

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

San Andrés Isla, veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

REFERENCIA : EXP. No. 88-001-33-33-001-2014-00159-01
CLASE DE PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
ACCIONANTE : ADALBERTO JARAMILLO PARDO
ACCIONADO : OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACIÓN Y
RESIDENCIA - OCCRE

1. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.

Procede la Sala a resolver la IMPUGNACIÓN interpuesta por la ACCIONADA, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Contencioso Administrativo, dentro de la acción de tutela instaurada por ADALBERTO JARAMILLO PARDO, contra OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA - OCCRE.

2. ANTECEDENTES

El ciudadano ADALBERTO JARAMILLO PARDO, presentó Acción de Tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado Único Administrativo del Circuito de este Distrito Judicial, por la vulneración al derecho fundamental al debido proceso, con base en los siguientes:

2.1. Hechos.

1. Se informa que el señor ADALBERTO JARAMILLO PARDO, ingresó a la isla de San Andrés en el año 1967, luego “se instaló cerca del Colegio “Modelo Adventista” y desde esa época nunca abandonó la Isla, solo hasta el año 1977, para ir a prestar el servicio militar ingresando

nuevamente al Departamento Archipiélago en el año 1979, luego se ausento por última vez en el año 2005”.

2. Señala que el accionante fue poseedor de Tarjeta Provisional No. 26.959, la cual le fue retirada al momento de su ingreso al aeropuerto en fecha 25 de Julio de 1998.
3. Asegura que, el accionante desconociendo de las formalidades y el procedimiento ante la OCCRE, cuando solicitó su tarjeta nunca guardó copia de los documentos que como requisito debía presentar para la expedición de su tarjeta provisional, ya que en su momento se le informó al accionante que primeramente recibiría una tarjeta provisional y en dos y hasta seis meses se le expediría la tarjeta definitiva.
4. Que el señor ADALBERTO JARAMILLO PARDO, en el año 1972, fue registrado en la Notaria Única de este circuito.
5. Informa que el accionante tuvo tres hijos nacidos en la isla de San Andrés: en el año 1982 nació su hijo Javier Enrique Jaramillo Osuna, en el año 1986 nació su hijo Víctor Alfonso Jaramillo Osuna, ambos con su primera relación y su hijo Alberto Jaramillo Silva nació en 1990, que en todos los registros de nacimiento aparece la firma del accionante en calidad de padre.
6. Que según lo contemplado en el artículo 20 del Reglamento interno que regía en su momento, el accionante tuvo que presentar toda la documentación requerida para que la OCCRE pudiera expedir la Tarjeta Provisional No. 26959, a pesar de haber cumplido con lo exigido, el accionante manifiesta que la Oficina de Control de Circulación y Residencia omitió la verificación de los mismos.
7. Asimismo, relata que el día tres de Julio de 2014, la OCCRE emitió la Resolución No. 002781, mediante la cual lo declaró en situación irregular, previniéndolo a que abandone la Isla de manera inmediata.

2.2. Pretensiones de la Accionante.

Con base en lo anotado, solicita la accionante que:

*“ Con fundamento en los hechos relacionados dentro de esta acción de tutela basado en las normas enunciada, solicito a (ala) (sic) señor (a) juez (a) tutelar el derecho de mi poderdante señor **ADALBERTO JARAMILLO PARDO,***

a un debido proceso con la valoración de las pruebas legales y oportunamente allegado al expediente para que en el término de 48 horas, ordene a la Dirección de la Oficina de Control y Circulación, suspender la Resolución 002781, mientras la Presidenta de la Junta Directiva resuelva el recurso de Apelación.”

2.3. Trámite de Instancia.

La presente tutela, fue admitida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, mediante proveído de fecha 30 de julio de 2014, en el que se ordenó dar traslado a la entidad accionada a efectos de que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, se pronuncie sobre los hechos y pretensiones materia de la presente acción y negó la solicitud de medida provisional.

2.4. Informes del Accionado.

La parte accionada, Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, no recorrió el traslado guardando silencio sobre los hechos y las pretensiones de la demanda.

2.5. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, en sentencia calendada catorce (14) de agosto de dos mil catorce (2014), resolvió: **“PRIMERO: RECHÁZASE POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela impetrada por el Sr. **ADALBERTO JARAMILLO PARDO**, identificado con la C.C. 8.705. 207 expedida en Barranquilla, Atlántico por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: (Sic) NOTIFÍQUESE** la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. **CUARTO: Si el fallo no fuere impugnado, ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.” En efecto, es improcedente la acción de tutela para impugnar actos administrativos, teniendo en cuenta que el control de legalidad de ellos, se ejerce, por un lado en sede administrativa, cuando el administrador hace uso de los recursos de la vía gubernativa y en sede judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando el interesado inconforme con la decisión de la administración hace uso de las acciones contenciosas para controvertirlos.”

