pruebas analizadas, se demuestra la existencia de la señalada convivencia del demandante y la señora Natalie del Carmen Berrío González, misma que fueron puestas de presente a la OCCRE días anteriores a la toma de la decisión que aquí se demanda. Es por ello que indicó que cada caso debe ser analizado de manera independiente pues aun cuando se trate de situaciones parecidas, la administración debe estudiarlas en contexto y ponderar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, en aras de no vulnerarlos.

En tal sentido, concluyó que la declaratoria en situación irregular y las restricciones a que ello conllevó, vulneran el derecho fundamental a la unidad familiar del demandante pues, condicionan y limitan su ingreso a la isla en calidad de turista, impidiendo interactuar con su compañera y demás personas que conforman su hogar, lo cual no puede entenderse superado con la expedición de la Resolución No.00191 de 26 de enero de 2021, por la cual el Director de la OCCRE, en cumplimiento de fallo de tutela, resolvió modificar tan solo los numerales tercero y cuarto de Resolución No.00045 de 26 de marzo de 2019, dejando en firme las demás decisiones allí contenidas.

El A quo concluyó que dado el desconocimiento de las garantías que debieron ser respetadas al afectado y su núcleo familiar, el debido proceso les fue vulnerado, y, bajo esa perspectiva, declaró la nulidad del acto administrativo contenido en la

Resolución No.00045 de 26 de marzo de 2019, surtiendo el mismo efecto el acto que lo modifica, Resolución No.000191 de 26 de enero de 2021, por ser modificatoria del acto principal.

- RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada sustentó su inconformidad respecto del fallo recurrido en los argumentos que a continuación se sintetizan: en primer lugar, manifiesta que las personas que permanezcan en el departamento Archipiélago por fuera del término que se les ha autorizado y se encuentren en actividades laborales, de conformidad con el artículo 17 del Decreto 2762 de 1991 serán declarados en situación irregular y serán devueltos a su lugar de origen y deberán pagar una multa hasta de 20 smlmv.

Señala que se encuentra acreditado que el señor Ferney Eduardo Bertel Romero incumplió lo normado en el Decreto 2762 de 1991, por tal motivo, la administración departamental a través de la Oficina de la OCCRE tenía que declararlo en situación irregular en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por encontrarse trabajando en el territorio insular, sin cumplimiento de la norma.

La entidad apelante sostiene que se configuró el fenómeno de la caducidad, toda vez que la Resolución No. 000045 de 2019 fue notificada el día 26 de marzo de 2019 y la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue interpuesta el día 9 de marzo de 2021, es decir, un año, 11 meses y 11 días aproximadamente después de notificado el acto administrativo demandado, es decir, por fuera del término legal, pues en su consideración, no interpuso la demanda dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

En ese sentido, manifiesta que no comparte la posición del A quo, toda vez que en su criterio, la norma es clara en indicar quienes pueden trabajar en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 2762 de 1991, de una parte, y, de otra, el término máximo permitido para que un turista permanezca en el territorio insular se encuentra establecido en el artículo 17 de la misma norma, por lo que precisa que revocar la

Expediente: 88-001-33-33-001-2021-00020-01
Demandante: Ferney Eduardo Bertel Romero
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho-solicitud de residencia

declaratoria de situación irregular al señor Bertel Romero, iría en total contravía con el ordenamiento jurídico y la Constitución Política de Colombia.

En tal sentido, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia y, en su lugar, sea declarada la configuración del fenómeno de la caducidad y se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, profirió sentencia No. 0055-23 el 8 de junio de 2023.²

La parte demandada interpuso recurso de apelación dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el cual fue concedido mediante providencia del 10 de julio de 2023.³

Mediante Auto No.091 del 27 de agosto de 2023⁴, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio dentro de la oportunidad procesal.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

IV. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

² Índice 32 expediente digital.

³ Índice 37 del expediente digital.