2.6. Impugnación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, el accionante a través de su apoderado judicial, impugnó la decisión del Juez de Primera Instancia, procurando que el ad quem revoque la providencia impugnada.

Señala que, lo que se busca es que se revoque la decisión del A-quo bajo el argumento del principio del defecto fáctico, porque ni el Director de la Oficina de Control de Circulación, ni el Juez se basaron en los elementos probatorios que le suministró el solicitante.

Resalta que, la jurisprudencia ha reconocido, a partir del principio constitucional de autonomía e independencia judicial, el amplio margen que tienen los jueces al momento de efectuar la valoración de las pruebas aportadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica; no obstante, también ha advertido que tal poder comporta un límite ya que no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto puede lesionar derechos fundamentales.

Argumenta que, el defecto fáctico se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente.

Por todo lo anterior, solicita que se revoque la decisión tomada por el Juez.

2.7 Trámite Procesal Segunda Instancia

El proceso fue recibido en esta Corporación el día veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014), se radicó y repartido el día veintinueve (29) del mismo mes y año, y entró al Despacho el veintinueve (29) de agosto de 2014, para su conocimiento.

Se registra proyecto de fallo el veintidós (22) de septiembre de dos mil catorce (2014).

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Fundamentos Jurídicos.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991, se prevé como el mecanismo garante que tienen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Así, y como surge de amplísima fuente jurisprudencial, dicha acción tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos fundamentales que han sido violados mediante mandatos judiciales inmediatos y perentorios, para que el responsable de la agresión o amenaza cese la acción u omisión.

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

3.3. Del Problema Jurídico.

El problema jurídico, que debe desatar la Sala en esta oportunidad, consiste en determinar: (i) si el juez de instancia incurrió en una vía de hecho, al omitir evaluar las pruebas que supuestamente le dan derecho a residenciarse en la isla al accionante? y (ii) si la acción de tutela es idónea para inaplicar los efectos en que se concedió el recurso de apelación?

Para abordar el problema jurídico, el Tribunal centrará su análisis en los siguientes temas: a) el defecto fáctico desde la jurisprudencia b) libertad de configuración legislativa en materia de recursos; c) posibilidad de intentar la acción de tutela estando en trámite el recurso de apelación en sede administrativa; d) las pruebas del expediente y e) el caso concreto.

a) El defecto fáctico desde la jurisprudencia.

Como quiera que el accionante ha esbozado en su impugnación, que tanto el Director de la OCCRE, como el Juez de primera instancia incurrieron en un defecto fáctico, se hace menester analizar el punto desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que posteriormente

concentrarnos en el caso concreto. “**DEFECTO FÁCTICO**-Dimensión positiva y dimensión negativa¹:

“La Corte ha identificado, así, dos dimensiones del defecto fáctico: una dimensión negativa y una positiva. La primera tiene lugar cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y la dimensión positiva, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión”

b) Libertad de configuración legislativa en recursos.

La consagración de los recursos, hace que se salvaguarde el derecho de defensa de los gobernados en la etapa administrativa ante los actos proferidos por la administración, bastando utilizar dichos mecanismos para que pueda ser revisada la decisión por quien la tomó o por su superior jerárquico, es la posibilidad como han dicho los tratadistas, de que la administración vuelva sobre sus pasos y reconsidere su posición, para si es del caso, confirmarla, adicionarla, aclararla, o revocarla.

En diversas sentencias de la Honorable Corte Constitucional, se ha reiterado acerca de la libertad de la configuración legislativa de los recursos, así por ejemplo en sentencia C-742/99², se dijo: *“El legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso –reposición, apelación, u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto. La encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quien, en que oportunidad, cuando no es procedente y cuales son los requisitos –positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio.”*; en La sentencia C-384 de 2000³, *“... la jurisprudencia ha insistido en que corresponde a la ley determinar los recursos diferentes al de apelación o*

¹ **Sentencia T-781/11**, Referencia: expediente T-3106156 Acción de Tutela instaurada por Jairo Alfonso Manrique Bocanegra contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil - Familia. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

² Ref: Expediente D-2356 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 70 del Decreto ley 1 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) Actor: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro, M. P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

³ Ref: Expediente D-2559, D-2574 y D- 2586 Demanda de inconstitucionalidad en consta de los artículos 52 parcial, 69, 79, 80 parcial, 81 parcial, 91 parcial, 101 parcial y 114 de la ley 510 de 1999. Demandantes: Humberto de Jesús Longas Londoño, Fernando Martínez Roja y Francisco Ignacio Herrera Gutiérrez, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

impugnación que proceden contra las decisiones judiciales, las circunstancias en las que proceden y la oportunidad procesal para incoarlos y decidirlos.

El principio general que rige la materia es, entonces, el de la autonomía del legislador para indicar cuando procede un determinado recurso. En este sentido la jurisprudencia ha dejado sentados los siguientes criterios:

“Así, pues, si el legislador decide consagra un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal distinción, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Mas todavía, puede, con la misma limitación, suprimir los recursos que haya vengo consagrando sin que, por el solo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política”.; en el mismo sentido, la sentencia C-803/00⁴, *“A pesar de que, muy especialmente, los procesos laborales deben adelantarse siguiendo los principios de la celeridad y la eficiencia, lo cierto es que en todos los procesos – independientemente de la jurisdicción ante la que se surta – estos principios deben encontrar un equilibrio con el derecho al debido proceso, es decir con el derecho de las partes a defenderse y a impugnar las decisiones. Ese equilibrio puede ser diseñado de muy distintas formas, y en este caso el legislador extraordinario consideró que debía dársele alguna prelación al derecho de defensa, sin que ello implicara una renuncia definitiva a la vigencia de los otros dos principios. Por eso, determinó que también podían notificarse por estados las decisiones tomadas en las audiencias, cuando una de las partes o las dos partes no habían estado presentes en la diligencia o se habían retirado antes de pronunciarse las resoluciones. El legislador tiene en esta materia un marco de libertad de configuración normativa, el cual puede ser controlado por el juez constitucional con el objeto de impedir excesos o la violación de los derechos fundamentales...”* (Subrayas fuera de texto)

c) Posibilidad de intentar la acción de tutela estando en trámite el recurso de apelación en sede administrativa.

Se ha cuestionado, si estando en trámite los recursos sea el de reposición o el de apelación contra un acto administrativo en la vía gubernativa, si es procedente la acción de tutela con el objeto de obtener una decisión por esta vía constitucional respecto de la materia impugnada, o como en este caso, respecto del efecto jurídico en que se concede el recurso.

El Órgano de cierre Constitucional sobre la acción de tutela y los recursos por la vía gubernativa, ha dejado sentado lo siguiente:⁵

⁴ Ref: Expediente D-2715 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 41, 63, 65 y 66 (parciales) del Decreto 2158 de 1948, Actor: Elson Rafael Rodrigo Rodríguez, M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁵ **Sentencia T-1483/00**, Referencia: expediente T-353096 Peticionario: Corporación Club Los Lagartos Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

“Conforme a lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico la vulneración al actor de un derecho fundamental, o, a lo menos, la amenaza seria y actual de su vulneración. Ello justifica que el constituyente haya puesto a disposición del afectado frente a la transgresión de su derecho este mecanismo excepcional de protección para que de manera inmediata cese la vulneración en el primer caso, o para que, con la misma prontitud se ordene por el juez, la cesación de cualquier acto que fundadamente implique una amenaza de quebranto inminente de un derecho fundamental.

El orden jurídico ha de interpretarse de manera sistemática y, además teniendo siempre en cuenta la finalidad que se persigue con las normas jurídicas, es decir, que el interprete no debe perder de vista jamás la teleología de las normas que interpreta.

Aplicados estos criterios, se observa por la Corte, que el artículo 55 del Código Contencioso Administrativo ordena que los recursos en la vía gubernativa se concedan en el efecto suspensivo. Ello significa, como es de sobra conocido, que el acto administrativo objeto de la impugnación con esos recursos, no puede surtir ningún efecto jurídico mientras la impugnación aludida este pendiente de decisión, ya sea por la propia autoridad que lo profirió, o por su superior jerárquico.

Tanto es ello así, que el propio legislador, con la ostensible finalidad de proteger a las personas naturales o jurídicas de la arbitrariedad eventual de las autoridades administrativas, en forma perentoria dispuso que la ejecución de un acto administrativo que no se encuentre en firme, esto es, antes de resolver los recursos interpuestos, constituye grave falta disciplinaria del funcionario, calificada como mala conducta, sancionable con multas o con destitución, según lo dispuesto por el artículo 76-7 del Código Contencioso Administrativo.