⁴ Documento no. 005 del Expediente digital segunda instancia.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia No.0055-23 del 8 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. 00045 del 26 de marzo 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 impetrados por la demandante, la demanda podía ser presentada sin observación alguna a término de caducidad.

De esta manera, queda claro que el argumento expuesto por la entidad demandada en el sentido que se configuró la caducidad de la acción no tiene sustento alguno, en la medida que la demanda se presenta no solo contra la Resolución No. 0045 de 2019 sino contra los actos fictos negativos ocurridos por el silencio de la administración en pronunciarse sobre los recursos de reposición y de apelación interpuestos.

- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver esta Corporación consiste en determinar si se encuentra viciada de nulidad la Resolución No. 00045 del 26 de marzo de 2019 proferida por el Director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE y los actos fictos o presuntos negativos surgidos ante la falta de respuesta de la administración a los recursos de reposición y apelación impetrados por el demandante.

Actos administrativos demandados

- Resolución No. 00045 de fecha 26 de marzo de 2019, expedida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, por medio del cual se declara en situación irregular.
- Actos fictos o presuntos negativos surgidos ante la falta de respuesta de la administración a los recursos de reposición y de apelación.

- **TESIS**

La Sala confirmará la decisión de primera instancia, toda vez que se determinó que en el marco del trámite de expedición de la Resolución No. 00054 del 26 de marzo de 2019 se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y la unidad familiar del señor Ferney Eduardo Bertel Romero por parte de la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE.

- **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 en 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 aspectos, la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, y 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 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 la mencionada norma constitucional 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**.*

Expediente: 88-001-33-33-001-2021-00020-01
Demandante: Ferney Eduardo Bertel Romero
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho-solicitud de residencia

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, es 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".

Sobre el 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 derecho a adquirir la residencia temporal, el Decreto 2762 de 1991 dispone lo siguiente:

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

1. 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 Constitucional en la Sentencia T1117 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 Constitucional encuentra la protección al medio ambiente como otro de los objetivos que justifican plenamente las restricciones a la libertad de circulación, dado que la sobrepoblación puede afectar considerablemente el frágil ecosistema de las Islas. Y finalmente, el tercer objetivo es *"... 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 2º 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.

- CASO CONCRETO

Luego de la presentación del marco normativo y jurisprudencial, corresponde a la Sala verificar si la expedición de la Resolución No. 00045 del 26 de marzo de 2019, por medio de la cual se declaró en situación irregular al señor Ferney Eduardo Bertel Romero, se encuentra viciada de nulidad.

El Juzgador de primera instancia accedió a la solicitud de declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados al considerar que se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y unidad familiar del demandante, pues al declararlo en situación irregular no se tuvo en cuenta el trámite de solicitud de residencia por convivencia efectuado a favor del señor Bertel Romero de manera previa por parte de su compañera permanente.

Analizando los puntos del recurso, observa la Sala que el reproche de la parte demandada a la sentencia proferida consistió en señalar que el señor Ferney Bertel Romero incumplió lo establecido en los artículos 6 y 18 literal b) del Decreto 2762 de 1991 al encontrarse laborando en el departamento archipiélago sin el correspondiente permiso, así como que la Resolución No. 00045 del 26 de marzo de 2019 se encuentra caducada, por tal motivo, considera que debe ser revocada la decisión de primera instancia.

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 hechos⁵:

1. El día 22 de marzo de 2019, la señora Natalie del Carmen Berrio González, mediante escrito radicado No.9528 ante la Oficina de la Oficina de Circulación y Residencia - OCCRE, solicitó la expedición de tarjeta de residencia a favor de su pareja el señor Ferney Eduardo Bertel Romero.