Por otra parte, el artículo 9 del Decreto-ley 2591 de 1991, con el evidente propósito de proteger a las personas, ya sea naturales o jurídicas de la arbitrariedad y el abuso que contra ellas pueda cometerse con la expedición de actos administrativos que vulneren o amenacen vulnerar sus derechos fundamentales, autoriza la interposición de la acción de tutela, sin perjuicio de la utilización de los recursos que contra tales actos puedan ser utilizados en la vía gubernativa, en cualquier tiempo.

En tales condiciones, en relación con un acto administrativo que se considere por el afectado vulnerador de sus derechos fundamentales, o que los amenaza en forma seria e inminente, tendría a su disposición uno de estos dos medios para su defensa: interponer contra ese acto los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa, o incoar la acción de tutela para perseguir, en los dos casos, que el acto que se dice abusivo o arbitrario no se ejecute definitivamente o, por lo menos que transitoriamente se suspenda su ejecución.

Siendo ello así, si la acción de tutela es de carácter subsidiario y residual, habrá que concluir que si el presuntamente afectado interpuso contra un acto administrativo los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa, la regla general establecida por el artículo 55 del C.C.A., es la de la suspensión de los efectos del acto impugnado, mientras este pendiente la decisión sobre los recursos interpuestos, como ya se dijo; y, en tal virtud, en esa hipótesis la acción de tutela carecería de objeto, como quiera que la orden con que habría de culminar si efectivamente existiera vulneración de un derecho fundamental, sería la de cesación de los efectos del acto administrativo en cuestión, finalidad ya conseguida con la sola interposición de los recursos por la vía gubernativa. Es decir, que la orden del juez de tutela quedaría en el vacío, sin ningún efecto útil.

De esta suerte, una interpretación sistemática y teleológica del artículo 9 del Decreto-ley 2591 de 1991 y los artículos 55 y 76 del Código Contencioso Administrativo, exige la armonización de estas disposiciones, por lo que, fluye entonces en consecuencia, que la autorización contenida en la primera de las disposiciones citadas, para hacer compatible la acción de tutela con los recursos que se exigen por la ley para agotar la vía gubernativa, ha de ser entendida en el sentido de que a ella puede legítimamente acudir en los casos excepcionales en que esos recursos no se conceden en el efecto suspensivo sino en el devolutivo conforme a la ley. Otra interpretación llevaría a concluir que el artículo 9 del Decreto-ley 2591 de 1991, derogó el artículo 55 del C.C.A, lo que no es cierto.

Así mismo, resulta inaceptable el entendimiento del artículo 9 ibidem, en el sentido de que sería posible la interposición de la acción de tutela simultáneamente con la interposición de los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa, para precaver al recurrente de la posible vulneración de su derecho si el acto administrativo impugnado es confirmado al decidir tales recursos pues, repugna al orden jurídico y a los principios del derecho administrativo y del derecho constitucional, que el ejercicio de la atribución por los funcionarios administrativos para decidir esos recursos pueda, con antelación considerarse por el juez de tutela como una amenaza, pues se repite, el ejercicio de la función administrativa por si solo no constituye amenaza de vulneración de ningún derecho. Al contrario, lo que el Estado presume no es la arbitrariedad ni el abuso de sus funcionarios, sino la legalidad y el acierto en sus decisiones. (Subrayas fuera de texto)

d) Las pruebas del expediente.

Fotocopia de la Occre Víctor Jaramillo Osuna. (fl.11 del cuaderno principal.)

Fotocopia versión libre del señor Adalberto Jaramillo Pardo ante la oficina de Control de Circulación y Residencia. (fl. 12 del cuaderno principal.)

Fotocopia de constancia de entrega de los documentos para continuación con el trámite de la tarjeta de residencia OCCRE de fecha 3 de noviembre de 2011. (fl. 13 del cuaderno principal.)

Fotocopia constancia del 24 de julio de 2014, donde hace entrega de la documentación para solicitar la obtención de la tarjeta de residencia OCCRE independiente. (fl. 14 del cuaderno principal.)

Recurso de apelación en contra de la oficina de Control de Circulación y Residencia, con fecha de recibo 22 de julio de 2014. (fls.15, 16, 17-21 del cuaderno principal.)

Fotocopia del registro civil de nacimiento del señor Adalberto Jaramillo Pardo. (fl. 22 del cuaderno principal.)