A la solicitud aportó entre otros documentos: declaración ante notario de la existencia de unión marital de hecho, registro civil de nacimiento de la peticionaria Berrio González quien es nacida en la Isla de San Andrés y referencias personales suscritas por los señores Erickson Ramos Berrio, Doris Berrio Carrillo, Nancy Berrio Carrillo, Nazarai Yepes Ospino, personas quienes aseguraron conocer al beneficiario de la petición. Además, se aportó certificación emanada de Bancolombia S.A., respecto a la relación financiera con el señor Bertel Romero.⁶

2. Mediante Resolución No. 00045 de 26 de marzo de 2019, el director de la OCCRE, resolvió declarar en situación irregular al señor Ferney Eduardo Bertel Romero y, en consecuencia, se ordenó devolverlo a su último lugar de embarque, la imposición de una multa correspondiente a 20 SMLMV,

⁵ Ver documento No. 13 del expediente digital.

⁶ Fls. 1 a 36 Anexo 27 E.D.

así como su inclusión en la lista de personas que no pueden ingresar a la Isla por el tiempo estipulado por ley.

En la parte motiva del acto se indicó:

“Que el señor FERNEY EDUARDO BERTEL ROMERO, (...) ingresó al Departamento Archipiélago el día 04 de enero de 2017, procedente de la ciudad de Bogotá, permaneciendo en el departamento hasta la fecha encontrándose laborando, sin autorización para ello.

(...)

Que (...), el señor presentó un radicado No.9525 con fecha del 22 de marzo de 2019, donde se evidencia una solicitud de residencia como Beneficiario de la señora NATALIE DEL CARMEN BERRIO GONZALEZ, fecha para el cual (sic) ya se encontraba excedido del tiempo en el territorio insular de San Andrés, y que según su propio dicho en diligencia en versión libre, ha manifestado que se encontraba laborando sin previa autorización para ello, este Despacho encuentra asidero jurídico en el artículo 18 literal b) y d) del Decreto 2762 de 1991 para determinar la existencia de la violación a los lineamientos legales descritos en las normas de Control Poblacional.

Que, analizadas las piezas procesales, se encuentra probado que el señor FERNEY EDUARDO BERTEL ROMERO, (...) no cumple con los requisitos para la residencia en el Departamento Archipiélago y, se encuentra en flagrante violación del Decreto 2762 de 1991, artículo 18 literal b).

(...)

El señor, al haber permanecido en el Departamento Archipiélago realizando actividades laborales durante el tiempo de quince días sin el lleno de los requisitos legales y, sin autorización para ello, se le declara en situación irregular y le impone multa de Veinte (20) Salarios Mínimo Legales Mensuales Vigentes.”⁷

3. El día 4 de abril de 2019⁸, el señor Ferney Eduardo Bertel Romero interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No.00045 de 26 de marzo de 2019 (radicado No.11014), por considerar que a través del mismo se negaba la petición de residencia por convivencia elevada por el afectado, argumentando que la decisión violó los derechos fundamentales al debido proceso, la unidad familiar, al trabajo, a la libre circulación y residencia.
4. Mediante Resolución No.000101 del 10 de abril de 2019, fue resuelta la petición de residencia del señor Ferney Eduardo Bertel Romero de manera negativa, con fundamento en los siguientes argumentos:

⁷ Fls. 50 a 52 Anexo 27 E.D.

⁸ Fls. 214 a 224 Anexo 27 E.D.

“Que, teniendo en cuenta el contenido de la Resolución No. 000045 de 26 de marzo del presente anuario, no es posible continuar con el trámite de residencia solicitado por la señora NATALIE BERRIO GONZALEZ, a favor de su compañero el señor FERNEY BERRIO GONZÁLEZ, toda vez, que este fue declarado en situación de irregular por encontrarse laborando sin previo permiso para ello; según lo establecido en el artículo 18 de Decreto 2762 de 1991(...).”

“Que una vez desvirtuados los fundamentos que dieron lugar a la solicitud de residencia por convivencia de la señora NATALIE BERRIO GONZÁLEZ, a favor del señor FERNEY BERTEL ROMERO, si bien es cierto que el otorgante inicio trámite de residencia por convivencia, esta solicitud no está llamada a prosperar, ya que, como se expuso anteriormente, el señor BERTEL ROMERO, se encuentra expulsado de la isla.”