Fotocopia del registro civil de los hijos del señor Adalberto Jaramillo Pardo. (fls. 23, 24, 25 y 26 del cuaderno principal.)

Fotocopia del poder otorgado al doctor Charlie Ritchie Mc'Nish por el señor Adalberto Jaramillo Pardo ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia. (fl. 27 del cuaderno principal.)

Fotocopia de documento de la Organización Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil, donde aparece registrada la C.C. # 8705207 como fecha de inscripción desde marzo 13 de 1988. (fl.28 del cuaderno principal.)

Fotocopia de certificación de la primera Iglesia Bautista Hispana respecto al matrimonio entre el señor Adalberto Jaramillo Pardo y la señora Beatriz Elena Silva López. (fl. 29 del cuaderno principal.)

Fotocopia de constancia entregada al señor Adalberto Jaramillo Pardo por la Oficina de Control de Circulación y Residencia. (fl. 30 del cuaderno principal.)

Fotocopia de resolución No. 002781 del 3 de julio de 2014, emitida por el Director Administrativo de la Oficina de Control de Circulación y Residencia. (fls. 31-33 del cuaderno principal.)

Fotocopia de la cédula de ciudadanía y la tarjeta de residencia OCCRE de la señora Beatriz Elena Silva López. (fl. 34 del cuaderno principal.)

Fotocopia del acta de matrimonio civil entre el señor Adalberto Jaramillo Pardo y la señora Beatriz Elena Silva López, del 25 de marzo de 2004, ante la señora Juez Primero Promiscuo Municipal de San Andrés Islas. (fls. 35-37 del cuaderno principal.)

Matrícula mercantil de 1993, del establecimiento TALLER LUZ a nombre de Carreazo Díaz Luzmila, emitida por la Cámara de Comercio de San Andrés. (fl. 38 del cuaderno principal.)

3.4 Caso en Concreto.

En el caso concreto, se observa que el señor Adalberto Jaramillo Pardo, alega encontrarse inscrito en la oficina de la Registraduría de San Andrés Islas desde 1972 y que también se presentó en los años 1986, 1989 y 1991 a la Notaría Única de San Andrés a registrar a sus hijos nacidos en la Isla. De acuerdo a lo anterior, y al conjunto probatorio presentado, dice tener derecho a la residencia en territorio de la Isla de San Andrés.

Que la decisión tomada por el Director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE-, omitió la evaluación de la documentación radicada en varias ocasiones para solicitar su tarjeta de residencia definitiva.

Argumenta además, que *“La tutela que aquí se apela no iba con el fin de que su despacho revocara la decisión del señor Director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, sino que sirviera de mecanismo para suspender la ejecución de dicha resolución, mientras se resolvía el recurso de apelación que debe ser resuelto por el presidente de la Junta Directiva, la Gobernadora.*

“... Si observamos el Decreto 2171/2001, artículo 6º, nos daremos cuenta que el recurso de apelación que se interpone en contra de las resoluciones que dicta el Director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, se concede en el efecto devolutivo. He allí la razón de la acción de tutela.”

Es importante indicar que lo que busca el accionante es que se: *“... revoque la decisión del Juez Aquo, bajo el argumento del principio del Defecto Factico (sic).”* Ya que como lo ha repetido, no se tomó en cuenta la documentación aportada por él, en su intento de resolver su situación en la Isla de San Andrés.

Después de leer detenidamente tanto la tutela como la impugnación, se observa que es el mismo apoderado del actor, quien aclara que la presente acción de amparo no iba dirigida a que se revocara el acto proferido por el Director de la OCCRE, sino para que no se ejecutara la resolución mediante la cual se declaró en situación irregular al señor Jaramillo Pardo en las islas, debido a que se le causaba perjuicios por el hecho de tener que abandonar el territorio insular de forma inmediata.

Por ello, afirma, que era necesario intentar esta acción constitucional, ya que aun cuando se interpuso el recurso de apelación contra el aludido acto administrativo, éste se concede en el efecto devolutivo y no en el suspensivo.

Sin embargo, cuando el actor argumenta que se incurrió por parte de el Juez de instancia en defecto fáctico, no parece congruente con la tesis de que la tutela estaba encaminada solo a suspender el efecto del recurso de apelación, dado que el no omitir valorar las pruebas, como se afirma, conduciría a establecer que el accionante tiene derecho a que se le reconozca la residencia en forma definitiva en la isla, es decir, dichas pruebas al ser tenidas en cuenta hubieran permitido reconocer el derecho del actor que se encuentra en debate, lo cual apunta entonces, a que la tutela no tendría el carácter de verificar si el procedimiento seguido por la administración, estuvo ceñido a derecho y por tanto sin violar derecho fundamental alguno, sino el de hacer un control de legalidad al acto administrativo expedido por el Director de la OCCRE, que como bien lo despachó el Juzgador de instancia, es improcedente por existir otros mecanismos de defensa judicial al respecto y por tener carácter de subsidiaria la tutela.