“Teniendo en cuenta lo anterior y analizadas las piezas procesales, en especial las relacionadas anteriormente se desprende que al señor (...), no le cobija el derecho para adquirir la Residencia en el Departamento Archipiélago y, tampoco se vislumbra que el antes mencionado haya hecho efectivo el pago de la multa impuesta a través de acto administrativo, a fin de ingresar al Departamento Archipiélago en calidad de turista, por lo cual el trámite de convivencia no está llamado a prosperar.”⁹

5. La señora Natalie del Carmen Berrio González, en calidad de compañera del señor Ferney Eduardo Bertel Romero ante la decisión adoptada por la OCCRE en la Resolución No.00045 de 26 de marzo de 2019, presentó acción de tutela contra la entidad demandada.
6. La mencionada tutela le correspondió al Juzgado Segundo Civil Municipal de San Andrés, Islas (radicado:88-001-4003-002-2019-00096-00)¹⁰, que en sentencia de 29 de abril de 2019, la declaró improcedente. La providencia judicial fue impugnada correspondiéndole la segunda instancia al Juzgado Segundo Civil del Circuito del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
7. El Juzgado Segundo Civil del Circuito mediante sentencia de 5 de junio de 2019, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, amparó el derecho fundamental a la unidad familiar de la accionante, ordenando a la Oficina de la OCCRE dejar sin efectos la multa impuesta así como la restricción de ingreso al territorio insular al señor Ferney Eduardo Bertel Romero, además, ordenó se le permitiera su ingreso al departamento archipiélago por el término de 6 meses conforme al artículo 17 del Decreto 2762 de 1991.
8. En cumplimiento a la sentencia de tutela, a través de la Resolución No.

⁹ Fls. 135 a 138, 141 a 144 Anexo 27 E.D.

¹⁰ Fls. 37 a 42, 82 a 86, 125 a 128, 146 a 186, 196 a 200, 256 a 277 Anexo 27 E.D.

000191 de 26 de enero de 2021, el Director de la OCCRE resolvió modificar la Resolución No.00045 de 26 de marzo de 2019, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO: Derogar el artículo tercero de la Resolución N°000045 de fecha 26 de marzo de 2019, con fundamento en el numeral tercero de la sentencia de tutela del 05 de junio de 2019 emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés dentro del proceso con radicado N° 88001-40-03-002-2019-00096-0 1.

ARTÍCULO SEGUNDO: Modificar el artículo cuarto de la Resolución N°000045 de fecha 26 de marzo de 2019, con fundamento en el numeral quinto de la sentencia de tutela del 05 de junio de 2019 emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés dentro del proceso con radicado N° 88001-40-03-002-2019-00096-01, el cual quedará así: "Prevenir al señor FERNEY EDUARDO BERTEL ROMERO, identificado con cédula de ciudadanía N°1.102.848.576 de Sincelejo, que no podrá iniciar ningún otro tipo de trámite ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia (Occre) para residenciarse en el Departamento Archipiélago.

ARTÍCULO TERCERO: Levantar la restricción existente en la base de datos de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, mediante el retiro de la lista de personas que no pueden ingresar al Departamento al señor FERNEY EDUARDO BERTEL ROMERO, identificado con cédula de ciudadanía N°1.102.848.576 de Sincelejo, con fundamento en el numeral quinto de la sentencia de tutela del 05 de junio de 2019 emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés dentro del proceso con radicado N° 88001-40-03-002-2019-00096-01 y, en consecuencia,

ARTÍCULO CUARTO: Autorícese el ingreso del señor FERNEY EDUARDO BERTEL ROMERO, identificado con cédula de ciudadanía N°1.102.848.576 de Sincelejo, a la Isla de San Andrés por el termino de seis (6) meses continuos o discontinuos, en calidad de turista, con fundamento en el artículo quinto de la sentencia de tutela del 05 de junio de 2019 emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés dentro del proceso con radicado N°88001-40-03-002-2019-00096-01.

ARTÍCULO QUINTO: Las demás disposiciones contenidas en la Resolución N°000045 de fecha 26 de marzo de 2019 y que no fuesen modificadas por el presente Acto Administrativo, seguirán en firmes.”¹¹

Asimismo, observa la Sala que el Decreto 2762 de 1991 en sus artículos 5 y 18, consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 5o. Sólo los residentes del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina podrán ejercer, dentro del territorio del Departamento, los siguientes derechos:

1. Trabajar en forma permanente.

¹¹ Fls. 187 a 194 Anexo 27 E.D.

2. Estudiar en un establecimiento educativo del Archipiélago.
3. Inscribirse en el Registro Mercantil y ejercer actividades de comercio de manera permanente.
4. Ejercer el derecho al sufragio para las elecciones departamentales y municipales.

(...)

ARTÍCULO 18. Se encuentran en situación irregular las personas que:

- a) Ingresen al Departamento Archipiélago sin la respectiva tarjeta;
- b) Permanezcan dentro del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por fuera del término que les ha sido autorizado;
- c) Violan las disposiciones sobre conservación de los recursos ambientales o naturales del Archipiélago;
- d) Realicen actividades laborales dentro del Archipiélago, sin estar autorizado para ello.

Conforme a todo lo anteriormente expuesto, se pudo establecer que la señora Natalie del Carmen Berrio González en calidad de compañera permanente del señor Ferney Eduardo Bertel Romero, solicitó la residencia por convivencia de su pareja el **22 de marzo de 2019**. Así mismo, se constata que días después mediante Resolución No. 00045 del 26 de marzo de 2019, expedida por el director de la OCCRE el demandante fue declarado en situación irregular por violación al artículo 18 del Decreto 2762 de 1991, dado que se encontraba laborando en el territorio insular sin el cumplimiento de los requisitos legales para ello.

La decisión tomada por la entidad demandada se soporta en la versión libre rendida ante la OCCRE por el señor Bertel Romero donde declaró: ¹²

- I) Que se encontraba en la isla desde el 04 de enero de 2017.
- II) Que convive con con su compañera permanente en la isla.
- III) Que se encontraba trabajando como ayudante en la parte eléctrica del Colegio Bolivariano sin permiso para laborar.
- IV) Que radicó el **22 de marzo de 2019**, solicitud de residencia por convivencia.

¹² Fls. 50 a 52 Anexo 27 E.D.

En la revisión de las pruebas, se observa que el director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, al expedir la Resolución No. 00045 del 26 de marzo de 2019, fundamentó la decisión de declarar al señor Bertel Romero en situación irregular en el incumplimiento del artículo 18 del Decreto 2762 de 1991, toda vez que se encontraba infringiendo la norma al laborar en la isla sin el correspondiente permiso de residencia.

A ese respecto debe decirse que, si bien es cierto que las medidas que se toman contra personas que se encuentran en situación irregular se constituyen en medidas policivas de cumplimiento inmediato a los que no se le aplica lo mandatos relativos al procedimiento administrativo establecido en la Ley 1437 de 2011, no obstante, ello no excluye el deber de la autoridad administrativa de procurar acopiar todos los elementos de prueba que le permitan tomar la decisión que consulte las disposiciones normativas vigentes e igualmente atienda las condiciones fácticas de la persona que se verá afectada con la medida que se dicte sobre su situación en el territorio del departamento insular. La Sala se refiere precisamente al hecho que la OCCRE no tuvo en consideración que, previamente a la expedición de la decisión sobre la situación del ciudadano Ferney Eduardo Bertel R., se había radicado petición con todos los documentos de soporte que permitían inferir que estaba conviviendo en una unión singular con una persona residente de la isla de San Andrés y esta circunstancia era relevante al momento de decidir sobre su permanencia en el territorio del Departamento Archipiélago.