De ahí entonces, que no se presenta en este caso, el defecto fáctico, dado que el Juez en su análisis encontró que, “... *la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias que surgen en el desarrollo de las actuaciones administrativas, toda vez que la competencia a estos asuntos ha sido asignada de manera exclusiva, por el ordenamiento jurídico, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo...*”.

De otro lado, el Decreto 2171 de 2001, por el cual se reglamenta el Decreto 2762 de 1991, dispuso en su **artículo 6º** que “*contra los actos administrativos proferidos por el director de la OCCRE, procederá el recurso de reposición y el de apelación ante el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Sata Catalina.*”

En las resoluciones que declaren a una persona en situación irregular y ordene su devolución a su lugar de origen o declaren la pérdida de la residencia, los recursos se concederán en el efecto devolutivo (subrayas fuera de texto).

Como se vio anteriormente, la jurisprudencia en esta materia ha considerado que el legislador es autónomo para indicar cuándo procede un determinado recurso, el encargado de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos que deben darse para su ejercicio.

Así, entonces, se reguló lo relacionado con los recursos que proceden contra los actos del Director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, que declara en situación irregular a la persona y se dispuso que aquéllos se conceden en el **efecto devolutivo**, sin que aparezca que esta

norma haya sido retirada del ordenamiento jurídico por control de constitucionalidad, lo que nos indica que se encuentra plenamente vigente.

En virtud de lo anterior, se interpone la acción de tutela con el objeto de que sirviera de mecanismo “... para suspender la ejecución de dicha resolución, mientras se resolvía el recurso de apelación que debe ser resuelto por el presidente de la Junta Directiva, la Gobernadora.”.

Desde este punto, como se anotó en precedencia, la tutela es procedente, habida cuenta que el recurso de apelación no se concede en el efecto suspensivo y siempre que se considere que el acto administrativo vulnera derechos fundamentales o que los amenaza en forma seria e inminente.

Ahora bien, el accionante alega que si el acto se ejecuta se le causa perjuicios consistentes en a) configuración de una separación de hecho; b) ser propietario de un establecimiento de comercio, para probar lo anterior allega acta de matrimonio civil del Juzgado Primero Promiscuo Municipal (fls. 35-37 del cdo. ppal.), empero no prueba la convivencia efectiva, que es fundamental para comprobar tal perjuicio de un lado, y de otro el registro mercantil que aporta (fl. 38 del cdo. ppal.), no figura ni siquiera en su nombre.

Así las cosas, la Sala da por no demostrado el perjuicio alegado, y aun cuando no se incoó la tutela bajo el título de perjuicio irremediable, sí vale la pena reiterar que la irremediabilidad del perjuicio, implica que las cosas no puedan retornar a su estado anterior, y que sólo pueda ser invocada para solicitar al juez la concesión de la tutela como "mecanismo transitorio" y no como fallo definitivo, ya que éste se reserva a la decisión del juez o tribunal competente. Es decir, se trata de un remedio temporal frente a una actuación arbitraria de autoridad pública, mientras se resuelve de fondo el asunto por el juez competente.

En el caso que nos ocupa, la situación que se presenta no es irremediable, pues como el perjuicio alegado está en posibilidad de desaparecer, de prosperar el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la decisión de la OCCRE, resulta ilógico considerarlo como irremediable. Por lo demás, tampoco se observa que dicho perjuicio, de conformidad con la sentencia T-225 del 15 de junio de 1993 (Magistrado ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa), sea grave o inminente.

En resumen, la presente acción de tutela se debe rechazar por cuanto no se encontró que se haya incurrido en defecto fáctico y en tal sentido se confirma el fallo del A quo.

Pero adicionalmente, se negara la tutela por no haber probado la existencia de un perjuicio irremediable.

Comuníquese esta decisión a las partes y al A-quo por el medio más expedito y eficaz. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, a más tardar al día siguiente de su ejecutoria.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE en cuanto a su rechazo la sentencia apelada y se adiciona así: **NIEGASE** la tutela conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comuníquese esta decisión a las partes y al A-quo, por el medio más expedito y eficaz

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JOSE MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