A juicio de esta Sala, la radicación de petición de reconocimiento de residencia por convivencia, debidamente acompañada de documentos y otras pruebas - con apariencia de buen derecho -, debía ser atendido y resuelto por la autoridad de control de circulación y residencia previamente a la definición de si la persona se hallaba o no en situación irregular, para evitar afectaciones en derechos fundamentales de las personas. En efecto, esta Sala considera que la omisión en la decisión relacionada con la petición de residencia -en este caso por convivencia- previamente al pronunciamiento sobre la condición en situación de irregularidad o no, puede comprometer la legalidad del acto administrativo por desconocimiento del debido proceso, así como por la afectación al derecho fundamental de la unidad familiar.

Es por ello que resulta pertinente traer a colación lo que ha manifestado el Consejo de Estado, sobre la afectación al debido proceso:¹³

“La Constitución Política de 1991, en su Artículo 29 consagró el derecho fundamental al debido proceso, en aplicación al principio de legalidad,¹⁴ el cual constituye uno de los fundamentos esenciales del Estado Social de Derecho, toda vez que impone un límite claro al ejercicio del poder público, en especial, a la aplicación del *ius puniendi*, teniendo en cuenta que las funciones del Estado deben ser desarrolladas, con la estricta observancia de los lineamientos o parámetros establecidos previamente por el legislador.

El debido proceso, además de ser un límite al ejercicio del poder público, representa un mecanismo de protección a los derechos de los ciudadanos, pues el Estado no puede limitarlos o cercenarlos de manera arbitraria o deliberada. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el debido proceso como un conjunto de lineamientos, parámetros o exigencias consagradas por una Ley, de aplicación obligatoria en cualquier actuación del Estado, bien sea judicial o administrativa.¹⁵

Entonces, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho fundamental objeto de estudio en el presente acápite ha sido denominado por la jurisprudencia y la doctrina, como debido proceso administrativo, que hace referencia a la aplicación de los procedimientos legalmente establecidos por parte de las entidades del Estado, en el curso de cualquier actuación administrativa, con el propósito de garantizar los derechos de las personas que puedan resultar afectadas por las decisiones de la administración. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades ha sostenido que el debido proceso administrativo está constituido por las siguientes prerrogativas:

*“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”.*¹⁶

En virtud de lo expuesto, el debido proceso administrativo impone a las entidades del Estado adelantar cualquier actuación o procedimiento administrativo, cuyo propósito sea crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, con la estricta observancia de los lineamientos previamente consagrados por el legislador, esto con el objeto de garantizar

¹³ SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 05001-23-33-000-2014-02189-01(1171-18).

¹⁴ “El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.” Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Expediente: 88-001-33-33-001-2021-00020-01
Demandante: Ferney Eduardo Bertel Romero
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho-solicitud de residencia

a los ciudadanos que puedan verse afectados por el ejercicio de la función pública, la protección de sus derechos de contradicción y defensa.

Cabe destacar en este punto, que no toda irregularidad acaecida dentro del procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, un motivo para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso administrativo puede ser decretada únicamente cuando dentro del proceso para su expedición se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten las garantías constitucionales del administrado.

Una irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo se considera como sustancial, cuando incide en la decisión de fondo que culmina con la actuación administrativa, contrariando los derechos fundamentales del administrado, es decir, que de no haber existido tal irregularidad, el acto administrativo que define la situación jurídica debatida hubiese tenido un sentido sustancialmente diferente. Por el contrario, las irregularidades o vicios que no afectan el fondo del asunto discutido, esto es, que de no haber ocurrido, la decisión definitiva hubiese sido en igual sentido, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Entonces los vicios de procedimiento que no incidan en el fondo del asunto discutido, son considerados como irregularidades intrascendentes o irrelevantes que no tienen la virtud de generar la nulidad del acto administrativo que define la situación jurídica objeto de discusión” (Subraya de la Sala).

En este orden, entiende la Sala que, si bien la irregularidad no consistió en omitir una etapa del procedimiento, al no atender la existencia de una petición previamente radicada afectó el derecho al debido proceso en su componente de derecho de defensa, ya que la convivencia con una persona residente ameritaba una revisión minuciosa de la situación de la persona que, se repite, objetivamente se encontraba en el territorio aparentemente sin razón jurídica para su permanencia. No obstante, la Sala encuentra que el Sr. Bertel en realidad ostentaba una razón para ello, al señalar a través del derecho de petición que al estar en relación de convivencia con una persona residente aspiraba al reconocimiento de la residencia temporal bajo las disposiciones del artículo 3º lit. a) del Decreto 2762 de 1991, que establece como supuestos fácticos para adquirir el derecho a residir el contraer matrimonio o establecer unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el departamento, a lo menos por tres (3) años continuos.

Así las cosas, esta Corporación concluye que se evidencia la vulneración del derecho al debido proceso en el sentido de haber proferido la Resolución No. 00045 del 26 de marzo de 2019, mediante la cual declaró al señor Ferney Eduardo Bertel Romero en situación irregular por encontrarse laborando sin permiso en la isla, sin haberse resuelto la solicitud de residencia por convivencia efectuada por su compañera permanente.

Aunado a lo anterior, la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE, pasó por alto que el señor Bertel Romero tenía constituida una familia con la señora Natalie del Carmen Berrio González y su hijo de crianza, circunstancia que no es menos importante, pues la Corte Constitucional ha proferido senda jurisprudencia protegiendo el derecho fundamental a la unidad familiar, tal como efectivamente lo hizo la Juez Segundo Civil del Circuito del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina en sentencia de tutela proferida el 05 de julio de 2019.

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 Corporación¹⁷ recordó cómo 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 también está llamada a dar aplicación a tales normas integrando la

¹⁷ 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 Martinez Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Medio de Control: Cumplimiento de Normas con Fuerza Material de ley.

aplicación de principios, como ejemplo, el principio *pro persona* para escoger y aplicar la norma que en el caso concreto permitiera resolver un asunto de tanta complejidad, dando prevalencia a la decisión del asunto que resolviera el asunto que mejor protegiera 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 que los distingan de otros. En este caso concreto, la revelación del Sr. Ferney Bertel de tener radicada una solicitud de convivencia debió ser atendida recurriendo a los principios que informan la actuación administrativa, entre otros, el debido proceso y el principio *pro persona*.

Finalmente, en lo que concierne a la solicitud del apoderado de la parte demandada sobre la declaratoria de caducidad de los actos administrativos demandados, ya se señaló en esta sentencia que no tiene vocación de prosperar, dado que se advierte que la Resolución No. 00045 del 26 de marzo de 2019, fue recurrida en reposición y se presentó en subsidio el recurso de apelación y esta no fue resuelta por la administración configurándose el silencio administrativo negativo y como consecuencia de ello, un acto administrativo ficto o presunto, de modo que, conforme 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 razón de lo anterior, en criterio de la Sala la sentencia apelada debe ser confirmada, toda vez que fue desvirtuada la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos demandados por violación a los derechos fundamentales al debido proceso y unidad familiar.

- CONDENA EN COSTAS

Sin costas en esta instancia.

Expediente: 88-001-33-33-001-2021-00020-01
Demandante: Ferney Eduardo Bertel Romero
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.0055-23 del 8 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por los motivos antes expuestos.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ordenar la devolución del expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia que la presente sentencia fue discutida y aprobada en sesión de Sala de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2021-00020-01)

Expediente: 88-001-33-33-001-2021-00020-01
Demandante: Ferney Eduardo Bertel Romero
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho-solicitud de residencia

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: **3493429c488d973cd167f2399d5913ad6d1a38d32f8088d53fc0821a3952e0c2**

Documento generado en 07/11/2023 03:39:17 PM

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